

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

HELOISA FERNANDES CÂMARA

STF NA DITADURA MILITAR BRASILEIRA: UM TRIBUNAL ADAPTÁVEL?

CURITIBA
2017

HELOISA FERNANDES CÂMARA

STF NA DITADURA MILITAR BRASILEIRA: UM TRIBUNAL ADAPTÁVEL?

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann
Moreira

CURITIBA
2017

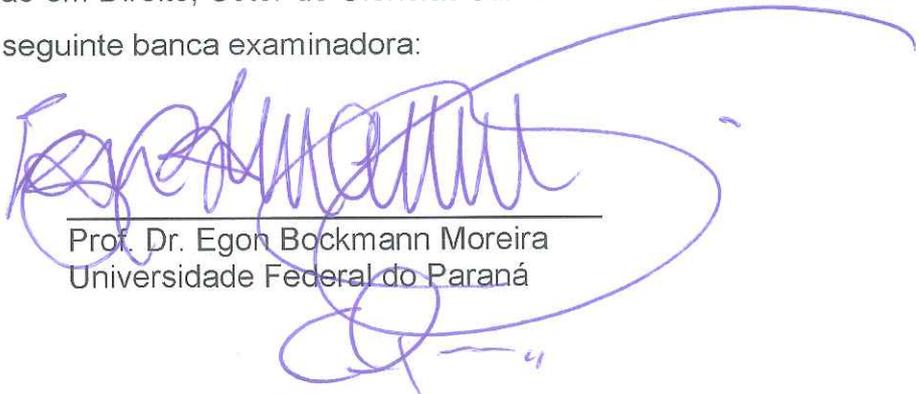
TERMO DE APROVAÇÃO

HELOISA FERNANDES CÂMARA

STF NA DITADURA MILITAR-BRASILEIRA: UM TRIBUNAL ADAPTÁVEL?

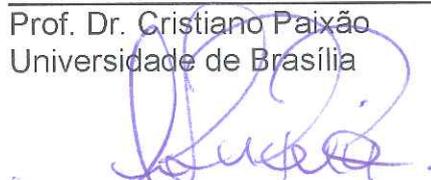
Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Universidade Federal do Paraná

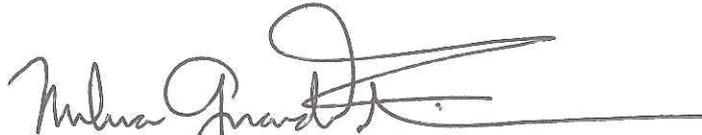
Prof. Dr. Cristiano Paixão
Universidade de Brasília



Profa. Dra. Ana Lucia Pretto Pereira
Centro Universitário Autônomo do Brasil



Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná



Profa. Dra. Melina Girardi Fachin
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 22 de junho de 2017.

AGRADECIMENTOS

É um clichê, e absolutamente verdadeiro, que a pesquisa é uma atividade individual, mas jamais solitária. Para a construção de qualquer trabalho é necessário o apoio de diversas pessoas e instituições que tornam a jornada possível.

Institucionalmente agradeço: ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná por ter tornado possível este trabalho. A Biblioteca de Ciências Jurídicas da UFPR por ter me ajudado a encontrar fontes importantes. A CAPES pela concessão da bolsa de Doutorado Sanduíche, o que me permitiu fazer uma parte fundamental da pesquisa no King's College London. A Biblioteca e Arquivo do STF pela gentileza e atenção com que responderam minhas indagações. Este trabalho não teria sido possível sem o acesso aos processos e materiais institucionais das décadas de 1960 e 1970. Ao Arquivo Nacional por ter enviado os documentos solicitados (e, mais importante, por ter uma política de digitalização que permite o acesso on line a grande parte de seu acervo). Agradecimento especial ao Centro Universitário Curitiba por ter concedido a licença necessária ao doutorado sanduíche, e por ter adequado meus horários para que fosse possível a escrita desta tese (obrigada, Tanya!).

Do ponto de vista pessoal, mesmo correndo o sério risco de deixar pessoas importantes sem menção, agradeço a Marlene, Letícia, Dorival e Dorival Jr e a vó Nida. Obrigada pela paciência, família! Obrigada por me darem o suporte necessário para que eu pudesse voar nos meus sonhos. E mãe, obrigada por respeitar cada um de nós como somos, de maneira leve, sem cobranças.

Felipe Bley, Felipe Cursino e Carol obrigada, meus queridos. A distância tem cobrado seu preço, mas a presença de vocês nesse mundo tão grande é um alento (mesmo que não respondam emails, né Bley?). Ao Denilson pela paciência (quase infinita). Ao meu companheiro de aventuras londrinas, Leandro. A pesquisa não teria sido tão maravilhosa sem você! Fico feliz por essa “casualidade” da vida.

Aos amigos do Centro Universitário Curitiba, Andrew, Carol, Ana, Stella, Violeta, Thiago A., Thiago H., Pompeu, Portella, Edna, Mariana, Adriana, Malu, Tanya, Kátia, Luiz Guilherme vocês fizeram minha rotina mais animada, inteligente e afetuosa.

Aos alunos-colegas que tem feito com que eu repense minhas (poucas)

certezas, especialmente no grupo de pesquisa. Esse espaço de pesquisa, descoberta e construção tem sido também convivência com pessoas sensacionais e dedicadas, servindo como oásis na rudeza do cotidiano. Valeu, gente! Menção especial para Cláudia, aluna exemplar, que facilitou minha rotina neste semestre e compreendeu meus esquecimentos.

Aos amigos do PPGD e do Núcleo: Giovanna (Gika), Thiago (Thi), Danielle (Dani), José Arthur (Zé), Rogério, Melina e Estefânia. Tem sido uma honra ter interlocutores tão competentes.

Aos professores-interlocutores por propiciarem (re)descobertas e estabelecerem diálogos que aprimoraram (e muito) este trabalho: Katya Kozicki, Cristiano Paixão, Andrei Koerner, Luís Fernando Lopes Pereira.

Ao professor Anthony W. Pereira pela leitura atenta e orientações no período do doutorado sanduíche. Sua orientação foi fundamental para o aproveitamento do período no King's College.

Agradecimento especial a Vera Karam de Chueiri a quem tenho a honra de ter como professora desde o primeiro ano da faculdade. O meu percurso acadêmico ter seguido pelas veredas do Direito Constitucional é uma decorrência direta da sua disponibilidade e generosidade.

E ao meu orientador, Egon Bockmann Moreira, por ter provocado a feitura deste trabalho através da discordância com alguns de meus argumentos, e, mais especialmente, pela generosidade com seu tempo, livros, conselhos e indicações de livros! O diálogo constante e aberto fez com que esse percurso ficasse mais leve.

Por fim, agradeço aos prazos. Sem eles o “ponto final” talvez não ocorresse. Implacáveis, os prazos nos lembram de que na vida temos o tempo de começo e o de finalizar, e o ciclo deve invariavelmente encerrar-se para permitir novos inícios.

O tempo é o maior tesouro de que um homem pode dispor; embora inconsumível, o tempo é o nosso melhor alimento; sem medida que o conheça, o tempo é contudo nosso bem de maior grandeza: não tem começo, não tem fim; é um pomo exótico que não pode ser repartido, podendo entretanto prover igualmente a todo mundo; onipresente, o tempo está em tudo; existe tempo, por exemplo, nesta mesa antiga: existiu primeiro uma terra propícia, existiu depois uma árvore secular feita de anos sossegados, e existiu finalmente uma prancha nodosa e dura trabalhada pelas mãos de um artesão dia após dia; existe tempo nas cadeiras onde nos sentamos, nos outros móveis da família, nas paredes da nossa casa, na água que bebemos, na terra que fecunda, na semente que germina, nos frutos que colhemos, no pão em cima da mesa, na massa fértil dos nossos corpos, na luz que nos ilumina, nas coisas que nos passam pela cabeça, no pó que dissemina, assim como em tudo que nos rodeia; rico não é o homem que coleciona e se pesa no amontoado de moedas, e nem aquele, devasso, que se estende, mãos e braços, em terras largas; rico só é o homem que aprendeu, piedoso e humilde, a conviver com o tempo, aproximando-se dele com ternura, não contrariando suas disposições, não se rebelando contra o seu curso, não irritando sua corrente, estando atento para o seu fluxo, brindando-o antes com sabedoria para receber dele os favores e não a sua ira; o equilíbrio da vida depende essencialmente deste bem supremo, e quem souber com acerto a quantidade de vagar, ou a de espera, que se deve pôr nas coisas, não corre nunca o risco, ao buscar por elas, de defrontar-se com o que não é

Raduan Nassar (Lavoura Arcaica)

RESUMO

Durante os primeiros anos do regime militar (1964-1985), houve um processo contínuo de modificação do direito, fosse através da criação de novos tipos normativos (como o ato institucional) ou pela alteração da constituição e das leis. Esse processo de tentativa de controle do tempo e da narrativa constitucional também levou a significativas alterações no judiciário, e, especialmente, no STF. Desta forma, poder-se-ia indagar se o tribunal foi controlado pelo Executivo federal, de maneira a corroborar suas decisões. A criação do controle abstrato e concentrado de constitucionalidades (representação de inconstitucionalidade), em 1965, parece ser um exemplo do fortalecimento da Corte como forma de apoiar a arena da oposição ao Congresso Nacional, pois conferiria poder ao tribunal para declarar nulidade das leis, inclusive nas de âmbito federal. O processo das representações de inconstitucionalidade se mostra como uma fonte importante para acompanhar a maneira com que a Corte identificou suas funções e, também, como seus ministros decidiram os casos que chegavam a ela. Na análise das 65 representações julgadas, entre 1965 e 1968, o tribunal se mostrou comprometido com a função de decidir sobre a Constituição, ao mesmo tempo em que tentou se resguardar contra as alterações que diminuíssem sua autonomia. Dessa maneira, este trabalho traz novos elementos para avaliar a atuação histórica do STF, bem como a relevância e o uso do controle de constitucionalidade como mecanismo de resolução de conflitos políticos.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal (STF). Ditadura militar. Controle de constitucionalidade. Ato institucional.

ABSTRACT

During the early years of the military regime (1964-1985) there was a continual process of amending the law either through the establishment of new normative acts (such as the institutional act), or by amendment to the constitution and laws. This process of attempting to control time and constitutional narrative also led to compelling changes in the judiciary, and especially in the Supreme Court. In this way one could ask if the court was controlled by the federal executive power, in order to corroborate its decisions. The establishment of abstract and concentrated control of constitutionality (a direct action on unconstitutionality) in 1965 seems to be an example of strengthening of the Court as a way of conferring an arena of opposition to the National Congress, since it gives the court the power to declare laws, including federal laws, as null and void. The process of representations of unconstitutionality is an important source to follow the way the Court sees its functions, and also, as its Justices rule on the cases. In the analysis of the 65 representations judged and decided between 1965 and 1968, the Court is already committed to the duty of deciding based on the Constitution, while at the same time trying to protect itself against changes that may diminish its autonomy. Along this line, this work brings new elements to evaluate the historical performance of the Supreme Court, as well as the relevance and use of the constitutionality control as a mechanism for the resolution of political conflicts.

Keywords: Supreme Court (STF). Military Dictatorship. Constitutional Review. Institutional Act.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - COMPOSIÇÃO DO STF EM 01/04/64	138
TABELA 2 - MINISTROS INDICADOS ENTRE 1965-1968	139
TABELA 3 - REPRESENTAÇÕES ANALISADAS/ANO	176
TABELA 4 - PROCURADORES-GERAL DA REPÚBLICA ENTRE 1964-1969	181
TABELA 5 - REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ASSUNTO	192
TABELA 6 - RESULTADO DECISÃO STF EM REPRESENTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS.....	197
TABELA 7 - REPRESENTAÇÕES QUE TIVERAM COMO TEMA AUMENTO DE DESPESAS POR ANO DE JULGAMENTO	207
TABELA 8 - REPRESENTAÇÕES SOBRE JUDICIÁRIO	212
TABELA 9 - JULGAMENTO REPRESENTAÇÕES SOBRE ADAPTAÇÃO CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS/ANO.....	225

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - DISTRIBUIÇÃO POR ESTADO DAS REPRESENTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE	177
--	-----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ato Complementar
AI	Ato Institucional
AN	Arquivo Nacional
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
Art	Artigo
ARENA	Aliança Renovadora Nacional
CGR	Consultoria Geral da República
CF	Constituição Federal
CN	Congresso Nacional
CPC	Código de Processo Civil
DCN	Diário do Congresso Nacional
DL	Decreto-Lei
EC	Emenda Constitucional
ES	Estado de Sítio
HC	Habeas Corpus
IAB	Instituto dos Advogados Brasileiros
JF	Justiça Federal
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
PCB	Partido Comunista Brasileiro
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PGR	Procurador Geral da República
PL	Partido Libertador
PSD	Partido Social Democrático
PSP	Partido Social Progressista
Rcl	Reclamação (ação)
RE	Recurso Extraordinário
RDA	Revista de Direito Administrativo
RI	Regimento Interno
RMS	Recurso em Mandado de Segurança

Rp	Representação (ação)
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STM	Superior Tribunal Militar
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TSN	Tribunal de Segurança Nacional
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UDN	União Democrática Nacional

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
LISTA DE TABELAS	viii
LISTA DE FIGURAS	ix
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	x
1 INTRODUÇÃO	13
2 CONSTITUCIONALISMO E SEUS OUTROS	19
2.2 CONSTITUCIONALISMO(S).....	21
2.3 BREVE REVISÃO DE LITERATURA SOBRE CONSTITUIÇÃO EM REGIMES AUTORITÁRIOS.....	26
2.3.1 Constituição sem constitucionalismo?.....	27
2.3.2 <i>Rule of Law</i> Autoritária?.....	30
2.3.3 Constitucionalismo Autoritário?.....	34
2.4 AS FUNÇÕES DA CONSTITUIÇÃO EM REGIMES AUTORITÁRIOS.....	38
2.5 LINHAS DE FUGA.....	40
2.5.1 Usos da constituição.....	43
3 CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO BRASILEIRO	50
3.1 “GOVERNAR É LEGISLAR”, MAS, “QUE É, PORÉM, A LEI?”.....	52
3.2 ATO INSTITUCIONAL.....	59
3.2.1 Surgimento do Ato Institucional.....	61
3.2.2 Ciclos dos Atos Institucionais.....	65
3.2.3 Ato Institucional (1).....	66
3.2.4 Ato Institucional 2: a institucionalização da exceção.....	76
3.2.5 Legalidade revolucionária segundo o STF.....	83
3.3 CONSTITUIÇÃO DE 1967.....	90
3.4 CONFLITOS ENTRE CONSTITUIÇÃO E ATOS INSTITUCIONAIS.....	99
4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA CRISE À CRISE	109
4.1 TRIBUNAL EM “CRISE”.....	110
4.2 SUPREMO TRIBUNAL NO GOLPE MILITAR.....	119
4.2.1 Mudanças no STF.....	131
4.2.2 Ministros indicados para o STF no período 1965-1968.....	137
4.2.3 Poder Judiciário na Constituição de 1967.....	142
5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: UMA NARRATIVA ACIDENTADA	147
5.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	147
5.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	153
5.2.1 A EC 16/65 – criação do controle abstrato de constitucionalidade.....	163
5.2.2 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1967.....	172
5.3 REPRESENTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DECIDIDAS ENTRE 1965-1968	175
5.3.1 Definição dos casos.....	175
5.3.2 Hipóteses iniciais.....	178
5.3.3 Personagem central: Procurador Geral da República.....	180
5.3.4 Delineamento das características da representação.....	187

5.3.5 Assuntos tratados nas representações	192
5.3.6 Formas de decidir	233
CONSIDERAÇÕES FINAIS	238
REFERÊNCIAS.....	243
ANEXO 1: FOTO DA VISITA DE CASTELO BRANCO AO STF EM 17/04/1964..	267
ANEXO 2: COMPOSIÇÃO DO SUPREMO COM 16 MINISTROS, EM 1965.....	268
ANEXO 3: JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO, 15 DE MARÇO DE 1966.....	269
ANEXO 4: TABELA COM DADOS DE REPRESENTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADAS ENTRE 1966 E 2004.....	270
ANEXO 5: DETALHES DA CAPA DO JORNAL DO BRASIL DE 14 DE DEZEMBRO DE 1968 (UM DIA DEPOIS DO AI-5)	271
ANEXO 6 : CAPA DA REVISTA VEJA DE 3/03/1977	272

1 INTRODUÇÃO

Apenas temos que dar um sentido dinâmico à legalidade. A legalidade não é estática. A legalidade se transforma de acordo com as circunstâncias e com as novas necessidades emergentes (...). Se há um momento na história do Brasil em que temos todas as condições para impedir que este país seja militarmente tutelado, esse momento é exatamente agora, em que existe essa sociedade civil. É preciso fazer a cirurgia da Constituição e esta Câmara, este Congresso, se tem revelado um exímio especialista em cirurgia plástica. Fez cirurgia plástica para o retorno de 55 (...), fez cirurgia plástica quando pretendeu limitar os poderes do Presidente da República em 61, impondo o monstrego do parlamentarismo, fez cirurgia plástica na Constituição para revogar o parlamentarismo; e há de fazer cirurgia na face da Constituição para que ela possa atualizar-se (...).
Guerreiro Ramos¹, DCN 01/04/64, p. 1935

A “cirurgia plástica” a que se referia o deputado Guerreiro Ramos em 1964 é um fator constante em nossa história constitucional. Na formação legalista brasileira, as alterações constitucionais são reiteradamente observadas, especialmente em momentos de conflitos políticos. Ocorrem, assim, alterações casuísticas da constituição e da legislação como estratégia para lidar com crises políticas.

¹ Alberto Guerreiro Ramos, nasceu em Santo Amaro, Bahia, em 1915. Em 1942, diplomou-se em ciências pela Faculdade Nacional de Filosofia do Rio de Janeiro e, em 1943, na Faculdade de Direito. Assessorou o presidente Getúlio Vargas durante seu segundo governo, atuando, em seguida, como diretor do Departamento de Sociologia do Instituto Superior de Estudos Brasileiros (Iseb). Constituiu um dos núcleos mais importantes de formação da ideologia "nacional-desenvolvimentista" que impregnou todo o sistema político brasileiro no período compreendido entre a morte de Vargas, em 1954, e a queda de João Goulart, em 1964.

Ocupou, ainda, uma cadeira na Câmara dos Deputados, de agosto de 1963 a abril de 1964, quando teve seus direitos políticos cassados pelo Ato Institucional nº 1.

Atuou como Secretário do Grupo Executivo de Amparo à Pequena e Média Indústrias do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), foi ainda assessor da Secretaria de Educação da Bahia, técnico de administração do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) e professor da Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas (Ebap-FGV), assim como do Departamento Nacional da Criança e dos cursos de sociologia e problemas econômicos e sociais do Brasil, promovidos pelo Dasp. Atuou também como delegado do Brasil junto à ONU. Guerreiro Ramos deixou o país em 1966 e passou a lecionar na Universidade do Sul da Califórnia. Fonte: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC).

O período inaugurado com o golpe militar em 1964 não fugiu dessa constante. Houve diversas modificações feitas à constituição através de emendas e atos institucionais, bem como a criação de uma nova constituição (1967, e sua emenda, em 1969). Neste processo, houve também um empenho constante de alteração do direito e do judiciário.

Em trabalhos sobre o período, as questões relativas ao direito constitucional costumam ficar em segundo plano, seja porque se considera que não houve um verdadeiro constitucionalismo, seja porque o direito, de maneira ampla, seria irrelevante para explicar a dinâmica política. Uma notável exceção a este padrão é o trabalho de Anthony W. Pereira (2010), que lançou luz sobre o impacto do direito e do judiciário na repressão política. Os trabalhos que tratam do direito no período autoritário, em geral, o fazem sob o viés do direito penal e dos processos envolvendo os opositores do regime.

Um trabalho sobre constitucionalismo pós-1964 implica em assumir como premissa que o constitucionalismo é uma doutrina de limitação do poder, mas que, paradoxalmente, pode conviver com regimes autoritários. Logo, assume-se uma visão em que constitucionalismo não somente não é o antípoda de regimes autoritários, mas podem retroalimentar-se. Esta escolha, controversa, por certo, vem da percepção tanto sincrônica quanto diacrônica de que ambos os polos não são antagônicos. Ao olhar a nossa história constitucional, negar a existência de constitucionalismo em períodos autoritários implicaria em negar grande parte de nossa tradição. Então somente teríamos constitucionalismo em 1934-1937, 1946-1964 e depois da constituição de 1988? E todos os debates, decisões, narrativas construídas em períodos não democráticos? Seriam irrelevantes? Ausentes do constitucionalismo?

Sob o viés diacrônico, percebemos que, após décadas de extrema crença no direito constitucional, temos um panorama intrincado em que ameaças pairam sobre o constitucionalismo. Invocação de mecanismos excepcionais, crises democráticas, crises migratórias, xenofobia, são alguns dos desafios que têm feito com que o discurso contra os direitos humanos seja ventilado (e siga ganhando força). Estaríamos, portanto, em um momento sem constitucionalismo? Ou em um momento em que há uma luta pelo sentido de constitucionalismo, na qual há tanto tradições democráticas quanto elitistas em jogo?

Assumir o constitucionalismo autoritário como pertencente a nossa formação constitucional faz com que possamos analisar os pontos de convergência e divergência com o atual constitucionalismo nacional. Devemos abordar as contradições e descaminhos da narrativa constitucional como forma de compreender os “processos cirúrgicos” pelos quais a constituição passou e as eventuais repercussões desse processo para os dilemas atuais.

No capítulo 2, apresenta-se o debate sobre os conceitos de constitucionalismo e a sua relação com os regimes autoritários. Foi feita revisão de literatura sobre a relação entre constitucionalismo e autoritarismo. Como resultado dessa revisão, verificou-se que a maior parte dos artigos trata desta relação em termos de constitucionalismo sem eficácia, como se o constitucionalismo fosse somente uma fachada para práticas autoritárias. Seguindo essa diretriz, os artigos tratados na revisão de literatura dificilmente poderiam ser aplicados à experiência brasileira; isto porque, em nossa história, o constitucionalismo não foi somente uma máscara para práticas autoritárias, e tampouco porque a relação se resolva apenas pelo filtro da “falta de efetividade”. Houve debates pelo sentido de constituição que ocorreram tanto no campo jurídico (através de artigos e decisões judiciais), quanto diante da opinião pública (especialmente através de jornais). Daí o debate se apresentar à época como uma luta pela constituição. Ainda que nos períodos imediatamente anteriores ao golpe a constituição fosse vista como superada (seja pelo espectro da direita, seja pela esquerda), nos primeiros anos pós-golpe o discurso oficial foi de respeito à ordem constitucional. Embora, claramente, em um contexto no qual a constituição deveria ser compreendida a partir de suas funções.

Ainda que os autores trabalhados no segundo capítulo não expliquem diretamente a situação ocorrida no Brasil, optou-se por manter os debates teóricos como forma de apontar a insuficiência da teoria do direito e até mesmo de vertentes da ciência política, ao analisar o uso da constituição no período ditatorial. Com isso, mostrou-se a necessidade de retomar os debates jurídicos ocorridos nas décadas de 1950 e 1960 para se compreender o sistema criado a partir de 1964.

No capítulo 3, aborda-se o processo de construção das bases jurídicas do regime autoritário. Em primeiro lugar, devemos observar que este processo não foi iniciado com o golpe militar, e que tampouco foi coordenado por ele. Isso significa que, apesar da intensa tentativa de controlar o direito (com alterações no processo

legislativo, na competência dos tribunais, na criação de tipos penais, entre outras), partiu-se de questões que já vinham sendo discutidas há décadas, como foi o caso da propagada crise do STF.

Em segundo lugar, apesar da tentativa de dar coerência a sua construção institucional e assim ajudar a diminuir os custos governamentais do regime, todo o seu processo foi feito de maneira desordenada. Isso porque tanto o regime teve ciclos de abertura e restrição políticas, quanto porque a resolução dos conflitos fez com que se desse ma intrincada rede de normas que começaram a dificultar a própria capacidade de resolução de conflitos jurisdicionais. Por isso, notamos que na construção do seu aparato jurídico houve uma coexistência entre tipos normativos “normais” (constituição, por exemplo) e atos “revolucionários” (cujo maior exemplo é o ato institucional) em um sistema reconhecido como válido pelo judiciário. Apesar da cláusula de exclusão de apreciação judicial presente nos atos institucionais, vários foram objetos de decisão do STF, que não contestou a validade do instrumento. A convivência de cada vez mais atos normativos levou a um processo de complexificação do sistema, logo, o legalismo autoritário levou à inflação legislativa, comprometendo tanto o sentido de lei, quanto a possibilidade de o sistema dar resposta aos conflitos de interesses.

O capítulo 4 trata do STF no período ditatorial. Para tal, retomou-se a narrativa da crise que foi utilizada como motivo para várias alterações feitas no tribunal. Essa narrativa aponta a incapacidade de resolução dos processos apresentados à Corte, em uma suposta ineficiência judicial. Este mote perpassa o século XX. Este diagnóstico é feito por ministros, advogados e políticos, mas o tratamento dado a ele varia: para alguns, o problema reside na diminuição da competência, para outros, vem do aumento de seus integrantes. Os juristas da ditadura usaram esse mote para diminuir a autonomia do tribunal ao aumentar o número de ministros, indicando cinco novos integrantes (AI-2). Entretanto, este arranjo, que sugere desprestígio do tribunal, é sucedido, pouco tempo depois, pela criação do controle abstrato de constitucionalidade.

A EC 16/65 criou o modelo de representação abstrata, aplicável também a leis federais, com competência decisória da Corte. Dois movimentos antagônicos que dificultam manter a interpretação de que o STF foi completamente imobilizado e que seus ministros eram meros “representantes” do Presidente da República. A

interpretação corrente sobre a EC 16 foi a de que ela tornou possível o controle do parlamento em mais de um *locus*. Entretanto, apesar de sedutora, essa explicação permanece não comprovada. Para se contrapor a ela e avaliar quais foram os usos dados pelo tribunal àquela ação, foram analisadas as representações decididas no período entre 1965 e 1968. A questão inicial proposta é saber se os temas tratados na ação seriam de interesse direto do Executivo federal. E, em caso positivo, averiguar se a decisão da corte protegeu tais interesses.

O capítulo 5 discute do controle de constitucionalidade no Brasil. A análise do controle de constitucionalidade no período se dá, inicialmente, pela contradição entre a diminuição da autonomia do STF e a criação de um mecanismo (representação abstrata de inconstitucionalidade) que permitiu o aumento de sua competência. Em segundo lugar, o controle judicial de constitucionalidade costuma ser apresentado como pedra de toque no conflito envolvendo Executivo e Legislativo, ou entre modelo contramajoritário e majoritário de democracia. Neste sentido, analisar a representação de inconstitucionalidade no Brasil pode fornecer instrumentos para avaliar os conflitos existentes no período ditatorial.

Neste capítulo, há uma breve retomada das alterações constitucionais que afetaram o tema e, na segunda parte, uma análise das 65 representações de inconstitucionalidade decididas naquele período. O que se pode observar é que a questão inicial apresentada (sempre que os temas fossem de interesse do Executivo federal) deve ser respondida de maneira negativa. A maior parte dos assuntos trazidos a corte não envolveu diretamente o Presidente da República e, tampouco, o Congresso Nacional. Na verdade, notou-se que a maior parte dos temas envolvia questões de disputas federativas, fosse em âmbito estadual, fosse no municipal.

O controle concentrado de constitucionalidade pátrio começou de forma politicamente atípica, em um momento de redução das atribuições do STF. Mesmo em tal situação, houve debates internos que foram fundamentais para que o STF consolidasse sua competência como Corte Constitucional. Vários dos temas controvertidos na atualidade (*amicus curiae*, alcance da decisão sobre inconstitucionalidade, efeitos da sentença, etc.) de alguma forma apareceram no universo de ações estudadas.

Para tratar deste tema, tão instigante quanto pouco estudado, algumas precauções foram adotadas. A primeira é quanto às fontes. Optou-se por priorizar os

debates jurídicos, trabalhando as questões factuais somente na estrita necessidade de sua contextualização. Isso porque há diversos trabalhos acadêmicos consolidados sobre o período da ditadura militar que podem ser consultados, enquanto são escassas as pesquisas que incluam o direito e seu debate jurídico.

Em segundo lugar, priorizou-se a consulta de fontes diversas. Atas constituintes, atas do Congresso Nacional, textos legais e constitucionais, entrevistas, matérias de jornais, artigos jurídicos e decisões judiciais ajudaram a compor esse relato polifônico. O objetivo de recorrer a essa multiplicidade de fontes foi dar um retrato mais fiel (e, portanto, complexo) do constitucionalismo do período. Por um lado, a pluralidade de narrativas levou a dificuldades em determinar e seguir um único fio condutor, por outro, possibilitou interpretar o período para além da oposição simplista do tribunal como alinhado ou oposto à ditadura. A preocupação em não endossar essa simplificação ocorreu especialmente ao analisar o STF que, frequentemente, costuma ser apontado como o heróico garantidor de direitos ou como o colaboracionista acrílico. O que pudemos perceber é que nenhum desses rótulos é adequado. O tribunal pode ser descrito como adaptável², no sentido de que suas práticas se alteraram conforme mudanças no próprio regime, e, a despeito de alguns episódios de dissonância, não houve confrontos diretos com o Executivo.

Ainda, acerca dos cuidados adotados, optou-se por não fazer relações entre os fatos e as narrativas abrangidos pelo contexto cronológico do trabalho com as atuais situações ocorridas no Brasil, no período de redação da tese (2013-2017). Ainda que alguns dos temas perpassem ambos os períodos (como, por exemplo, a menção a crises, o debate sobre o papel no direito e a atuação do STF), considerou-se que se a história constitucional fosse tomada como um aporte para “iluminar” os atuais eventos, a análise perderia em profundidade e tenderia ao anacronismo – especialmente ao analisar o comportamento dos atores envolvidos a partir de uma tradição posterior. Assim, o que se objetiva com este trabalho é fornecer pistas e indícios sobre os percursos de nosso constitucionalismo, sua relação ambígua com a crise e as modificações efetuadas na constituição e nas instituições.

² O título deste trabalho é claramente tributável ao artigo de Airton Seelaender e Alexandre Castro: “Um jurisconsulto adaptável - Francisco Campos (1891-1968)”. (In: MOTA, SALINAS, 2010).

2 CONSTITUCIONALISMO E SEUS OUTROS

Este capítulo tem por função revisar a literatura acerca da relação de constitucionalismo e autoritarismo, com o objetivo de responder à questão se a experiência ocorrida no Brasil entre os anos de 1964 e 1968 pode ser considerada constitucional. A indagação coloca-se, inicialmente, com a própria conceituação do que é constitucionalismo. Se for adotada a perspectiva que liga constitucionalismo à democracia teremos que, em regimes autoritários, não haveria propriamente um constitucionalismo, mas, no máximo, seu arremedo.

Neste sentido, enfrentar a relação entre constitucionalismo e seus “outros”³ permite jogar luz à própria narrativa constitucional brasileira. Tivemos, ao todo, oito constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, a emenda de 1969 e 1988), entretanto o estudo desta narrativa tem sido feito a partir da Constituição de 1988, como se o “pré” 1988 fosse unicamente um desvio acidentado do “verdadeiro constitucionalismo”. Ao estudarmos o constitucionalismo no período autoritário (pós-golpe militar de 1964) teremos a possibilidade de explorar a relação entre o constitucionalismo e seus outros no caso brasileiro, verificando se este período faz parte da narrativa constitucional ou é se simplesmente a sua interrupção (ou a sua pré-história). A consequência desta interpretação é que, se houve constitucionalismo no período autoritário, os debates e divergências ocorridos fazem parte da gênese do constitucionalismo brasileiro, não sendo simplesmente um descaminho, mas sim constituindo e moldando o direito constitucional pátrio.

Neste capítulo, são apresentadas perspectivas distintas sobre a relação entre constitucionalismo e seus outros, em geral a partir da descrição da situação constitucional do país dos autores. Para isso, são apresentados trabalhos que tratam de países como Iraque, China e Singapura. Entretanto, não é adotada aqui a metodologia de direito comparado pois não se pretende analisar as instituições e a compreensão específica de constitucionalismo em cada país. A abordagem é mais

³ Como título deste capítulo adota-se que os “outros” do constitucionalismo seriam os mecanismos excepcionais previstos no sistema constitucional de crises, a dizer, estado de defesa, estado de sítio e lei marcial, de acordo com a tradição jurídica adotada. Entretanto, conforme será explorado no próximo capítulo, no caso brasileiro não houve propriamente um outro excepcional do constitucionalismo, mas a narrativa excepcional é uma parte indissociável do constitucionalismo. Neste sentido a utilização da teoria do poder constituinte, e não do estado de sítio, como fundamento do constitucionalismo autoritário nos fornece importantes pistas sobre o amálgama entre os componentes “normais” e “excepcionais”.

circunscrita: verificar, ainda que partindo de experiências individuais, a possibilidade conceitual de um constitucionalismo autoritário, e, em caso positivo, quais seriam as suas características mais marcantes. A premissa adotada é de que, mesmo em modelos constitucionais distintos, é possível encontrar o dilema acerca da relação entre constituição e força, logo, de que o reconhecimento dessas situações pode nos fornecer preciosas pistas acerca de nossos dilemas constitucionais (e constituintes). Parte-se do fato de que, tanto em espaços-tempos anteriores quanto no atual, a relação entre o constitucionalismo e as práticas in/anti/constitucionais comporta diversas perspectivas. Desta maneira, verificar como as experiências foram abordadas e significadas pode ser de auxílio em nossa trajetória para compreender o papel do constitucionalismo pós-64 no modelo brasileiro.

A grande questão colocada é: as experiências jurídicas em países autoritários podem ser consideradas constitucionais ou serão simulacros, véus a esconder as práticas nefastas?

Entretanto, como será verificado no decorrer deste capítulo, a utilização dos conceitos de *rule of law* e seus opostos é de relevância limitada pois não fornecem subsídios para pensar a situação brasileira para além de demarcações arbitrárias de fronteiras. Daí a necessidade de recorrer à reconstrução da narrativa constitucional propiciada através da história constitucional brasileira. A revisão das teorias apresentadas, aliada ao estudo das fontes, mostra-nos que, no caso brasileiro, não cabem respostas simplistas no estilo “antes de 1988 vivíamos um constitucionalismo de fachada”. O constitucionalismo brasileiro, influenciado por outros modelos constitucionais, teve como questão central dar respostas a conflitos políticos e jurídicos. Essas respostas eram casuísticas e, com exceção de períodos bastante delimitados, não abandonaram a gramática constitucional⁴.

⁴ Aqui não se pretende legitimar o uso feito da nomenclatura constitucional, mas afirmar que seja com interpretações mais ou menos adequadas, na maior parte dos debates do século XX os agentes consideravam defender e fortalecer o constitucionalismo brasileiro. Neste sentido, não se defende de nenhuma forma teorias revisionistas no sentido de “ditabranda”, ou seja, de que não teria havido ditadura no Brasil, mas se ressalta o uso de debates constitucionais, especialmente nos primeiros anos após o golpe militar.

2.2 CONSTITUCIONALISMO(S)

A questão sobre o que é constitucionalismo pode ser analisada a partir de várias perspectivas e com sentidos variáveis no tempo. Por isso a dificuldade de definir um conteúdo único do que é constitucional (e, por consequência, do que não é). Uma das primeiras diferenciações possíveis ocorre entre “constitucionalismo antigo” e “constitucionalismo moderno”.

A despeito do termo constituição ser encontrado em documentos de autores clássicos, como em Cícero, ele terá o sentido atual (de limitação do poder e proteção de direitos fundamentais) definido a partir da Revolução Americana, seguido pela Revolução Francesa. É nessa perspectiva que o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão prevê que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Giovanni Sartori (1962, p. 853)⁵ tratou dessa divergência nos seguintes termos:

No século XIX o que se referia com o termo “constituição” era relativamente claro e definido. Paradoxalmente, se a palavra tinha alguma ambiguidade, isso ocorria devido à constituição inglesa; ou seja, porque o país mãe da constitucionalismo moderno parecia ter uma constituição obscura; ou segundo alguns dos standards que são bastante importantes em outros lugares – não ter nenhuma constituição.

Apesar de o termo constituição representar coisas distintas nas tradições inglesa, americana e europeia, havia um propósito comum entre elas: a limitação do poder. Eis que, para Sartori, desde a constituição da Pensilvânia de 1776, as constituições deviam conter dois elementos básicos: plano de governo e direitos fundamentais (SARTORI, 1962, p. 856). Mas, ao buscar uma definição “universal”, houve a decalagem entre o plano de governo (universal) e a proteção de direitos (garantista). E assim a constituição “universalizada” teria permitido que todos os países tivessem constituição (entendida unicamente como plano de governo), pois o

⁵ No original: “In the 19th century what was meant by the term ‘constitution’ was reasonably definite and clear. Paradoxically enough, if the word retained some ambiguity, this was because of the British constitution; that is, because the mother country of modern constitutionalism appeared to have an obscure constitution, or even-according to some of the standards that seemed very important elsewhere-no constitution at all”.

conceito passou a designar qualquer coisa. Desta maneira, é possível identificar a constituição em um sentido não substancial, mesmo sem constitucionalismo (SARTORI, 1962, p. 856).

Roberto Niembro Ortega (2016, p. 228-237) considera que constitucionalismo pode ser entendido em quatro sentidos: ideologia, teoria, narrativa e instituições. Por ideologia, entende-se o constitucionalismo como forma de assegurar a liberdade frente aos abusos do poder. Constitucionalismo como teoria, independentemente do tipo de teoria, implica explicar e justificar instituições, práticas e soluções. Como narrativa, refere-se às histórias contadas por diferentes pessoas e comunidades acerca da constituição. E, por fim, constitucionalismo como instituição refere-se ao modelo institucional definido a partir de determinada constituição. Daí advém mais uma dificuldade: ao falarmos de constitucionalismo, é possível nos referirmos a sentidos próximos, mas distintos. Neste trabalho entendo constitucionalismo como uma narrativa criada, ressignificada e reapropriada em contextos políticos determinados. Esta perspectiva tem como característica assumir o constitucionalismo como sistema de normas escritas e não escritas, mas também como parte das apropriações que são feitas destas normas. Com isso, escapa-se de uma dualidade entre o direito e a política em que, ou o direito deixa escapar os aspectos fáticos, ou a análise política ignora a constituição como um mero documento de papel.

Há um processo histórico que leva à mudança na definição de constituição. Segundo Graham Maddox (1995) o termo constituição surge com um fundamento eminentemente político que passa a ter sentido jurídico. É nesse contexto que Cícero, por exemplo, referia-se à constituição para designar um governo moderado. É na passagem do sentido de constituição dos ingleses para as colônias norte-americanas que constituição passa a ter como referência fundante a de ser um documento escrito e rígido. As divergências quanto à existência de constituição em regimes autoritários, por exemplo, partem das diferenças entre as concepções de constituição em uma acepção política ou jurídica. Há uma fratura constitutiva no que diz respeito à constituição e ao constitucionalismo, derivada da separação entre direito e política, além das diversas concepções do que seja política e do que seja direito. Desta forma, pensar em constituição nos regimes não democráticos traz esta fratura original à tona.

De certa forma, essa fratura parte de uma diferenciação entre constitucionalismo em sentido histórico e suas narrativas, ainda que contraditórias, e constitucionalismo como tipo ideal. Segundo Nicola Matteucci (1988, p. 23):

Precisamente por isto, com ‘constitucionalismo’ indica-se não tanto um período histórico, no qual teria sua explicação, nem uma corrente de ideias políticas e sociais, na qual encontrasse sua própria unidade, e sim um ‘tipo ideal’ para refletir sobre a realidade histórica, ou uma categoria analítica para trazer à luz e mostrar aspectos particulares da experiência política: desta concepção derivam, com um notável nível de abstração, alguns elementos que permitem separar o material histórico⁶

A noção “clara” de constitucionalismo é questionada (ou ressignificada) no século XX em situações distintas. Ao organizar a literatura sobre o assunto, percebem-se três cenários em que, cada um a sua maneira, jogam-se sombras e luzes sobre a própria existência de constituição.

A primeira linha analisa os casos em que, a despeito de constituição formal que contém direitos fundamentais, tais direitos não são protegidos adequadamente. Neste tipo de análise é indiferente o regime político existente (se autoritário ou democrático). Está-se diante de uma questão de eficácia. Exemplo desta primeira análise é a pesquisa de Law e Versteeg (2013) chamada *Sham Constitution*, ou simulação de constituição, na qual eles analisam empiricamente constituições para calcular a taxa de cumprimento das disposições sobre direitos fundamentais. Os autores partem do *parchment barriers*, comumente traduzido como “barreiras de papel”, para analisar o papel da constituição em uma ordem política. Os *parchment barriers* foram descritos no Paper 48 dos Federalistas, em que James Madison expos sua preocupação com os mecanismos de limitação do poder, pois, para ele:

A conclusão de todas essas observações é, que a mera demarcação traçada para limitar os diferentes poderes é insuficiente para proteger contra as invasões de poderes que levam a uma concentração tirânica deles nas mesmas mãos (tradução minha)⁷.

⁶ No original: “Precisamente por esto, con ‘constitucionalismo’ se indica no tanto un período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, en la que encontrase su propia unidad, sino un ‘tipo ideal’ para reflexionar sobre la realidad histórica, o una categoría analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política: de esta concepción derivan, con un notable nivel de abstracción, algunos elementos que permiten cribar el material histórico”.

⁷ No original: “The conclusion which I am warranted in drawing from these observations is, that a mere demarcation on parchment of the constitutional limits of the several departments, is not a sufficient

Ou seja, a demarcação dos limites na constituição seria insuficiente para assegurar que, verdadeiramente, não haja abuso do poder. Aqui a questão é a eficiência (ou ineficiência) da constituição.

Uma segunda abordagem, é dada pela análise das constituições a partir dos momentos excepcionais, ou melhor, dos mecanismos constitucionais que regem tal período. Esta perspectiva tem uma história rica (sendo apontado como protótipo dos sistemas excepcionais a ditadura romana), a qual tem ganhado novo fôlego com os debates sobre suspensão de direitos ocorridos, especialmente, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001⁸, e que se aprofunda mais a novo cada ataque ou ameaça⁹.

A exceção constitucional parte da dualidade entre normalidade e exceção, para considerar que, em situações que ameacem a existência do direito, é necessário que existam mecanismos de suspensão de determinadas garantias com o objetivo de garantir o retorno à normalidade. É uma espécie de *contre-feux* jurídico, no qual se produz um incêndio controlado para lidar com (e apagar) um incêndio maior.

Evidentemente, os mecanismos de exceção enfrentam uma dualidade constitutiva: suspender a ordem para manter a ordem. Clinton Rossiter (1948) explica que essa questão, em verdade, não seria uma contradição, mas uma consequência da própria existência de uma ordem jurídica, daí se poder nomear este momento como ditadura constitucional. O raciocínio é de que somente haverá

guard against those encroachments which lead to a tyrannical concentration of all the powers of government in the same hands”.

⁸ Para citar alguns destes trabalhos: Anthony W. Pereira, *Military Justice Before and After September 11* (2002), Heinz Klug, *The Rule of Law, War, or Terror* (2003), David Cole *Judging the Next Emergency: Judicial Review and Individual Rights in Times of Crisis* (2003), John Ferrejohn e Pasquale Pasquino, *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers* (2004), William Scheuerman, *Carl Schmitt and the Road to Abu Ghraib* (2006), Oren Gross, Fionnuala Ni Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice* (2006), David Dyzenhaus, *Schmitt V. Dicey: are States of emergency inside or outside the legal order?* (2008), David Cole, *Legal Affairs: Dreyfus, Guantánamo, And The Foundation Of The Rule Of Law* (2012).

⁹ Como exemplo, a situação da França, que tem sido alvo de ataques terroristas em seu território. Um dos mais impactantes ocorreu em Paris, em novembro de 2015, no qual se atacou a casa de show Bataclan e restaurantes. Diante da situação, decretou-se estado de sítio no país, e foi colocado em debate a proposta de retirada de nacionalidade de quem for condenado por terrorismo e tiver dupla nacionalidade. O debate foi encerrado pela rejeição do Senado francês em março de 2016. Ver: <http://www.lemonde.fr/politique/article/2016/03/17/decheance-de-nationalite-le-senat-vote-un-texte-different-de-l-assemblee_4885276_823448.html>. Acesso em 10 mai. 2017.

uma ditadura se houver uma ordem jurídica a ser mantida, caso contrário seria apenas uma relação de autoritarismo.

O debate ocorrido no constitucionalismo norte-americano é bastante ilustrativo da dificuldade em confinar a exceção (ou, para usar a figura acima, de fazer com que o incêndio provocado não destrua a casa toda). Bruce Ackerman, Laurence Tribe, Patrick Gudridge e Oren Gross, dentre outros autores, participaram do debate sobre o modelo de constituição que conseguiria lidar melhor com crises e assim proteger os direitos dos cidadãos. Enquanto Ackerman (2004) defende a constituição de emergência, entendida como aquela feita em períodos de normalidade para se aplicar em momentos de risco; Tribe e Gudridge (2004) consideram que tal constituição faria uma normalização do excepcional, criando espaços sem constituição.

Sem aprofundar este aspecto, podemos perceber como a suspensão de direitos nos Estados Unidos pós-2001, aliada com o campo de Guantánamo e aos julgamentos militares, formaram um caldo em que se questionavam os limites entre o normal e o excepcional no direito constitucional.

Evidentemente, esta questão é fundamental e nos oferece muitas pistas como o alcance do direito constitucional e suas fronteiras (tanto em termos de início como de fim). No constitucionalismo brasileiro, os instrumentos excepcionais foram utilizados em vários momentos, iniciando-se na Primeira República, perpassando o Estado Novo, a democratização e a ditadura. Essa convivência do constitucionalismo com seu “outro” excepcional implica na necessidade de que a narrativa constitucional brasileira seja também a narrativa da excepcionalidade¹⁰.

Na terceira linha, a que mais interessa neste espaço, é a que envolve a constituição em estados considerados autoritários¹¹. A grande diferenciação com a utilização de mecanismos excepcionais é que aqui não se invoca o sistema

¹⁰ Se na Primeira República o estado de sítio foi o mecanismo invocado para lidar com a exceção, na ditadura militar brasileira 1964 a teoria do poder constituinte desempenhou este papel, como veremos no capítulo 3. Evidentemente no decorrer da ditadura foram sendo incluídos e ressignificados estes instrumentos, até chegar a situações de nenhuma negociação, como o fechamento do Congresso.

¹¹ Embora haja várias classificações acerca de autoritarismo, apresento aqui a versão de Juan J. Linz: “Sistemas políticos com um pluralismo limitado e não responsável; sem uma ideologia complexa que os norteasse, mas com mentalidades bem características; sem mobilização política, quer extensiva, quer intensiva, exceto em alguns momentos de seu desenvolvimento, nos quais um líder ou, às vezes, um pequeno grupo, exerce o poder dentro de limites formalmente mal-definidos, que, no entanto, são bastante previsíveis” (LINZ apud LINZ, STEFAN, 1999, p. 57).

constitucional de crise, portanto, ao menos em tese, a constituição (seja a “antiga”, incorporada, seja a outorgada pelo próprio regime) se aplica em sua inteireza.

Neste ponto, temos uma situação ainda mais complexa do que a apresentada na segunda hipótese (utilização de mecanismos excepcionais). Isto porque a exceção tem que ser declarada (seja como lei marcial ou estado de sítio) e, ainda que se possa debater o limite entre o normal e o excepcional, há uma linha demarcando a separação. Porém, a existência de uma constituição pretensamente “normal”, em um período autoritário, apresenta a questão central de saber se o texto constitucional pode, efetivamente, ser considerado constituição. Ou, sendo mais específica: é possível a existência de um constitucionalismo autoritário? Esta é uma das perguntas centrais a partir da qual se delinea o trabalho desta tese, ainda que ela não seja respondida de maneira direta. Como forma de fornecer subsídios a esta análise, passo a uma breve revisão de literatura sobre constitucionalismo autoritário.

2.3 BREVE REVISÃO DE LITERATURA SOBRE CONSTITUIÇÃO EM REGIMES AUTORITÁRIOS

Na revisão da literatura¹² efetuada acerca da relação entre constituição e regimes autoritários, verificou-se possível agrupar os textos em três linhas: i - os que tratam de constitucionalismo em contextos autoritários, a partir da análise de um contexto específico, ou seja, de uma situação em determinado país¹³; ii – os que partem da existência de *rule of law* autoritária (*rule by law*) para questionar a

¹² A disparidade dos países analisados deveu-se à relativa escassez de trabalhos que tratem da relação entre constitucionalismo e regimes autoritários, de forma que os trabalhos encontrados foram analisados para tentar compreender a maneira como os autores exploravam tal relação.

¹³ Neste sentido, podem ser citados os artigos: *Constitution Without Constitutionalism : Haiti and the vagaries of democratization* (2000) de Robert Fatton Jr, *A Constitution Without Constitutionalism: Reflections on Iraq's Failed Constitutional Process* (2009) de Feisal Amin Rasoul al-Istrabadi; *A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China* (2010) de Qianfan Zhang, e, *Constitution and 'Extraconstitution': Colonial Emergency Regimes in Postcolonial India and Pakistan* (2010) de Anil Kalhan. Todas as obras acima partem de uma distinção (que em alguns trabalhos não é explicitada) entre constituição e constitucionalismo. A partir da análise dos casos específicos, é exemplificado porque a situação nacional não tem um "verdadeiro" constitucionalismo.

tradição do *rule of law*¹⁴; iii - nesta vertente trata-se de afirmar a existência de um gênero específico de direito constitucional: o autoritário¹⁵.

O ponto central desta apresentação é mostrar que, a despeito do conceito de constitucionalismo que adotemos, há diversas situações nas quais se apresenta a relação da constituição com o autoritarismo. O objetivo não é fazer um estudo de direito comparado, mas verificar como essa relação (inicialmente paradoxal) pode vir a ocorrer e como, em diversos contextos, ela de fato ocorre.

2.3.1 Constituição sem constitucionalismo?

O ponto central nessa vertente é a relação entre uma constituição com a ausência de ambiente institucional que garanta a existência de constitucionalismo. O descompasso pode ocorrer porque a constituição é apenas uma fachada, mas o que é mais comum, é a existência de um contexto político e jurídico conturbado. Nesta direção, temos as análises que se localizam em locais com tradições jurídicas tão díspares como Haiti, Iraque, China e Paquistão.

Acerca desta relação, Robert Fatton Jr.¹⁶ trata da insuficiência da constituição para criar um processo de democratização, o qual demanda movimento popular "vinda de baixo"¹⁷. Trata-se aqui de romper o elo necessário entre constituição e democratização, especialmente se nesta relação estiverem ausentes as manifestações sociais.

Feisal Amin Rasoul al-Istrabadi¹⁸ trata da feitura da constituição iraquiana em 2006, após a intervenção militar norte-americana. O ponto central é como o processo constituinte estava fadado ao fracasso pela incapacidade de entender a

¹⁴ Enquadram-se nessa análise os livros *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (2008), *Authoritarian Rule of Law: Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore* (2012).

¹⁵ Nessa linha vemos os artigos *Authoritarian Constitutionalism: austrian constitutional doctrine 1933 to 1938 and its legacy* (2003), *Between Text and Context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism* (2013), e *Authoritarian Constitutionalism* (2015).

¹⁶ Em *Constitution Without Constitutionalism: Haiti and the vagaries of democratization* (2000).

¹⁷ Segundo o autor "The implantation and consolidation of a genuine process of democratization are likely to occur only when popular civil society is denser, organized, and hegemonic and not when the dominant class holds unilateral sway. In fact, it is only when a civil society 'from below' institutionalizes "political society," that democracy can have a real opportunity of materializing.

The Haitian case shows that avoiding a coup and completing a successful transition to polyarchy demand limiting the exercise of popular power, impairing the ascendancy of subordinate classes, and privileging the interests of dominant classes."

¹⁸ Em *A Constitution Without Constitutionalism: Reflections on Iraq's Failed Constitutional Process* (2009).

complexidade cultural do país no momento de organizar a constituinte¹⁹, o que afetou a legitimidade da constituição. Novamente, temos a fragilidade de uma constituição que não representa a sociedade²⁰.

Qianfan Zhang²¹ expõe as contradições do constitucionalismo chinês. De um lado, há uma constituição vigente desde 1982, a qual expõe alguns direitos fundamentais, bem como a ideia de separação dos poderes. Há também um tribunal constitucional (Supreme People's Court - SPC). De outro lado, não há controle de constitucionalidade ou qualquer outra forma de aplicação da constituição. Após explorar três episódios em que a constituição foi invocada, a conclusão foi que, para que seja possível criar ou proteger direitos em risco, é necessário o engajamento popular ou o aumento dos custos em termos de a opinião pública ignorar um determinado direito. Zhang considera que a constituição é letra morta²², pois analisa a situação chinesa com uma concepção prévia do que deve ser o constitucionalismo, e, com isso, consegue diferenciar a constituição como texto de constitucionalismo, entendendo este como a aplicação adequada das normas de proteção de direitos fundamentais e a limitação do poder.

Mas, se pelos padrões ocidentais, a constituição chinesa é letra morta (ZHANG, 2010, p. 952), isso não quer dizer que ela não tenha nenhuma função, especialmente porque, a despeito da tendência dos governantes em ignorá-la, há um número cada vez maior de pessoas que estão recorrendo a ela para apoiar suas demandas. Para o autor, a existência de um constitucionalismo adequado depende de pressão popular, mesmo expressando o que seria a incompletude das teorias do

¹⁹ Segundo al-Istrabadi o processo foi fadado ao fracasso devido à pressão americana para que as eleições (que também elegeriam os constituintes), mesmo após o boicote o partido que representava os Sunitas. Assim, a falta de legitimidade da constituição ajudou a promover o pior episódio de violência etnoconfessional na história do Iraque.

²⁰ Nas palavras do autor "It is naive in the extreme, however, to believe that constitutionalism can be engendered by the mere drafting of a document in a country where the political institutions necessary for constitutionalism are lacking"(AL-ISTRABADI, 2009, p. 1655).

²¹ Em *A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China* (2010).

²² Para tal apoia-se na classificação de Giovanni Sartori de constituição segundo a qual haveria: i - constituições garantistas (constituição em sentido estrito); ii - constituições nominais, e, iii - constituições de fachada (ou falsas constituições). Esta classificação (Sartori, 1962, p. 861) inspirada na classificação ontológica elaborada pelo cientista político e constitucionalista alemão Karl Loewenstein, para quem as constituições poderiam ser normativas, nominais ou semânticas, a depender da sua aplicação na ordem constitucional.

constitucionalismo popular²³ (notadamente, segundo o conceito atribuído a Larry Kramer), por considerar que, sem a existência de instituições próprias que acolham essa pressão, a resposta será sempre *ad hoc*, a depender da situação específica.

Anil Kalhan²⁴ parte do decreto de 2007 de Pervez Musharraf, presidente e chefe do Exército do Paquistão, que suspendeu a constituição com o argumento de ameaças terroristas e risco de violência. Apesar da previsão constitucional de mecanismos para lidar com crises, o decreto de Musharraf foi extraconstitucional no sentido de que perseguia objetivos que não estavam associados à ideia constitucional de "emergência" (KALHAN, 2010, p. 2). Kalhan chama esta ordem extraconstitucional de *doppelgänger*²⁵, o "duplo" do constitucionalismo.

A origem da utilização desses expedientes excepcionais ocorre por uma tradição britânica (ambos, Paquistão e Índia, são ex-colônias britânicas) que fortaleceu esses mecanismos no processo de transição após a independência dos países, como forma de manter o controle jurídico e político. Logo, não pode identificar tais medidas com a falta de design institucional ou de cultura de *accountability*, pois a construção das regras leva, também, à criação dos "duplos do constitucionalismo".

Os dois primeiros trabalhos têm uma perspectiva externa: o direito constitucional sendo observado de outro campo, em geral a partir da ciência política. Desta maneira, a constituição é vista de maneira instrumental e não se apresenta uma explicação clara do que é entendido como constitucionalismo. Já nos dois últimos artigos, há uma ênfase na perspectiva interna: possibilidades de utilizar a constituição e sua interpretação para pressionar por mudanças que aumentam/tornam possível o seu cumprimento. Enquanto Zhan analisa a possibilidade de existência de um "verdadeiro" constitucionalismo, Kalhan vale-se da figura de duplos (constitucional e extraconstitucional), ainda que ao final a

²³ Constitucionalismo popular é uma corrente teórica que, em síntese, estabelece que a última palavra sobre a constituição deve ficar com o povo (e não com instituições, como, por exemplo, os tribunais). Com isso busca-se maximizar a participação democrática, e reduzir a interferência das cortes em decisões constitucionais. O autor que deu impulso a esta corrente é Larry Kramer, especialmente no livro *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2004).

²⁴ *Constitution and 'Extraconstitution': Colonial Emergency Regimes in Postcolonial India and Pakistan* (2010),

²⁵ Segundo o dicionário Merriam-Webster, o termo deriva de expressão alemã e designa "uma pessoa que parece com outra" e "um fantasma que parece uma pessoa viva". É uma espécie de gêmeo (fisicamente), mas com características contrárias.

potencialidade da analogia com o *doppelgänger* mostre-se limitada por não conseguir descrever a imbricação do constitucional com o extraconstitucional. A existência de dois espaços claramente delimitados (o constitucional e o inconstitucional), mostra-se uma ilusão, eis que, como veremos nos próximos capítulos, o legalismo brasileiro fez com que ambos os espaços fossem imbricados, em uma tessitura complexa.

O que temos nesta primeira linha sobre a relação entre constituição e constitucionalismo em contextos autoritários é a percepção de que a constituição não basta para a existência de um ambiente que assegure a proteção de direitos e garantias fundamentais. Entretanto, ela não nos acrescenta muitos elementos para a investigação acerca das complexidades dessa relação em situações determinadas.

2.3.2 *Rule of Law* Autoritária?

Se a definição de constitucionalismo é complexa, o de *rule of law*²⁶ não é mais fácil. Como expressam Pietro Costa e Danilo Zolo (2006), há várias tradições distintas no que diz respeito a formação da fórmula jurídico-política do Estado de Direito²⁷.

Quanto à relação entre *rule of law* e regimes autoritários, Anthony W. Pereira trata em *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, Chile e na Argentina* (2010) do papel da legalidade autoritária nos padrões de repressão existentes nas ditaduras dos três países. O argumento central de Pereira é que:

[as] diferenças [entre os padrões repressivos] podem ser explicadas pelos diferentes graus de integração e de consenso existentes entre as elites judiciárias e militares antes da ascensão desses regimes, bem como pela interação entre o sistema judicial, os advogados de defesa e os grupos da sociedade civil (PEREIRA, 2010, p. 46).

²⁶ Optou-se por manter a expressão *rule of law* e não Estado de Direito. Isto porque além de serem tradições distintas, o trocadilho que vários autores fizeram entre *rule of law* e *rule by law* ficaria comprometido na tradução.

²⁷ Os autores apontam as seguintes tradições: 1 – *Rechtsstaat* alemão, 2 – *rule of law* inglês, 3 – *rule of law* americano, 4 – *État de droit* francês. Apesar da formação histórica distinta, as quatro experiências formariam um modelo geral com “identidade teórica à noção de ‘Estado de Direito’, entendido como um Estado moderno, no qual o ordenamento jurídico – e não em outros subsistemas funcionais – é atribuída a tarefa de ‘garantir’ os direitos individuais, restando a natural tendência do poder político a expandir-se de maneira arbitrária” (COSTA, ZOLO 2006, p. 11).

Para Pereira, nos três países pesquisados a legalidade autoritária manipula, distorce e usa de forma abusiva as "leis da normalidade", de maneira que os julgamentos efetuados contra os opositores do regime foram "exercícios jurídicos conduzidos por indivíduos que pareciam acreditar na legitimidade e na coerência das leis" (PEREIRA, 2010, p. 46).

Isso significa dizer que, para Pereira, o fundamental na formação da legalidade autoritária é o processo de distorção das leis "normais" pelo regime militar e seus apoiadores, não se constituindo essa legalidade em uma construção de normas específicas pelo regime autoritário (embora isso também tenha ocorrido), mas na alteração, ressignificação e distorção das normas já existentes. Daí se poder dizer, ainda com o autor, que para entender os contornos da repressão ditatorial é necessário a análise histórica da maneira como a lei e os tribunais foram utilizados em situações de conflito político.

É com aparente espanto que Jothie Rajah apresenta em *Authoritarian Rule of Law: Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore* (2012) o panorama jurídico em Singapura, o qual combina previsibilidade das leis na proteção de interesses negociais, com limitação dos direitos civis, especialmente de expressão e participação política livre. Esta mistura é chamada por Rajah como *rule by law*, como forma de opor *rule of law*.

Eu uso os binários "rule of law" / "rule by law" como um atalho para esses dois modelos de "lei". Em síntese, **"rule of law" significa "lei" a qual, em seu conteúdo e arranjos institucionais, previne "poder arbitrário e exclui ampla autoridade discricionária". Em oposição, "rule by law" significa "lei" a qual, em conteúdo e execução institucional, é suscetível ao poder de tal forma que o conteúdo de direitos da "lei" e restrições sobre e escrutínio do poder do Estado, são prejudicados.** (...) ²⁸ (RAJAH, 2012, p. 4, grifos meus)

Rajah argumenta que, enquanto o *rule of law* atua de maneira a limitar o poder, o *rule by law* usa a lei como forma de justificar determinados abusos. Ao resenhar esse livro, Rueban Balasubramaniam (2014, p. 3) opõe-se a essa

²⁸ No original "I use the binaries 'rule of law'/'rule by law' as shorthands for these two modes of 'law'. Briefly, 'rule of law' signifies 'law' which, in content and in institutional arrangements, prevents "arbitrary power and excludes wide discretionary authority". In contrast, 'rule by law' signifies 'law' which, in content and institutional execution, is susceptible to power such that the rights content of 'law', and restraints on and scrutiny of state power, are undermined. (...)"

explicação²⁹ e questiona a definição de *rule of law* adotada. A autora parte de uma distinção entre *rule of law* limitada e *rule of law* ampla para analisar a situação de Singapura. O que ocorre é que esta não é uma distinção evidente e, ao fazê-la, Rajah não analisa o sentido de *rule of law* para a teoria do direito. O resultado é a construção da *rule of law* como uma oposição ou binarismo que dificilmente é relevante como marco para análise.

Rueban Balasubramaniam (2008) também faz oposição entre *rule of law* e *rule by law* ao estudar o panorama jurídico da Malásia. O autor parte do caso *Public Prosecutor v. Kok Wah Kuan*³⁰, julgado em 2007 pela Corte Federal da Malásia, para examinar como a *rule of law* foi colocada em xeque. Isso porque a constituição da Malásia não prevê, expressamente, a separação de poderes e, no caso citado, quatro juízes rejeitaram tal princípio e consideraram que o Parlamento pode restringir o poder judicial dos tribunais em disputas entre os estados e seus cidadãos (BALASUBRAMANIAM, 2008, p. 211).

Dos trabalhos trazidos até o momento o artigo de Balasubramaniam foi o único que discute o que seria *rule of law* a partir da teoria do direito. O argumento do autor é que a *rule of law* demanda um comprometimento moral que é incompatível com as teorias positivistas do direito e da política. Assim, o argumento predominante no julgamento é de que o princípio de separação dos poderes não pode ter nenhum sentido ou significado independente do texto constitucional. Adotou, portanto, visão que favorece a autoridade legislativa e desconsidera aspectos de moralidade e, com isso, autoriza e submete-se à *rule by law*. Para Balasubramaniam, o voto divergente parte justamente de aspectos de moralidade para considerar que a submissão do judiciário ao executivo fere a constituição e, portanto, não deveria ser aceita.

Para o autor, a distinção entre tirania e *rule by law* é a de que a primeira não tem lugar no contínuo *rule of law*, porque nada media o exercício do poder tirânico a

²⁹ Alegações de excepcionalismo legal com o fundamento de desrespeito a direitos fundamentais são comuns tanto em estados liberais e não liberais, e a aparente linha construída por Rajah entre "o oeste liberal" e Singapura, fazendo com que o "excepcionalismo legal" seja típico de Singapura, é uma ilusão. No original: "Claims of legal exceptionalism as the basis for ignoring fundamental rights are common to both so-called liberal and illiberal states, and the seeming hard line between 'the liberal West' and Singapore that Rajah constructs, marking 'legal exceptionalism' as being the province of Singapore, is an illusion".

³⁰ O caso tratou-se da condenação de uma criança de 12 anos e 9 meses pelo crime de assassinato (permitido pelo *Child Act*). A Corte de Apelação considerou tal lei inconstitucional por violar a separação dos poderes, por mais que não fosse prevista expressamente na Constituição. Na Corte Federal a decisão foi reformada por 4-1, com a rejeição do princípio da separação dos poderes.

serviço de seus próprios interesses, enquanto a *rule by law* depende crucialmente da existência de algumas bases para demandar uma posição no contínuo de legalidade. E, embora *rule by law* envolva distorcer a própria *rule of law*, usando formas jurídicas como um manto para poderes arbitrários, não é incoerente colocar *rule by law* no *rule of law* contínuo, porque o uso do *rule by law* demanda que o poder governante mostre sensibilidade aos interesses morais de questões jurídicas para fazer dela uma estratégia plausível e assim legitimar um poder arbitrário, o que, evidentemente, não significa que esse poder carregue verdadeira legitimidade.

Mesmo a invocação de que a Malásia é um país semidemocrático deve ser mitigada, pois o governo não pode demandar legitimidade de *rule of law* por leis aprovadas por uma câmara legislativa que está sob controle completo do executivo, logo a proposta do legislativo não foi testada em um debate amplo.

Desta maneira, a *rule of law* demandaria um compromisso moral e também uma cultura de justificação, com argumento fundamentado e deliberação, os quais objetivam conferir poder aos assuntos jurídicos através da realização de suas preocupações por norma moral e imparcial como base da ordem jurídica legítima.

Balasubramaniam reconhece um papel interno ao direito e a seus intérpretes, recusando que o direito tenha somente um papel instrumental dado pelo(s) autor(es) da norma, além de estabelecer critérios importantes para avaliar se, em determinada situação, estamos diante do *rule of law* ou *rule by law*.

Para Robert Barros (2003) a relação entre *rule of law* e *rule by law* ocorre em outras bases, e, por isso, a princípio, ambas são compatíveis com regimes não democráticos, tais como autoritários e ditatoriais. Para Barros, há uma distinção entre doutrina limitada, formal ou instrumental concepção de *rule of law* que estabelece parâmetros não arbitrários de organização do poder, e uma noção de *rule of law* mais ampla, que requer que as autoridades estatais e os próprios legisladores sejam objeto da lei, ou seja, limitados pela lei (BARROS, 2003, p. 188).

O sentido limitado de *rule of law* normalmente inclui as seguintes características: as leis devem ser prospectivas, promulgadas publicamente, claras, relativamente estáveis, o processo de feitura de normas deve ser objeto de regras abertas, estáveis, claras e gerais; a lei deve ser consistentemente aplicada por um judiciário livre de pressões externas, e as instituições de aplicação da lei não podem pervertê-la ao aplicá-las de maneira discricionária (BARROS, 2003, p.189). Para

Barros esta concepção formal pode ser referida como *rule by law*, pois não trata como as leis são feitas ou os propósitos objetivos da lei. Vemos aqui uma diferença fundamental entre Barros e os autores analisados até agora. Para eles, a *rule by law* identifica-se a regimes autoritários, enquanto Barros pensa a questão a partir da concepção de legalidade, de maneira que ambas (*rule of law* e *rule by law*), a princípio, possam ser aplicadas para diferentes tipos de regimes.

Embora o argumento corrente seja que os regimes ditatoriais podem ter *rule by law*, mas não *rule of law* ou *rule of law* constitucional (*constitutional rule of law*) pois a concentração de poder no regime autocrático cria uma situação de soberania (em que o poder, ao não ser dividido, não está obrigado por nenhuma lei), Barros argumenta que, sob determinadas situações, líderes autocráticos podem estar submetidos a regras que eles mesmos criaram, como seria o caso da ditadura militar chilena, especialmente em relação à constituição de 1980. Isso porque a constituição de 1980 mudou (limitando) o poder dos militares em termos de alteração da constituição e da organização do poder, pois estabeleceu um plebiscito para atos constituintes. À pergunta do porquê terem feito e se submetido a essa constituição, Barros responde a partir da existência de um conflito entre os militares e a constituição como a organização do poder, alterando um pouco a explicação tradicional de que a constituição foi feita para limitar os futuros atores civis.

2.3.3 Constitucionalismo Autoritário?

Alexander Somek³¹ usa a categoria "constitucionalismo autoritário" para analisar o panorama austríaco de utilização de leis de emergência, em 1917, e da constituição (autoritária), de 1932.

Para Somek, o que distinguiria o constitucionalismo autoritário de outras doutrinas autoritárias é a fidelidade à *rule of law* e sua rejeição ao uso arbitrário do poder, compromissos que sobrevivem à rejeição do princípio democrático (ISIKSEL, 2013, p. 709).

³¹ No livro *Authoritarian Constitutionalism: austrian constitutional doctrine 1933 to 1938 and its legacy* (2003).

Para Turkuler Isiksel³² a definição de Somek não traduz a profunda mudança do constitucionalismo autoritário. Isto porque constitucionalismo e democracia poderiam ser analiticamente separados. Isiksel parte também da teoria dos *parchment barriers* para pensar a situação do constitucionalismo turco. A principal oposição feita por Isiksel é entre dois períodos: i - o de uso da lei marcial na década de 70, e, ii - com a constituição de 1982, esta uma constituição autoritária. A principal diferença para o autor é de que o constitucionalismo autoritário tem como função específica subordinar a proteção de direitos fundamentais à lógica da razão de estado. Assim, a violência na Turquia não seria um problema de *parchment barriers*, ou da incapacidade de limitar o poder, mas de uma construção estruturada e pensada pelo regime constitucional estabelecido. Para Isiksel (2013, p. 721) o constitucionalismo autoritário é:

No caso extremo, a norma constitucional deve ela mesma ser disposta como um dispositivo sistemático para a dominação política, ou o que eu chamo de constitucionalismo autoritário. Podemos imaginar um sistema político que se aproveite dos mecanismos das normas constitucionais para limitar liberdades básicas políticas e civis de seus cidadãos? (ISIKSEL, 2013, p. 709, grifos meus)³³

A questão fundamental para compreender o sentido de constitucionalismo autoritário para Isiksel é considerar que, conforme apresentado acima, não é uma questão de descumprimento da constituição, mas manipulação da mesma (inclusive pode ser desde sua origem) para que se use seus preceitos (como, por exemplo, a separação dos poderes) como forma de limitar as liberdades dos cidadãos.

Entendido assim, o constitucionalismo autoritário sugere uma mudança mais profunda na ideia de constitucionalismo: o exemplo turco manifesta uma disjunção entre o aspecto formal de uma constituição e os compromissos normativos que se espera que constituições assumam realizar, especialmente o respeito à direitos fundamentais. Por um lado, o sistema de 1982 incorpora a maquinaria do constitucionalismo pelo estabelecimento de estrutura jurídica vinculante para restringir o poder político. Por outro lado, ela usa essa maquinaria para negar o conteúdo substantivo do constitucionalismo como ideal político, particularmente onde nós entendemos aquele conteúdo para implicar respeito pela autonomia

³² No artigo *Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism* (2013)

³³ No original: "In the extreme case, constitutional rule might itself be deployed as a systematic device for political domination, or what I call authoritarian constitutionalism. Can we imagine a political system that takes advantage of the mechanisms of constitutional rule to limit the basic civil and political liberties of its citizens?" (ISIKSEL, 2013, p. 709, grifos meus).

individual e dignidade humana (ISIKSEL, 2013, p. 720)³⁴.

Ainda no tema de constitucionalismo autoritário, Mark Tushnet escreve *Authoritarian Constitutionalism* (2015), o qual é um aprofundamento de artigo publicado em 2014. Tushnet parte da situação jurídica de Singapura para defender a existência de um constitucionalismo autoritário³⁵, entendido como aquele no qual “liberdades liberais são protegidas em um nível intermediário, e as eleições são razoavelmente livres e justas”. Evidentemente, a definição do que é “nível intermediário” e “razoavelmente livre e justa” é difícil, e pode ser indeterminada.

Tushnet utiliza a literatura de ciência política dos “regimes híbridos”, ou seja, aqueles nos quais se combina governos autoritário e democrático. Esses regimes foram considerados como uma fase até a democracia em processo de transição, mas segundo Levistky e Way, pela sua abrangência, mesmo algum tempo depois da “terceira onda de democracia”, fica claro que são um tipo de regime autônomo. É nesse sentido que Tushnet considera que:

pluralizar a categoria de constitucionalismo, tal como os cientistas políticos fizeram com a de democracia, aumenta a compreensão ao permitir estabelecer distinções entre regimes que devem ser normativamente distinguidos, (...) contribuindo para uma maior clareza analítica” (TUSHNET, 2015, p. 395-6)³⁶.

Tushnet adota a definição ampla de autoritarismo como o regime em que “todas as decisões podem ser potencialmente tomadas por um único decisor, cujas

³⁴ No original: “Understood thus, authoritarian constitutionalism suggests a much deeper challenge to the idea of constitutionalism: the Turkish example manifests a disjuncture between the formal aspect of a constitution (not least its recognized and enduring status as the basic law of the land) and the normative commitments we expect constitutions to realize, not least among them, respect for fundamental rights. On the one hand, the 1982 system incorporates the machinery of constitutionalism by establishing a binding legal framework to contain political power. On the other hand, it uses that machinery to negate the content of constitutionalism as a political ideal, particularly where we understand that content to entail respect for individual autonomy and human dignity”.

³⁵ O autor entende que existem três tipos de constitucionalismo, além do liberal: o constitucionalismo absolutista, o constitucionalismo meramente *rule of law*, e o constitucionalismo autoritário. No absolutista um único decisor motivado por interesses no bem-estar da nação normalmente protege as liberdades individuais, mas ao fim decide de forma discricionária. No mero *rule of law* os decisores se conformam aos procedimentos gerais de implementação de decisões através de, entre outras coisas, cortes independentes, mas o decisor não é obrigado por nenhuma norma substantiva. (TUSHNET, 2015, p. 396).

³⁶ No original “they have pluralized the category of regime types. Similarly, I suggest that pluralizing the category of constitutionalism will enhance understanding by allowing us to draw distinctions between regimes that should be normatively distinguished (...) Describing a category of authoritarian constitutionalism—and, more generally, pluralizing our understanding of constitutionalism—may contribute to analytic clarity in law as it did in political science.”

decisões são formalmente e praticamente não reguladas por lei, embora, como estudiosos de constituições autoritárias enfatizaram, eles devem ser regulados por conflitos de poder, até mesmo conflitos estruturados e previsíveis” (TUSHNET, 2015, p. 448)³⁷. Em oposição a isso, o autor considera que no constitucionalismo autoritário: 1 - o partido toma todas as decisões, é o que faz o regime autoritário, 2 - não prende oponentes arbitrariamente, embora possa estabelecer sanções, 3 - ainda que tenham sido sancionados, há possibilidade de crítica, 4 - o regime opera eleições relativamente livres e justas, 5 - o partido dominante é sensível à opinião pública e altera suas políticas, 6 - podem ser desenvolvidos mecanismos para garantir que a oposição não ultrapasse o nível desejado, 7 - os tribunais são razoavelmente independentes e também aplicam a *rule of law*.

Ao analisar a concepção de constitucionalismo autoritário de Mark Tushnet, e fazendo revisão de literatura que incluiu vários dos autores aqui citados, Roberto Niembro Ortega distingue entre constitucionalismo autoritário e autoritarismo constitucional. O primeiro designa a situação em que há uma constituição com conteúdo liberal democrático ao qual deverão se ajustar as práticas autoritárias. Já no autoritarismo constitucional, a prática segue o conteúdo da constituição, na qual não existe nenhum compromisso com o constitucionalismo (NIEMBRO ORTEGA, 2016, p. 245).

Seguindo esta indicação, o constitucionalismo brasileiro de 1964 pode ser lido como um constitucionalismo autoritário com progressivas mudanças para um autoritarismo constitucional. Isto porque o golpe de 1964 não trouxe uma linha política definida, mas pautou-se em metas contingentes (notadamente a luta contra o “populismo”). Assim, ciclos de repressão e liberalização sucederam-se, de maneira que, se em um primeiro momento o objetivo era a manutenção da constituição, após o AI-5 o regime tornou-se francamente ditatorial (CODATO, 2004). Os compromissos constitucionais foram contingenciais, até que o modelo adotado mostrasse seu esgotamento.

Mas, ainda que os autores acima sejam unânimes ao descrever regimes que tem uma constituição, mas não são propriamente constitucionais (ainda que cada

³⁷ No original “rough definition of authoritarianism that all decisions can potentially be made by a single decision maker, whose decisions are both formally and practically unregulated by law, though as students of authoritarian constitutions have emphasized, they might be regulated by conflicts of power, even rather structured and predictable conflicts”.

um use uma nomenclatura distinta para descrever a situação), resta recorrer aos motivos para a manutenção da constituição em regimes autoritários ao invés de assumir a posição explícita de abandoná-la em prol de uma postura decisionista. Para isso, devemos acompanhar as funções que a constituição desempenha em tais regimes.

2.4 AS FUNÇÕES DA CONSTITUIÇÃO EM REGIMES AUTORITÁRIOS

Tom Ginsburg e Albert Simpser³⁸ tratam do papel da constituição em regimes autoritários a partir da metodologia da escolha racional³⁹. Nesta perspectiva a função que uma constituição exerce em um regime autoritário em um cálculo de benefícios e problemas de sua manutenção nestes regimes é o ponto central. Este não é o modelo empregado nesta tese, mas propicia um diagnóstico que pode auxiliar a pesquisa acerca das práticas do constitucionalismo autoritário pátrio.

Para os autores, não se trata de análise acerca da existência de constitucionalismo autoritário, mas de compreender as funções de uma constituição neste contexto. Importa saber três coisas: 1 - o que as constituições autoritárias fazem? Quais problemas tal constituição resolve? 2 - Elas funcionam? 3 - Por que elas são adotadas inicialmente?

Como premissa temos que para os autores as constituições cumprem funções que de uma forma ou de outra aumentam a permanência do regime autoritário⁴⁰. Estas funções podem ser de quatro tipos: manuais operativos,

³⁸ No livro *Constitutions In Authoritarian Regimes* (2014).

³⁹ Chamado de institucionalismo de escolha racional, esta linha metodológica adotada na Ciência Política parte das instituições como constrangimentos que devem ser observados pelos atores em sua atuação. Apesar das divergências internas, quatro itens podem ser apontados como importantes para a caracterizar: 1 - os teóricos dessa linha assumem que os atores compartilham determinadas preferências e se comportam de modo a maximizar a satisfação de tais preferências. 2 - estes teóricos tendem a considerar a vida política como uma série de dilemas de ação coletiva, 3 – ênfase no papel das interações estratégicas na determinação de situações políticas, interações estas regidas por um cálculo estratégico que envolve também a expectativa de outros atores, 4 – a própria criação de instituições é considerada como um acordo voluntário entre os atores (HALL, TAYLOR, 2003, p. 206).

⁴⁰ Um dos limites possíveis à este tipo de análise é desconsiderar o peso da “cultura política e jurídica” de um país. Neste sentido, quando Anthony W. Pereira considera que o padrão repressivo pode ser explicado pelo grau de integração e consenso entre as elites militares e judiciárias, antes dos regimes (PEREIRA, 2010, p. 41) há uma ênfase no caráter histórico das instituições e das elites. Poderíamos acrescentar, como o faz Lisa Hilbink (2007) que o processo de formação das elites judiciais é relevante para entender o papel do judiciário na ditadura chilena. Como se pode perceber,

anúncios, propaganda (*window dressing*) e esquema (*blueprint*).

A função manual operativo significa que o estabelecer das regras de funcionamento torna possível os atores cooperarem seguindo suas instruções. Aqui a constituição serve para estabelecer como o poder é organizado e dividido e possibilita que os atores atuem segundo esta organização.

A função de anúncio (*billboards*) é comum tanto em ditaduras quanto em democracias e serve para prover informações aos usuários atuais e potenciais. Como uma declaração autorizada de política, as constituições também desempenham o papel em assinalar as intenções dos líderes (o que pode ser uma resposta interna ou internacional). Podem ser simbólicas, mas indicam um sinal aos observadores.

A função de propaganda (*window dressing*) é aquela que usa a constituição meramente como ficção, sabendo-se que não terão a menor repercussão na vida política. Mas como Adam Przeworski estabelece⁴¹, a estratégia do *window dressing*, enquanto capaz de fornecer uma resposta ao escrutínio externo, é limitada, pois ficará claro que não tem efetividade. Por isso, outra maneira de analisar é pensar que ela é direcionada para os cidadãos, ou seja, para os de dentro. Stálin, quando incluiu um grande arranjo de direitos na constituição de 1936, estava rebaixando os direitos e sugerindo aos seus cidadãos sem acesso a informações que os direitos em *todos* os lugares eram promessas sem sentido.

Já função de esquema (*blueprint*) trata a constituição como espaço para apresentar os anseios sociais, em um sentido próximo do visto na constituição nominal de Karl Loewenstein⁴². Todas as quatro funções variam em relação ao tempo e ao espaço⁴³. Evidentemente não é possível definir de forma indiscutível o *porquê* de ter sido mantida a constituição na ditadura brasileira, mas podemos compreender *como* essa manutenção ocorreu, e, vislumbrarmos as influências dessa permanência no constitucionalismo atual.

a análise do direito em períodos autoritários deve levar em consideração a multicausalidade, e os limites de cada um dos métodos investigativos.

⁴¹ No artigo "Ruling Against Rules" publicado em GINSBURG, MOUSTAFA, 2014.

⁴² Constituição nominal é aquela que não tem relação com a realidade fática. É uma constituição que aparente, pois a despeito de seu texto, não tem nenhuma aplicabilidade.

⁴³ Na ditadura militar brasileira é possível perceber ciclos distintos acerca da relação entre direito e política. Os anos Castelo Branco foram mais "legalistas" do que anos posteriores (especialmente após o AI-5). Considerando as modificações feitas tanto no judiciário quanto na legislação percebe-se que não havia um plano determinado previamente, mas soluções casuisticamente elaboradas.

2.5 LINHAS DE FUGA

A questão sobre constituição e constitucionalismo está no cerne do debate sobre o que significa constitucionalismo e, permito-me acrescentar, da construção da narrativa constitucional.

Se, por influência da literatura sobre transição e democratização poderia parecer que alcançar a democracia e um sistema regido pela constituição era uma questão de tempo, hoje podemos perceber que transição para democracia não é algo automático. Ao contrário, seja em países que suspendam normas constitucionais, seja em países não democráticos, temos diversos exemplos atuais da relação conflitiva entre regimes autoritários, a maioria com constituições que alegadamente tratam de limitação do poder e direitos fundamentais. Estas pesquisas sincrônicas da situação de outros países apresentam importantes elementos para compreendermos a situação brasileira entre 1964-1968, pois nos mostram que a relação entre o constitucionalismo e seus “outros” não se dá em um molde pré-determinado, mas comporta variações de acordo com a tradição jurídica, o momento político e as instituições existentes.

No Brasil ocorreu uma adaptação casuística, especialmente via atos institucionais, que, mesmo distorcendo a constituição, manteve-na como documento constitucional, preservando a vigência da constituição de 1946 (até que foi feito novo texto em 1967).

Segundo os autores consultados poderíamos pensar que estávamos diante de um caso de constituição sem constitucionalismo. Entretanto, a ausência de definição clara do que entende por constitucionalismo torna prematuro abarcarmos esta noção.

Já o “constitucionalismo autoritário”, na maneira como é apresentada por Isiksel, não parece ser o caso da situação brasileira, ao menos no período de 1964 até 1968. Isto porque a constituição não foi construída como forma a limitar as liberdades, mas foi ressignificada de maneira a que algumas liberdades conviviam com o arbítrio. Tampouco o conceito de Tushnet parece se enquadrar perfeitamente, pois não temos propriamente um conflito entre liberalismo econômico e democracia, mas uma apropriação parcial de determinados conceitos constitucionais, com

alteração (ou destruição) de outros. No caso brasileiro o liberalismo conviveu com o nacionalismo econômico, tendo poucos paralelos com a situação existente em Singapura.

Já o conceito de *rule by law*, ainda que os autores não sejam unânimes, traduz uma ideia de dualidade, de dois polos determinados e separáveis, ou seja, adota uma visão do constitucionalismo e seus “outros” como, por exemplo, o estado de sítio e o de emergência. Apesar de haver larga tradição de uso destes expedientes no Brasil, não foram invocados no período analisado⁴⁴.

Neste trabalho considero que podemos falar em “legalismo autoritário” no sentido de uma *rule with law*, ou seja, nem estado de direito, nem estado sem direito, mas sim um estado com apropriação e ressignificação do direito, o qual pode ser usado de forma contraditória e divergente. Não há propriamente a separação entre um dentro e um fora do direito, mas diálogos e debates que vão reconstruindo o sentido mesmo do que é considerado direito. Como forma de ressaltar a perspectiva constitucional, adoto a expressão constitucionalismo autoritário, mas com o sentido de trazer o que parece ser a tônica do constitucionalismo brasileiro no período analisado: a confusão entre a “constituição normal” e a “constituição excepcional”⁴⁵, e a existência de conflitos entre perspectivas liberais e autoritárias do constitucionalismo, como veremos nos próximos capítulos.

No período estudado neste trabalho houve (e em grande medida como decorrência do mito fundador construído por Francisco Campos⁴⁶ no preâmbulo do

⁴⁴ Na crise de 1965, antes da decretação do AI-2, uma das possibilidades era a utilização do estado de sítio ou estado de emergência, mas a solução adotada foi “constituente”, o ato em que reforçava o uso da linguagem revolucionária.

⁴⁵ Esta situação lembra a distinção que Carl Schmitt fez entre ditadura soberana e ditadura comissária. Na ditadura comissária constituição é suspensa, para proteger a existência mesma da Constituição. Seria uma espécie de “legítima defesa” da Constituição. Já na ditadura soberana não se pretende o reestabelecimento de uma situação, mas aspira-se criar uma situação que seja possível constituição, e, portanto, pretende a criação de uma nova constituição (SCHMITT, 1968, p. 181-182). No caso brasileiro a existência dos atos institucionais e as progressivas modificações legislativas e institucionais fizeram com que ao mesmo tempo tivesse a defesa da manutenção da ordem, e a da criação de nova ordem, gerando um espaço de confusão entre ambas as formas de ditadura.

⁴⁶ Nascido em 1891, formou-se pela Faculdade de Direito de Belo Horizonte, em 1914. Em 1919 elegeu-se deputado estadual em Minas Gerais. Em 1921 elegeu-se deputado federal, sendo reeleito em 1924. Em 1926, assumiu a secretaria do Interior de Minas Gerais. Assumiu o Ministério da Educação e Saúde do governo Vargas. Cargo em que promoveu a reforma do ensino secundário e universitário. Deixou o ministério em setembro de 1932. Em 1933 disputou cargo na Assembléia Nacional Constituinte por Minas Gerais, mas não foi eleito. Foi nomeado consultor-geral da República em 1933. E 1935 foi nomeado secretário de educação do DF. Foi nomeado ministro da Justiça dias antes do golpe de 37 e encarregado por Vargas de elaborar a nova Constituição do país. Entre 1943-1955 foi o representante brasileiro na Comissão Jurídica Interamericana. Nos anos 50, passou a

Al 1) a construção de uma narrativa em que a constituição é apresentada como ambivalente, um ser híbrido: de um lado, é a expressão maior do poder constituído e deve ser respeitada, de outro é modificada segundo as conveniências, sendo a expressão de um poder constituinte permanente, identificado a setores da revolução. Assim, o debate é construído de maneira que a constituição não é diretamente atacada, o discurso é de respeito, mas o que significa respeitar a constituição depende o momento e do que está em jogo.

Assim, a questão vai muito além sobre a possibilidade ou impossibilidade da existência de legalidade autoritária, mas passa a incluir como a legalidade “comum” mescla-se com a autoritária, de maneira a criar uma narrativa complexa. Também importa perceber como as instituições são mantidas e modificadas em regimes autoritários.

A revisão bibliográfica efetuada foi eficaz em demonstrar que a relação entre constituição e autoritarismo não é, de forma alguma, uma particularidade nacional, e tampouco superada. A apresentação dos casos demonstra que a relação entre direito e não direito permanece e torna-se ainda mais tênue, o que produz impactos na narrativa triunfante de progresso e alcance de estado de democrático de direito pautado pela proteção de direitos humanos. Os caminhos nunca estão completamente pavimentados, nem no Brasil e nem no estrangeiro.

Algumas considerações sobre os trabalhos apresentados já foram feitas neste capítulo. Mas deve ser ressaltado que, a despeito da importância das análises, elas mostram-se incompletas para tratar do caso brasileiro. Isto porque a maior parte dos autores adota visão externa ao direito, que não parece efetivamente levá-lo em consideração, mas usando-o como fachada. Os debates apresentados no próximo capítulo demonstram que havia uma racionalidade subjacente, e, mais do que isso, que as regras do direito eram parte importante das decisões tomadas. Os trabalhos que usam metodologias típicas de ciência política (como o de escolha racional) esclarecem alguns pontos, mas parecem ignorar a complexidade da atuação dos atores e a modificação do próprio sentido do que seja direito constitucional.

defender posições econômicas liberais e agraristas. Em 1964, participou das conspirações contra o governo do presidente João Goulart. Colaborou na montagem de um arcabouço institucional autoritário para o país, participando da elaboração dos dois primeiros Atos Institucionais baixados pelo novo regime (AI-1 e AI-2) e enviando sugestões para a elaboração da Constituição de 1967. Fonte: CPDOC.

Ainda, as explicações trazidas na maior parte dos textos analisados partem de uma separação que não parece aplicável ao caso brasileiro. Ao contrário, o que se percebe ao acompanhar a relação entre constituição e a ditadura de 1964 é que há uma luta pela apropriação e significado de conceitos centrais como constituição, lei e revolução. E, por isso, neste trabalho a diretriz para a análise do período será a luta pelo sentido de constituição.

2.5.1 Usos da constituição

Ao tratar de usos da constituição tem-se em primeiro lugar que constituição e constitucionalismo não são conceitos essencialistas, mas dependem de uma disputa argumentativa com repercussões concretas na vida política e jurídica. Além de contextualizar o constitucionalismo, deve-se perceber que para os atores envolvidos, o sentido varia conforme as situações, fazendo com que os debates sejam contingentes. Daí a dificuldade em estabelecer a linha demarcatória entre práticas constitucionais e inconstitucionais, pois o sentido mesmo de constitucionalidade é variável conforme a circunstância concreta.

A disputa pelo sentido de constituição espraia-se em diversos espaços: desde a constituinte, o debate parlamentar, a interpretação dada pelos tribunais e as concepções trazidas em revistas e jornais. Estes espaços não são estanques, ao contrário, há uma circularidade através de seus atores e da apropriação de discursos. Os ministros do STF tiveram outras carreiras anteriormente, alguns foram constituintes, outros legisladores, há também os que atuaram como PGR e outros cargos de consultoria. Essa experiência faz com que a constituição seja lida às vezes sob o olhar do político e não do jurista⁴⁷ o que implica, inclusive, considerações sobre qual deveria (ou não) ser seu conteúdo. Como exemplo, a manifestação do Min. Luiz Gallotti na Rp 748:

Quanto a isso, poder-se-ia dizer que as Constituições são duráveis. Houve

⁴⁷ Aqui não se pretende excluir de maneira definitiva os dois campos, mas ressaltar que direito e política são dois sistemas com inúmeros pontos de contato, mas que na construção moderna foram sendo separados, especializando-se. Um dos processos em que houve tal especialização é quanto ao perfil do jurista que deixa de ser o de político e torna-se mais “técnico”. Neste trabalho ao abordar que determinada perspectiva é “jurídica” ou “política”, busca-se ressaltar os fundamentos invocados, se de razão técnica ou não.

tempo em que era assim. Depois, deixou de ser. Quando fiz parte da Assembléia que, de fato, padece parcialmente de Constituinte de Santa Catarina, eleita em 1927, para fazer uma nova Constituição, o meu saudoso líder, Marcos Konder, deu-me a honra de designar-me para orador no ato da promulgação, e enfrentei uma das críticas que se faziam, ou seja, a de se ter colocado na Constituição dispositivos que, a rigor, não seriam matéria constitucional. Recordei então o brilhante discurso de Antônio Mercado, constituinte paulista que sustentava ser matéria constitucional tôda aquela que o interêsse público aconselha tenha durabilidade. Mas esta deixou de existir, até mesmo no que diz respeito às leis constitucionais (Rp 748, p. 173).

A argumentação de Gallotti prescindiria dessa ordem de exposição. Mas, ao lembrar de sua experiência como constituinte estadual, em um caso que trata justamente da adaptação de constituição estadual à Constituição de 1967, mostra-se a circularidade das concepções, ainda que, ironicamente o voto de Gallotti tenha sido pela inconstitucionalidade do dispositivo analisado, o que nesse caso significou um voto contra a ampliação da constituição em sentido material.

Como forma de acomodar estas múltiplas perspectivas, parto da concepção de direito como narrativa, o que implica considerar a constituição além de fonte de autoridade e de sentido hierárquico. A constituição é a soma das práticas de criação e perpétua recriação do pacto fundacional. Como expõe Laurence H. Tribe (2012, p. 19), “a constituição é um verbo e não um substantivo”. Tribe estrutura sua narrativa no contexto americano do *We, the people* e de uma constituição vigente desde 1787, que já teve diversas interpretações em casos delicados. Não é exatamente o caso brasileiro, em que as constituições sucederam-se como respostas à crises políticas. Mas, ainda na nossa sequência de oito constituições, é imperativo vermos o constitucionalismo como além do seu texto, além, inclusive, da interpretação judicial (embora não se negue a importância dos tribunais em dar resposta à casos difíceis).

O constitucionalismo é composto também a partir dos discursos, da resposta dada ao público (tanto geral quanto à comunidade jurídica) em uma narrativa feita tanto de percursos comuns quanto de rupturas. A ruptura entendida aqui não como um ponto externo e, portanto, de não pertencimento, mas ao contrário, de pertencimento ainda que desalinhado do traçado inicial. É uma versão da Fita de Moebius em que não há um fora do direito, mesmo o discurso sobre o não direito,

paradoxalmente o compõe, constituindo-o⁴⁸.

Tecer a narrativa constitucional brasileira implica conhecer os debates existentes em momentos democráticos e autoritários, e construção comum a tais períodos. Estas lutas pelo sentido de constituição moldaram a própria construção do constitucionalismo pátrio. Sobre estes debates, Cristiano Paixão (2012, s/p) mostra como na crise de 1961⁴⁹ o uso de constituição foi defensivo. Daí Leonel Brizola ter nomeado o movimento de resistência como campanha da legalidade. A defesa da constituição é o pilar da luta política de resistência à mudança casuística. Já, no golpe de 1964, o discurso passa a ser distinto, não se trata de defender a constituição, pois ela começa a ser vista como entrave às mudanças estruturais. E assim Brizola exige, no comício da Central do Brasil, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Em outras palavras: para Brizola, 1946 estava superado e, em 1964, o Brasil estava num momento constituinte (PAIXÃO, 2012, s/p). Esta dualidade pode ser vista na segunda campanha da legalidade que ocorreu no Rio Grande do Sul com o então prefeito, Sereno Chaise, declarando em 01/04/64 que a prefeitura seria a nova sede da legalidade. Mas, no dia seguinte, foi anunciado o fim do movimento. A avaliação é a de que a campanha decorreu de erro de cálculo, pois o golpe decorreu de apoio civil, e também pela mudança do sentido de legalidade. Se, em 1961, a legalidade era o mote da resistência, em 1964 era o centro do discurso dos militares e apoiadores (SCHINKE, 2016, p. 107-8).

Neste processo de desqualificação da Constituição de 1946, esta é apresentada como superada e incapaz de dar respostas aos dilemas nacionais. Uma constituição que não teria acompanhado o processo de modernização brasileiro. É neste contexto que a disputa pela constituição é também uma disputa pelo tempo e sua gestão. Haveria um descompasso entre o tempo constitucional e o tempo de formação de uma identidade nacional, pois o tempo da constituição não teria acompanhado o tempo da nação, antecipando-se à ela. Esta perspectiva, presente desde Alberto Torres, repete-se e na década de 60 e é apresentada, dentre

⁴⁸ A fita de Moebius é uma fita na qual através de uma pequena torção o dentro e o fora se indeterminam, assim como o começo e o fim. Ou seja, ao se olhar a fita não se sabe qual é a parte interior ou a exterior da mesma. Esta figura desconcertante foi retratada pelo pintor Maurits Cornelis Escher, artista que pintava figuras que desafiassem os padrões comuns através da ilusão de ótica.

⁴⁹ Com a renúncia de Jânio Quadros em 25/08/1961, foi empossado interinamente do deputado Ranieri Mazzilli, pois o vice, João Goulart estava em viagem oficial à China. Os Ministros militares queriam impedir a posse de Goulart, de forma que a solução de compromisso foi a emenda parlamentarista para que fosse reduzido o poder do presidente.

outros, por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

A história constitucional do Brasil é a história de um país novo onde o pensamento político não encontra raízes próprias buscando inspiração nos exemplos estranhos à nossa formação (FRANCO SOBRINHO, 1968, p. 70)

Assim, o desconcerto entre realidade e teoria é também um desencontro da maneira como o tempo é apreendido na teoria constitucional. O passado é apropriado como incapaz de dar respostas aos dilemas do presente, ainda que se possa remeter a ele como forma de amparar os argumentos atuais. Nessa luta por sentido de constituição, ela é tanto o que se deve lutar para proteger, como contra o que se luta por sua incapacidade de dar respostas aos dilemas nacionais. Nesse contexto, a mudança constitucional passa a ser a pedra de toque do debate político.

Este presságio de esgotamento da Constituição é ventilado em artigos jurídicos. Em 1963 A. de Sampaio Dória defende que sejam feitas reformas à Constituição de 1946 para aprofundar a democracia e sugere medidas que seriam imprescindíveis (DORIA, 1963).

No ano seguinte Josaphat Marinho escreve acerca da necessidade de reforma da estrutura jurídica. Fazendo referência (e mitigando) o diagnóstico de autores como Burdeau e Ripert, que consideram que a lei foi substituída pelo conceito de Plano (Burdeau) e que o direito estaria em declínio pela incapacidade de dar conta da ordem social (Ripert), Marinho trata da necessidade de atualizar o direito brasileiro. Em parte essa necessidade proveria da inadequação história da legislação (especialmente os códigos comercial e civil), mesmo os códigos mais recentes na década de 1960 (como o de processo civil e penal) seriam incompatíveis com o regime democrático, pois foram feitos no Estado Novo.

Quanto ao diagnóstico da mudança do direito, Marinho considera que a própria constituição, apesar do pouco tempo de vigência, deveria ser alterada. Para ele, o período da ditadura do Estado Novo impediu que se procedessem debates fundamentais na constituinte. É como se a constituição já tivesse surgido desvinculada dos desafios que deveria enfrentar. E mesmo com as propostas de alteração, como as feitas na Comissão de Estudos da Reforma Constitucional em 1956 (ver item 3.1), não houve alteração de maior envergadura.

As alterações constitucionais, comuns em nossa história constitucional, são

feitas sob o signo da crise, da necessidade de alteração de prescrições para que se possibilite a resolução do conflito imediato. Considerando que a narrativa da crise é constante, as mudanças também o são.

As principais modificações introduzidas no texto decorreram sempre de situações críticas. Assim foi em 1961, com a implantação do sistema parlamentar de governo (Emenda n. 4). Assim nesse ano de 1964, com as alterações que instituíram a coincidência dos mandatos eletivos, a elegibilidade dos militares subalternos e a regra da maioria absoluta para a eleição do Presidente da República (Emenda n. 9). A experiência política revela, porém, que as revisões constitucionais mais sábias e duradouras são as que se realizam sem a pressão da força – armada, econômica ou popular (MARINHO, 1964, p. 14).

Mas, a alteração constitucional nem sempre precisa ser feita sob forma de emenda ou revisão constitucional. A criação de novos tipos normativos aliada ao impulso legalista do regime ditatorial criou teia normativa intrincada que demandou dos diversos intérpretes da constituição um trabalho árduo para decifrar a rede em que o excepcional se compatibilizava com o normal.

Neste sentido, o próprio conceito de revolução é um campo em disputa. Nos preâmbulos dos atos institucionais, notadamente os de número 1 e 2, revolução é ligada à ideia de representação dos interesses da nação e não de um grupo. Mas, para Clóvis Ramallete⁵⁰ no contexto da “teoria jurídica da revolução” a revolução seria “a remoção duma dada ordem normativa pela violência em porção mais ou menos extensa, para a substituição dela por outra normatividade promulgada *pela força e com efetividade*” (RAMALHETE, 1974, p. 100). Esta concepção já estava presente no artigo do autor em 1969, que originalmente foi uma palestra pronunciada no TRE, em que considera que é a eficácia o elemento legitimador da revolução.

⁵⁰ Clóvis Ramallete Maia foi advogado, jornalista e professor universitário. Foi professor da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, hoje Universidade Federal do mesmo Estado, Professor Emérito da Faculdade de Direito de São Carlos, Estado de São Paulo, e Professor Honoris Causa da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Lecionou, como Professor Convidado em diversas faculdades e em entidades militares como Estado Maior das Forças Armadas; Escola Superior de Guerra; Escola de Guerra Naval, onde coordenou Seminários; Escola de Comando e Estado Maior do Exército; Escola de Comando e Estado Maior da Aeronáutica; Academia Militar das Agulhas Negras; e Escola Preparatória de Cadetes do Ar (Barbacena-MG). Pertenceu, na condição de Juiz, à Corte Permanente de Arbitragem, de Haia; integrou, como Conselheiro, de 1960 a 1979, o Conselho Federal da OAB e diversas outras instituições. Foi Consultor-Geral da República no período de 16/03/1979 a 7/04/1981, Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 8/04/1981 e 25/02/1982, quando se aposentou por idade.

O autor analisa (1974) que Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva, através do AI-1, participaram do direito transitório das revoluções (e, portanto, não vê nenhuma contradição entre a sua perspectiva e as esboçadas nos preâmbulos). É nítido que Ramalhete não se centra na construção de um discurso da legitimidade das revoluções, mas trabalha a partir da produção de efeitos.

Ramalhete compara a resposta jurídica de três revoluções: a de 1889, 1930 e 1964. Nesta comparação é possível perceber que a resposta revolucionária foi distinta porque a concepção de constitucionalismo também o era.

Sucedeu que o redator do primeiro [edito revolucionário brasileiro], Rui Barbosa, era produto do constitucionalismo regrado e do legalismo formal e de superfície do Império. Seu autor conteve-se por isso condicionado culturalmente pelos fatores de seu tempo. Não obstante, movia-o missão transformadora, a de agente de insurreição que lhe confiara a História. Por isso, o decreto revolucionário de Rui Barbosa guarda certa compostura formal de legalidade.

Mas o último escritor de Edito revolucionário de "Direito Transitório", Francisco Campos, mostra-se, em 1964, mais afeito à teoria jurídica da Revolução, como "ato de Poder e de Direito". Por isso, este autor foi menos respeitoso no manejo e na remoção da lei formal.

Também este jurista poderá ser explicado como produto cultural do seu tempo. Entre as duas guerras, a geração de Francisco Campos havia sido nutrida da noção de "crise do Estado Liberal", ante a crítica panfletária dos teóricos da esquerda e da direita, e tinha sido expectadora de duas experiências políticas contestantes, a Soviética e a Fascista. Rui, no entanto, não as conheceu, em sua formação constitucionalista anglo-americana e durante sua experiência no período monárquico brasileiro (RAMALHETE, 1974, p. 109) .

Ramalhete foi credenciado como representante do IAB para participar da cerimônia de posse dos 5 ministros em 25/11/69 os quais foram indicados em decorrência do AI-2 (STF, Relatório 1965). A revolução, e seus ideólogos, não tratam apenas no plano teórico, mas se espraiam entre os livros e instituições.

A conexão (e contradição) entre revolução e constituição aparece no voto do Min. Pedro Chaves no HC 40.910, julgado em 24/08/1964. O *habeas corpus* tratava da ordem de prisão de Sérgio Cidade de Rezende, professor de economia na Universidade Católica de Pernambuco, por ter distribuído manifesto aos alunos, o que foi considerado pelo juiz que determinou prisão como incitamento à subversão. Segundo Chaves:

Há nesta revolução, no momento em que estamos vivendo, uma evidente contradição; alguma coisa está positivamente errada, porque se há idéias

que se repelem, que “hurlent de se trouver ensemble”, são estas, de “revolução” e de “Constituição”. E o Ato Institucional, que procurou dar colorido ao Movimento de 31 de março, no art. 1º, diz que “está em vigor a Constituição de setembro de 1946.

Esta Constituição de setembro de 1946, como todas as Constituições inspiradas nos princípios da Liberal Democracia, é uma Constituição que não fornece meios de defesa às instituições nacionais e é uma Constituição onde se prega um liberalismo à la Benjamin Constant, pleno, amplo e absoluto, mesmo contra os interesses que se presumem ser da nacionalidade, porque consagrados por uma Assembléia Constituinte (STF, HC 40.910).

Na literatura sobre o direito na ditadura, o voto do Min. Pedro Chaves neste *habeas corpus* é bastante citado (entre outros SILVA, 1997; CARVALHO, ROESLER, 2016), ressaltando-se seu posicionamento conservador de discordância com o que o paciente ensinava. Entretanto, defere o pedido de liberdade do docente. Esta é uma pequena mostra da complexidade de análise de decisões do STF neste período. Uma porque na maioria dos processos não é explicitada a concepção política do julgador. Isto porque o julgamento colegiado gera uma dinâmica própria que não é plenamente apreensível pela soma dos votos dos julgadores. Mesmo que a concepção de um determinado julgador divirja de seus pares, há a tendência de concordância quanto à decisão, ainda que com fundamentos absolutamente distintos (que nem sempre são explicitados). Neste sentido a construção da narrativa constitucional ocorre em caminhos acidentados, com desvios, recuos e alguma circularidade.

Neste trabalho retomo algumas destas narrativas adotando como premissa que a experiência brasileira não foi de um constitucionalismo de fachada, ou da inefetividade, mas de o constitucionalismo de disputas pelo sentido de constituição. Estas disputas ocorridas nos mais diversos espaços moldaram a construção de nossa identidade constitucional mesmo que não queiramos nos reconhecer em alguns de seus percursos. O mito fundador tem como vantagem a criação de um novo tempo, em uma espécie de teologia jurídica em que os pecados do passado são expiados. Entretanto, esta mitologia, ao deixar de lado as dualidades da narrativa constitucional, leva a uma perda de sentido que tem por consequência a consideração de que as dubiedades do presente são assombrosas, o que pouco (ou nada) auxilia em seu enfrentamento.

No próximo capítulo tratarei do processo de construção desta intrincada rede em que o excepcional e o normal se uniam e mutuamente (de)formaram-se.

3 CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO BRASILEIRO

Como vimos no capítulo anterior, a convivência entre constitucionalismo e autoritarismo não é exclusiva do Brasil e tampouco da ditadura militar brasileira. Ao contrário, é possível construir a narrativa constitucional brasileira pelo viés da excepcionalidade, seja através da invocação do estado de sítio, ou da potência revolucionária do poder constituinte. O regime autoritário brasileiro elaborou esta narrativa através da construção de um constitucionalismo autoritário em que se mesclaram vetores de normalidade e de exceção⁵¹.

Este paradoxo constitutivo (constituição e autoritarismo) deve ser entendido como um dos muitos “pares conceituais”⁵² que são formados ao redor do termo constituição. E nesse sentido da constituição como o epicentro das disputas de sentido que afetam tanto a esfera jurídica como política. Um dos pares conceituais que perpassam nossa história constitucional é normalidade/exceção, o qual será parcialmente retomado nesta narrativa até o Supremo Tribunal Federal na década de 60.

Seguindo esta indicação, neste capítulo tem-se por objetivo estabelecer o contexto e forma de modificação do direito no período pós-1964, com especial ênfase às mudanças que afetaram o sentido e o entendimento do que é constituição, e as que alteraram a organização e competência do poder judiciário (notadamente o STF). Entretanto, no decorrer do trabalho de resgate das modificações legislativas ocorridas no período ditatorial, desvelou-se que a discussão sobre o sentido de lei é anterior e envolve aspectos sobre a crise de governabilidade ocorrida no século XX.

⁵¹ Faço especial referência à imagem apresentada por Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2012), com inspiração em Giovanni Sartori, para descrever este processo como “engenharia constitucional”. Para Barbosa a “engenharia constitucional à brasileira” apoiava-se em duas premissas: 1- previsibilidade dos resultados políticos e sociais a serem obtidos a partir da mudança constitucional, e, 2 – quem poderia fazer a mudança seria o governo. Ainda que o autor refute que tal processo tenha conduzido aos resultados esperados, pois o fenômeno constitucional é inerentemente incontrolável, não resta dúvida de que houve uma tentativa de controle do processo e da narrativa constitucionais. É desta tentativa de controle que passo a tratar neste capítulo.

⁵² A expressão é de Cristiano Paixão (2012): “O termo ‘constituição’ não poderia ser mais receptivo à formação de pares conceituais. Forma-matéria, permanência-mudança, rígida-flexível, sintética-analítica, as expressões poderiam se multiplicar. Há alguma influência da prática jurídica – e de sua história – nessa receptividade: na vigência do direito, outros pares se apresentam: regra-exceção, ser-dever-ser, norma-fato, e muitos outros. Como se sabe, as constituições modernas significam, antes de tudo, a confluência entre dois caminhos históricos diferentes: por um lado, elas são a realização e a positivação das principais bandeiras da Modernidade, plasmadas nas idéias de liberdade e igualdade. Por outro lado, elas também são normas que compõem – habitualmente no plano superior – o ordenamento jurídico de uma dada comunidade”.

Desta forma, o fio condutor deste capítulo é o debate sobre o que é lei, ironicamente (ou previsivelmente) em um ambiente marcado pelo legalismo.

Como trabalhos recentes tem acentuado (especialmente PEREIRA, 2010), o regime militar brasileiro foi o mais legalista e judicializado do Cone Sul, no sentido de que houve o maior número de casos que chegaram aos tribunais e o menor número de desaparecidos (proporcionalmente à população do país). Antes de analisar as decisões judiciais, é importante ter um panorama das modificações e arranjos que foram feitos e que criaram as bases desta legalidade autoritária.

Em um panorama geral, o regime ditatorial brasileiro iniciado após o golpe de 1964 perdurou durante 21 anos, criou duas constituições, 17 atos institucionais, manteve o Congresso aberto (ao menos formalmente) e manteve o Judiciário, inclusive o STF, funcionando (evidentemente que com importantes limites). Foi criado um arcabouço legal para manter o regime inserido em um padrão de legalidade, no qual se mesclavam alterações do “ordenamento comum” e a construção de um “ordenamento revolucionário”. Este padrão mantém-se até o Ato Institucional 5, em 1968, quando a ditadura mostra-se escancarada⁵³.

Além da quantidade de leis e atos normativos elaborados no período ditatorial, houve debates importantes em periódicos⁵⁴ e nos tribunais⁵⁵. Ainda que devamos ter em mente que os dados aqui apresentados refiram-se principalmente ao período entre 1964 e 1968, (portanto não engloba o pós AI-5), e que houve importantes cerceamentos institucionais⁵⁶, podemos compreender o período através dos debates no campo jurídico, alguns que permanecem nas atuais questões

⁵³ A menção é diretamente derivada da análise que Elio Gaspari faz da ditadura militar brasileira. Para apontar as modificações ocorridas no tempo, Gaspari em seus livros caracteriza o período como “ditadura envergonhada” (entre o golpe e o AI-5), “ditadura escancarada” (a partir do AI-5 até 1973), “ditadura derrotada” (período antes da posse de Geisel – 1974 - até 1975) e “ditadura encurralada” (trata do conflito interno à ditadura que culminou com a exoneração do general Sylvio Frota em 1977).

⁵⁴ Pode-se citar a utilização que Carlos Medeiros Silva fez dos periódicos, com ênfase na RDA, para tratar dos atos institucionais, legitimando-os. Como exemplos: SILVA, 1964a; 1964b; 1964c; 1964d; 1964f; 1964g; 1966.

⁵⁵ Como exemplo cito a Rp 700, proposta pelo PGR a pedido do Governador do estado de São Paulo e julgada em 03/05/1967. O caso envolvia projeto de lei que implicaria aumento de despesa e, por isso, vetada pelo governador. Houve derrubada do veto pela Assembleia Legislativa. O STF teve que tratar sobre a hierarquia dos atos institucionais em relação à constituição federal e constituição do estado de São Paulo. Há robusto debate que envolve o relator, Min. Victor Nunes, e, especialmente, o Min. Hemes Lima, sobre a competência da Assembleia Legislativa, a relação entre os atos institucionais e a constituição, além do alcance e limites de emendas legislativas.

⁵⁶ Para ficarmos no exemplo dos cerceamentos ao judiciário, pode-se apontar a utilização da manobra de aumento do número de ministros do STF de 11 para 16 (AI-2). Com isso, possibilitou-se que o “presidente” indicasse mais cinco juristas de sua confiança para compor o tribunal.

constitucionais.

Como ponto de partida para a análise da construção da “arquitetura autoritária” faz-se necessário tratar do sentido e papel da lei e do processo legislativo para o regime, tarefa que começa muito antes do próprio regime.

3.1 “GOVERNAR É LEGISLAR”⁵⁷, MAS, “QUE É, PORÉM, A LEI?”⁵⁸

Não é novidade em nossa história constitucional a crítica ao processo legislativo e ao Poder Legislativo, e, tampouco o questionamento de qual seria o valor da lei.

No contexto da Constituição de 1937 Francisco Campos⁵⁹ condenou veementemente o que considerava incapacidade do Legislativo e sua ausência de representatividade, concentrando-se em seus interesses privados.

De resto, a incapacidade do Poder Legislativo para legislar é hoje um dado definitivamente adquirido não só pela ciência política como pela experiência das instituições representativas, em quase todos os países do mundo, inclusive nos de tradição parlamentar. Ora, a legislação é uma das funções essenciais do governo. Se o órgão incumbido de legislar se demitira da sua função, cumpria substituí-lo urgentemente por outro processo capaz e adequado de legislação (CAMPOS, 2002, p. 69).

Em seu argumento, como pode ser visto acima, a incapacidade de legislar obriga o chefe do Executivo a assumir funções legislativas. Isso ocorre através da

⁵⁷ Frase presente em Carlos Medeiros Silva (1964b, p. 450): “governar não é mais agir dentro do quadro das leis existentes”, mas “dirigir a própria legislação; governar é, em uma palavra, legislar”.

⁵⁸ Questão colocada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no artigo “A Autonomia do Poder Regulamentar na Constituição de 1958” publicado no vol. 84 da RDA (1966).

⁵⁹ A relação entre Francisco Campos e qual Carl Schmitt é um ponto cego, no sentido que Campos não cita expressamente Schmitt, entretanto sua teorização acerca do papel do estado e da constituição podem ser lidas como ecos da obra do jurista alemão. Um exemplo é o papel do governante. Schmitt escreve em Teologia Política que “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”. Campos escreve em O Estado Nacional (1937, p. 3): “quando as exigências do momento histórico e as solicitações do interesse coletivo reclamam imperiosamente a adoção de medidas que afetam os pressupostos e convenções do regime, incumbe ao homem de Estado o dever de tomar uma decisão excepcional, de profundos efeitos na vida do país, acima das deliberações ordinárias da atividade governamental, assumindo as responsabilidades inerentes à alta função que lhe foi delegada pela confiança pública”. No discurso de Getúlio Vargas, de 10 de novembro de 1937 (em que explica as razões do golpe), é possível ver a excepcionalidade como um geradora de um dever ao soberano “O homem de Estado, quando as circunstâncias impõem uma decisão excepcional, de amplas repercussões e profundos efeitos na vida do país, acima das deliberações ordinárias da atividade governamental, não pode fugir ao dever de tomá-la, (...)”. Alguns dos trabalhos que analisam a relação entre os dois autores: Santos (2007), Menezes (2013) e Bueno (2016).

iniciativa exclusiva em alguns temas (normalmente aqueles que impactem as finanças), da possibilidade de solicitação de urgência, da capacidade de propositura via delegação legislativa, e do poder regulamentar.

A crítica ao processo legislativo dependente do parlamento não se circunscreve à Constituição de 1937. Mesmo após a constituição democrática de 1946 houve várias manifestações quanto a necessidade de modificação do processo, atribuindo maiores poderes ao executivo.

Um dos principais juristas do período ditatorial, Carlos Medeiros Silva⁶⁰, afirmou, em palestra⁶¹, que:

(...) A delegação de poderes é uma prática indispensável na época contemporânea, como acontece na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde, por meio deste expediente, o Legislativo e o Executivo conjugam os seus esforços para atender à grande massa de assuntos que reclamam soluções legais. A função do governo se confunde cada vez mais com a legislação, o que levou R. Capitant a afirmar que: - **"Governar não é mais agir dentro do quadro das leis existentes; governar é dirigir a própria legislação; governar em uma palavra é legislar"**.

40. Nesta ordem de considerações, assim concluí: "A atribuição de exercer delegações é, a meu ver, uma grave lacuna que, mais cedo ou mais tarde, teremos que preencher, para que o Poder Executivo possa desempenhar cabalmente a sua missão" (SILVA, 1963, p. 8-9, grifos meus).

Em 1956, é formada Comissão de Estudos da Reforma Constitucional⁶² para apresentar propostas para Emendas Constitucionais. Dentre as propostas trazidas

⁶⁰ Carlos Medeiros Silva foi promotor público, consultor jurídico para órgãos da administração federal, chefe de gabinete do Ministro da Justiça, e Procurador-Geral da República (1957-1960). Participou da elaboração de diversas leis e por décadas foi o redator-chefe da *Revista Forense* e da RDA. Foi nomeado (após a ampliação de vagas de ministros do STF feita pelo AI-2) para o STF. Foi também ministro da Justiça (de 19/7/1966 a 15/5/1967). Silva é um excelente exemplo do perfil dos juristas civis que tiveram papel fundamental na montagem da engenharia constitucional que marcou o regime militar. Ver Valério (2010).

⁶¹ O artigo, publicado em 1963, é a transcrição de conferência pronunciada em 29/11/1962, no Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio, Rio de Janeiro. Entretanto, o trecho transcrito é apresentado pelo autor como pronunciado em palestra de 1952 sobre "As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo", conferência feita em curso de administração pública promovido pela FGV, e publicada na RDA vol. 31 (1953). Há uma circularidade de ideias que começa com críticas à solução adotada na Constituição de 1946 e chega ao auge na década de 60, especialmente com o processo de centralização no poder Executivo. Além disso, ambas as conferências ocorreram em espaços não jurídicos (curso de administração pública e Confederação Nacional do Comércio) e, somente depois, replicadas na RDA, sugerindo que as reformas propostas, ampliativas do poder do Executivo, eram também uma tentativa de resposta à atores externos ao direito, e, portanto, à conflitos de natureza político-econômica.

⁶² Comissão foi formada em março de 1956 e apresentou suas considerações em julho do mesmo ano. Composta pelo então Min. da Justiça e Negócios Interiores, Nereu Ramos, e pelos juristas San Tiago Dantas, Carlos Medeiros Silva, Antônio Gonçalves de Oliveira, Francisco Brochado da Rocha e Hermes Lima.

está a da delegação legislativa ao Poder Executivo⁶³, o estabelecimento de prazos para o processo legislativo e limitações à propositura e emenda de projetos que estabeleçam aumento de gastos (RAMOS, 1956, p. 9). A justificativa para tais propostas seria:

1. As modificações sugeridas pela Comissão de Estudos da Reforma Constitucional no capítulo II, "Do Poder Legislativo", têm por fim assegurar ao processo da elaboração das leis andamento **mais consentâneo com a eficiência da ação do Congresso.**

Tudo indica que o prestígio do Congresso se reforçará na opinião pública desde que sua tarefa legiferante se apresente em condições técnicas de atender a tempo e a hora às soluções legais reclamadas pelo corpo social. Afigurou-se à Comissão que, dentre essas condições técnicas, as que se passam a enumerar podem aperfeiçoar a elaboração legislativa. **Tôdas as medidas alvitradas inspiram-se nas lições da experiência vivida, principalmente nestes últimos 10 anos de prática constitucional.**

2. Ao conceder ao Presidente da República, retomando a tradição de 34, a competência exclusiva de leis que criem empregos em serviços existentes e aumentem vencimentos, a Constituição entendeu com isto atribuir ao Chefe do Executivo, diretamente responsável pela marcha da Administração, pela ordem de seus serviços e pela oportunidade de nela se introduzirem alterações de vencimentos de pessoal, o controle de providências suscetíveis das mais graves repercussões no orçamento e na máquina administrativa (...) (RAMOS, 1956, p. 10, grifos meus).

No projeto são invocados diversos autores que teriam defendido a maior participação do Poder Executivo no processo legislativo. Os quais incluiriam Seabra Fagundes, na Constituinte de 1946, Agamemnon Magalhães e Barbosa Lima Sobrinho; Afonso Arinos, Bilac Pinto, Temístocles Cavalcanti, Pontes de Miranda e João Mangabeira. Mesmo com as divergências pelo uso do poder regulamentar em

⁶³ Ironicamente, em agosto de 1956 foi criada Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA), via Decreto 39.855. A fundamentação para a criação da referida comissão é: "CONSIDERANDO que o programa do atual Governo exige grande intensidade de trabalho e para tanto é necessário acelerar a capacidade executiva da administração federal, (...), CONSIDERANDO que o volume do trabalho repetitivo e secundário, submetido ao Presidente da República, consome o tempo e as energias de que o Chefe do Poder Executivo necessita para dedicar-se aos problemas gerais do Governo; CONSIDERANDO que cumpro a reduzir a massa ingentes dos atos rotineiros que lhe são submetidos à assinatura e livrar o Presidente da República de tarefas suscetíveis de validação nos âmbitos ministeriais e equivalentes; CONSIDERANDO que a reforma de estrutura e funcionamento da administração federal constitui objetivo imediato do atual Governo; CONSIDERANDO que a complexidade, multiplicidade e importância dos problemas afetos do Governo Federal reclamam instrumentos de coordenação e controle mais eficazes do que os existentes e tornam inadiável a institucionalização da Chefia Executiva" (BRASIL, 1956).

Há, portanto, um debate maior do que a relação entre Executivo e Legislativo no que diz respeito à competência para legislar, tem-se uma crise na própria configuração do Estado, o qual não consegue dar conta das demandas que lhe são atribuídas. A linguagem dessa debate é indiretamente constitucional, e de forma mais direta é administrativa.

regime presidencialista, Rui Barbosa também admitiria na forma de “regulamentos delegados” (RAMOS, 1956, p. 14-5).

É nesse contexto de descrédito do Parlamento que a delegação do poder legislativo torna-se tópico importante⁶⁴ e, simbolicamente, é utilizada em uma das maiores crises políticas brasileiras do século XX: a renúncia de Jânio Quadros e o estabelecimento do regime parlamentarista. A EC 4, também chamado de Ato Adicional, que estabelece o regime parlamentarista, no art. 22, § único, estabelece a possibilidade de delegação se houver a aprovação de lei nesse sentido (com o quórum de maioria absoluta).

A possibilidade foi regulamentada através da lei complementar ao Ato Adicional de 17/07/1962 (lei que organiza o sistema parlamentar). Das 21 solicitações encaminhadas pelo Presidente do Conselho de Ministros, Francisco Brochado da Rocha, foram feitas 11 leis (SILVA, 1962, p. 4-5). Ao se revogar o Ato Adicional em 23/01/63, revogou-se também esta possibilidade, pois retornou a vigência do art. 36, § 2º da Constituição de 1946⁶⁵.

Juntamente com a delegação legislativa, ganhou força a tese de que o poder regulamentar poderia ser utilizado como saída à crise. O artigo *Autonomia do Poder Regulamentar na Constituição Francesa de 1958*, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1966), citado no título deste item, traz o diagnóstico de uma crise legislativa⁶⁶ e, valendo-se do direito comparado, traz a prescrição: utilização do poder

⁶⁴ Em busca no acervo da Revista de Direito Administrativo no período até 1980 foram encontrados 21 artigos com o termo “poder regulamentar” no título, como comparação, até 18 agosto de 2015 totalizam 29 artigos. Destes, 1 foi publicado na década de 40, 8 na década de 50, 10 na de 1960 e 1 na década de 1970, o que mostra que a questão esteve mais forte nas décadas de 50 e 60, ou seja, é prévia à ditadura militar que se apropriou da questão para fortalecer o executivo federal.

⁶⁵ “§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.” Esta disposição também esteve presente na Constituição de 1934.

⁶⁶ A crise legislativa é apontada como uma decorrência da modificação do papel do Estado, que passa a assumir mais funções em sua feição social. Segundo Ferreira Filho (1966, p. 27) “Na medida em que o Estado assume o papel de providência de distribuidor do bem-estar - do pão, do ensino e até do circo... - na medida em que êle invade esferas deixadas até então ao indivíduo, fixando preços e salários, fomentando empreendimentos e êle próprio empresando, estipulando condições de trabalho e criando novas oportunidades, o volume da legislação necessária - porque só a lei obriga.. - aumentou avassaladoramente. A primeira das causas da ‘crise’ legislativa esta aí: o acréscimo da massa de trabalho que se ergue até um nível sem relação com o tempo de que dispõem os parlamentares.”

⁶⁷ Em livro de 1968, Ferreira Filho aprofunda a ideia da crise da lei. O autor aponta que a multiplicação das leis é fenômeno universal, em grande parte pela expansão das missões do Estado. E tem como efeito que as leis sejam cada vez menos duráveis, pois ao serem feitas sem a devida reflexão é necessário um número de leis para explicá-las e complementá-las (FERREIRA FILHO, 1968, p. 11).

regulamentar. Com isso, seja pela celeridade, seja pelo conhecimento técnico, o Executivo poderia assumir funções legislativas através do poder regulamentar. A inovação trazida na Constituição francesa de 1958 foi estipular as matérias que somente poderiam ser objeto de lei, deixando as matérias residuais pertencem ao domínio regulamentar, portanto “dentro da esfera normativa do governo” (FERREIRA FILHO 1966, p. 34). O uso de tal poder dar-se-ia com a colaboração do Conselho de Estado que dá parecer sobre os textos elaborados pelo governo que visem alterar lei em vigor. Mas este parecer tem natureza opinativa e não vinculante.

Conclui Ferreira Filho (1966, p. 38-9) que:

Embora com alteração, uma solução como essa seria conveniente para o nosso país. Daria maior flexibilidade e eficiência ao govêrno sem reduzir à impotência o Congresso. Seria mais conveniente que a adoção da delegabilidade do poder legislativo, pela qual, normalmente, o Congresso se despolaria [sic] de efetiva participação na feitura das leis, com a agravante de, em regime presidencialista, não depender o govêrno de sua confiança. Por outro lado, o contrôle jurisdicional de constitucionalidade resguardaria o sistema contra quaisquer usurpações⁶⁸.

Entretanto, o que o autor deixa de tratar em sua defesa do modelo francês é que a Constituição de 1958 criou um modelo híbrido de governo, que nos dizeres de Maurice Duverger (1977) enquadra-se como semipresidencialismo⁶⁹. Ou seja, ainda que não seja um Parlamentarismo nos moldes de Westminster⁷⁰, a França tampouco pode ser considerada como um presidencialismo nos moldes norte-americanos. De

⁶⁸ Considerando que o artigo foi publicado em 1966, posterior, portanto, à EC 16/65 que criou o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, e a menção ao controle judicial de constitucionalidade não é retomada, é difícil saber se o autor refere-se ao sistema já criado, ou a um outro modelo de controle judicial de constitucionalidade (talvez até o modelo praticado pelo Conselho Constitucional francês).

⁶⁹ Semipresidencialismo na classificação de Duverger seriam os países simultaneamente com responsabilidade política do Parlamento (característica indiscutível de países parlamentaristas) e escolha do chefe de governo através do sufrágio universal (critério discutível, mas próximo dos países de regime presidencialista). COLLIARD, 2009, p. 86.

⁷⁰ O termo refere-se ao sistema inglês (Westminster é a sede o parlamento inglês). Este modelo clássico, também conhecido como majoritário, tem como características: “1 – Concentração do Poder Executivo em gabinetes unipartidários de maioria mínima; 2 – Gabinete dominante em relação à legislatura; 3 – Sistema bipartidário; 4 – Sistema de eleições majoritário e desproporcional; 5 – Pluralismo de grupos de interesse; 6 – Governo unitário e centralizado; 7 – Concentração do poder legislativo numa legislatura unicameral; 8 – Flexibilidade constitucional; 9 – Ausência de revisão constitucional; e 10 – Um banco central controlado pelo Poder Executivo” (ASSIS, 2007, p. 204).

maneira que a comparação pontual entre o sistema brasileiro e francês fica bastante prejudicada⁷¹.

Se as questões acerca da necessidade de modificação do processo legislativo para garantir a governabilidade já eram pautas importantes na década de 50, com o golpe militar a questão é aprofundada.

Carlos Medeiros Silva escreveu em diversos momentos sobre a necessidade de mudanças no processo legislativo, especialmente conferindo poderes ao Executivo e medidas para tornar o processo mais célere. É este o principal tópico trazido pelo primeiro AI, mas, além da doutrina acerca da necessidade de “aprimoramento” do processo legislativo, Silva também defende a figura normativa do ato institucional como adequada às modificações propostas (CHUEIRI, CÂMARA, 2015):

A prática do Ato Institucional está ainda em seus primórdios e restrita aos atos discricionários. Mas a opinião pública clama por reformas de natureza legislativa e a experiência dos novos métodos dirá da conveniência, ou não, de serem eles incorporados, após 31 de janeiro de 1966 [vigência do AI 1], ao texto constitucional permanente, a exemplo do que ocorre em outros países (SILVA, 1964b, p. 17).

Este trecho deve ser compreendido com a afirmação de Silva “governar não é mais agir dentro do quadro das leis existentes”, mas “dirigir a própria legislação; governar é, em uma palavra, legislar” (SILVA, 1964d). Segundo Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2009, p. 89): “Isso vale, no pensamento autoritário militar, também para as leis constitucionais. Governar é, nesse sentido, ter controle sobre a Constituição vigente”. Mas podemos ampliar a análise de Barbosa para dizer que

⁷¹ A defesa de Ferreira Filho ao modelo francês possivelmente está alinhada com a estratégia governista de efetuar reformas nas instituições. Em coluna de 26/02/1965 (*Em estudos o regime francês para o Brasil*) o jornalista Carlos Castello Branco informa que estava sob estudo de Afonso Arinos e Gustavo Capanema reformas e que ambos estariam “evoluídos da doutrina presidencialista para a doutrina parlamentarista”. Sobre modificações acerca do processo legislativo escreve Castello Branco: “A adoção de tal sistema envolveria a definitiva incorporação ao texto da Constituição dos dispositivos do Ato Institucional referentes à elaboração legislativa, os quais perderiam, em prazos mais elásticos, o caráter de emergência e de excepcionalidade que os reveste atualmente. Modificações no processo de trabalho das Casas do Congresso, a fim de assegurar maior rendimento e mais autoridade à ação dos órgãos técnicos, seriam imediatamente introduzidas, como de resto é já do pensamento do Governo e do seu líder na Câmara. As modificações no sistema de elaboração legislativa estão, de resto, já esquematizadas, devendo ser propostas independentemente da reforma política mais ampla”. Disponível em: < http://www.carloscastellobranco.com.br/sec_coluna.php?mes=02&ano=1965>. Acesso em 20 jan. 2017.

governar é ter controle das leis (e da constituição), e também o de dizer o que é considerado lei. O Direito e o sentido de constituição, tornam-se, assim, um importante campo de disputa.

Em 1965, Luiz Gonzaga do Nascimento Silva⁷² publica na RDA o artigo *Delegação de Poderes* no qual usa de comparação com Estados Unidos, Inglaterra, Itália e França para defender a delegação de poderes como medida política fundamental para lidar com as alterações no papel do Estado. As principais alterações seriam a maior intervenção do Estado na sociedade, de maneira que a expansão de sua atuação na esfera social não pode depender do Congresso, tanto pela falta de rapidez, quanto também porque a natureza dos atos não é legislativa em sentido estrito. Um ponto importante é a maneira como Nascimento Silva entende a constituição. Para ele:

As Constituições não são repositórios de princípios teóricos e, sim, de fórmulas e soluções que encerram as atividades políticas de governo dentro do momento histórico em que deve atuar o Estado. Nas instituições constitucionais o conteúdo real, político, sobleva a quaisquer generalizações ou considerações técnico-jurídicas (SILVA, 1965, p. 2).

Tem-se aqui a disputa pelo sentido de constituição. Com o discurso de proteja-la (o autor não cogita resposta extra-constitucional), dever-se-ia “atualizá-la”, e nesse processo de adaptação aos novos tempos dois pontos são centrais, o direito comparado (obviamente sem contextualização) e a apresentação de que os conceitos tradicionais de separação dos poderes, Estado, e, conseqüentemente, constituição são incapazes de dar conta dos desafios.

Percebe-se que em poucos anos há a publicação de livros e artigos de alguns dos juristas mais renomados do período tendo por questão central a legislação, seja através da técnica legislativa, seja especificamente sobre a possibilidade de legislação. Mais do que uma tecnicidade jurídica, o que esta produção demonstra é a dificuldade de o Estado lidar com suas novas funções, a

⁷² No artigo a apresentação é como “advogado no Rio de Janeiro”. Segundo o CPDOC (s/d), ele participou do Movimento Esquerda Democrática, que culminou com a criação da UDN e do PSB. Chefiou o departamento jurídico do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) de 1957 a 1961. Consultor jurídico do Ministério do Planejamento e Coordenação Econômica de 1964 a 1965. Foi assessor de Roberto Campos. Em 19 de novembro de 1965, tomou posse no cargo de presidente do Banco Nacional da Habitação (BNH). Tomou posse no Ministério do Trabalho e da Previdência Social no dia 27/07/1966.

crítica aos parlamentos e a relativização do que seja lei. Neste ambiente de crise tais questões mantêm-se no regime militar.

Em um regime autoritário legalista, a lei perde o seu valor.

3.2 ATO INSTITUCIONAL

O ponto central para entendermos o padrão de legalidade existente na ditadura pode ser expresso no preâmbulo do Ato Institucional (1): o conflito entre revolução e permanência. Este conflito marca o processo de criação/transformação das bases legais do regime. A partir da genealogia do Ato Institucional busca-se apreender os conflitos e apropriações desta forma legal que foi um dos pilares da legalidade autoritária. A tentativa de reconstrução deste processo de criação e utilização do Ato Institucional foi feita a partir de jornais entre 1930 e 1960 e das Atas da Assembleia Constituinte de 1946. Isto porque não foi encontrado nenhum debate de peso sobre o Ato Institucional nas revistas jurídicas antes de 64 (e como veremos, mesmo após o golpe os principais artigos foram de Carlos Medeiros Silva, atuando em defesa desta forma normativa). Ainda, algumas decisões do STF foram trazidas para tentar iluminar a maneira como a comunidade jurídica recepcionou estes atos normativos.

Quando ocorreu o golpe militar, era vigente a Constituição democrática de 1946. Em poucos dias (nove, exatamente) foi apresentado um Ato Institucional (naquele momento, sem número) assinado pelo Comando Supremo da Revolução. A escolha da edição de Ato Institucional, que convive com a constituição vigente, ao invés da outorga de uma nova constituição é um ponto relevante para conhecer as bases normativas do regime iniciado em 1964. Com isso, os Atos Institucionais tornam-se fundamentais para na tarefa de compreender as bases jurídicas do regime, primeiro porque mostram uma tentativa de justificar e organizar o regime, e, em segundo lugar, como forma jurídica híbrida de conciliação entre o normal e o excepcional.

A construção de uma ordem normativa e sua relação com o direito “normal” é uma questão fundamental a ser enfrentada pelos regimes ditatoriais. Como comparação acerca do uso de tais estratégias normativas, cite-se o regime ditatorial chileno. O golpe ocorrido em 11/09/1973, não criou um novo tipo normativo, mas

usou decretos-leis para legislar. O primeiro foi expedido pela Junta de Governo da República do Chile⁷³; pelo Ministério de Defesa Nacional e pela Subsecretaria de Guerra no dia do golpe, mas publicado somente em 19 de setembro com data retroativa de 18 de setembro (para coincidir com a data simbólica da independência do Chile). Este decreto-lei apresenta uma “explicação” para o golpe, que não usa nenhum aspecto jurídico⁷⁴, e estabelece a organização do poder ao nomear o Gen. Augusto Pinochet como presidente da Junta. O decreto-lei foi modificado em 16 de novembro do mesmo ano pelo DL 128, emitido pelo Ministério do Interior que esclarece que a Junta assumiu desde 11 de setembro os poderes constituinte, legislativo e executivo; e que aquelas funções eram exercidas pela Junta mediante decretos-leis com a assinatura de seus membros e, de acordo com a conveniência, com a dos respectivos Ministros. Ainda, as disposições dos decretos-leis que modifiquem a constituição serão incorporados a ela⁷⁵.

Comparativamente ao regime brasileiro, o chileno foi mais agressivo ao não permitir a existência do Poder Legislativo e menos preocupado com a técnica jurídica. Mas, da mesma maneira que o caso brasileiro, estabeleceu que a constituição seria modificada pelos decretos-leis (ainda que no caso brasileiro os AIs eram considerados superiores à própria constituição). Ainda, no caso chileno torna-se difícil acompanhar a legislação excepcional pois os decretos-lei são emitidos por Ministérios distintos (somente o já citado n.1 é emitido pela Junta) e com numeração que parece não ser sequencial, tornando o panorama jurídico “revolucionário” intrincado.

A tarefa de buscar a “origem” do ato institucional mostra-se como necessária para compreender de que maneira o percurso de justificação do regime militar ocorreu no Brasil.

⁷³ A qual foi constituída somente na manhã do dia 12/09 (BARROS, 2004, p. 45).

⁷⁴ “1.o- Que la Fuerza Pública, formada constitucionalmente por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y el Cuerpo de Carabineros, representa la organización que el Estado se ha dado para el resguardo y defensa de su integridad física y moral y de su identidad histórico-cultural;
2.o- Que, por consiguiente, su misión suprema es la de asegurar por sobre toda otra consideración, la supervivencia de dichas realidades y valores, que son los superiores y permanentes de la nacionalidad chilena, y
3.o- Que Chile se encuentra en un proceso de destrucción sistemática e integral de estos elementos constitutivos de su ser, por efecto de la intromisión de una ideología dogmática y excluyente, inspirada en los principios foráneos del marxismo-leninismo;
Han acordado, en cumplimiento del impostergable deber que tal misión impone a los organismos defensores del Estado, dictar el siguiente (...)” Disponível em: <<http://bcn.cl/1v79d>>.

⁷⁵ Disponível em: <<http://bcn.cl/1v79c>>. Acesso em 13 de abr. de 2016.

3.2.1 Surgimento do Ato Institucional⁷⁶

Segundo Erika Kubik (2009, p. 34) os atos institucionais foram copiados do modelo alemão, “mas a característica do ato institucional na legislação europeia é ser um documento único, como o próprio nome indica, isto é, um ato que institui parâmetros para a nova ordem social, política, econômica e jurídica”⁷⁷.

O fato é que a “forma legal” ato institucional não foi uma criação da ditadura militar, tendo sido um ponto relevante nos debates ocorridos na Constituinte de 1946 relacionados à manutenção ou revogação da Constituição de 1937.

Os constituintes Otávio Mangabeira (UDN/BA) e, especialmente, Amando Fontes (PR-UDN/SE), defenderam na 20ª Sessão da Constituinte, em 20/02/1946, que a Constituição de 1937 fosse expressamente revogada e fosse feito um “ato institucional provisório”⁷⁸ para que regesse país até a promulgação da constituição definitiva. Segundo Fontes (ANC, 1946, p. 75, grifos meus):

O SR. AMANDO FONTES - Sr. Presidente, apoiando, como o fizeram desde a primeira hora, a **idéia de ser elaborado por esta Assembléia, com a maior urgência, um ato institucional provisório, destinado a reger a vida administrativa do país, até que seja promulgada a nova Constituição, nós, do Partido tivemos a nossa atitude ditada por um único propósito: o de libertar o Brasil do caos legislativo em que se encontra.**

(...) Refiro-me, como é evidente, à **chamada Constituição de 10 de novembro**. Para nós, **êsse documento norma de fato provisório, que tinha por escopo estruturar o Estado Brasileiro em moldes autoritários, não chegou, nunca, a adquirir força constitucional**. Constituição não é, apenas, o conjunto de regras a que se atribui êsse nome, porque tenha adotado a forma geralmente usada na feitura de tais leis. Para que adquira hierarquia sôbre as outras leis, para que atinja a dignidade que lhe é própria, necessário se torna que haja provindo do único poder que legitimamente dispõe da soberania. E esse poder é o povo. *(Muito bem)*

⁷⁶ Parte inicial da pesquisa sobre Atos Institucionais foi publicada no artigo em coautoria com Vera Karam de Chueiri (2015).

⁷⁷ No entanto, não houve menção desta origem em nenhum outro trabalho consultado e tampouco referência expressa pela autora, de maneira que não foi possível seguir esta trilha.

⁷⁸ Em discurso Amando Fontes exemplifica que tal ato temporário poderia ser feito sem atrasar os trabalhos da constituinte citando a lei orgânica elaborada por Levi Carneiro por ocasião do governo provisório de 1930 (ANC, 1946, vol II, 76). Curiosamente, a referência é ao Decreto 19.398 de 11 de novembro de 1930 que tem caráter centralizador, como podemos perceber em seu primeiro artigo: “Art. 1º O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país”.

Ora, todos sabemos que a Carta de 37 foi a outorga de um govêrno de fato, estabelecido no Brasil em conseqüência de um golpe de Estado. **Governos revolucionários, como era aquê, podem ditar leis, estatutos provisórios, para disciplinar os negócios públicos, enquanto dura a sua ação, sempre transitória. Nunca, porém, lhes foi permitido traçar, por sua própria autoridade, as linhas definitivas de organização política da Nação a que se impuseram.** E isso, porque lhes falta o essencial, que é justamente o poder soberano, há pouco aludido. (...)

O argumento expresso por Fontes é o de que a Constituição de 1937 nunca chegou a ser efetivamente constituição, de maneira que manter a vigência deste documento autoritário poderia ocasionar graves conflitos, inclusive quanto ao alcance dos poderes da própria constituinte. A luta pelo sentido de constituição manifesta-se na defesa de um ato temporário (nomeado por ele como ato institucional temporário) como a outra face da desconsideração da constituição de 1937 como “verdadeira constituição”.

Prossegue Fontes:

Assim, Srs, achamo-nos em face do seguinte dilema: ou as duas leis citadas de números 13 e 15 [que convocaram a constituinte], **consideraram inexistente qualquer Constituição anterior**, e parece-nos que essa é a exata exegese pois poderes constituintes ilimitados se conferem a quem vai criar, tirar do nada, plasmar o que se achava informe, inconstituído e assim representa uma subversão de tôdas as regras de direito declarar em vigência a Carta de 10 de Novembro, - **ou êsse documento continua subsistindo, e então nossa tarefa não mais será ilimitada e se reduzirá a uma reforma, mais ou menos profunda, daquele documento** (ANC, 1946, p. 80, grifos meus).

A despeito dos argumentos invocados e das cartas enviadas por Comissões Pró Revogação⁷⁹, a proposta não foi aprovada pela constituinte e a Constituição de 1937 permaneceu vigente até o final dos trabalhos.

Esta situação foi retratada em matéria do jornal *O Estado de São Paulo* de 03/09/1946⁸⁰. A próxima menção a “ato institucional” nesse jornal ocorreu em

⁷⁹ No dia 21 de fevereiro de 1946 foram lidos correspondência de várias comissões que solicitaram a revogação da constituição de 1937 (ANC, 1946, v. II, p. 87-90).

⁸⁰ *O Estado de São Paulo*, 3 de setembro de 1946, Geral, p.4, *A posição da U.D.N. no momento político*. No trecho consta: “Foi com esse espírito – continuou o orador [Otávio Mangabeira] – que entramos na Assembleia Constituinte, onde logo percebemos que era preciso continuar a luta contra as remanescências da ditadura [de 1937]. O nosso primeiro ato foi por uso contra a chamada Constituição de 37, pugnando por que se votasse um ato institucional provisório. A maioria, porém, pelo seu voto, não entendeu assim”.

02/11/1949⁸¹. Em 1952, citou-se a expressão em matéria jornalística (reprodução de parecer do então PGR, Plínio de Freitas Travassos). O parecer foi elaborado em um caso de representação interventiva por solicitação da Câmara de Vereadores de São Paulo, por suposta violação da autonomia do município por parte do Governador de Estado⁸².

Em 15/12/1960, foi publicada, também no jornal *O Estado de São Paulo*, a matéria *Cavalcanti Defende Ato Institucional*. Trata-se de um discurso feito por Themístocles Cavalcanti enquanto deputado da Assembleia Constituinte do estado da Guanabara⁸³. Cavalcanti defendeu a capacidade da Assembleia para “exercer em toda a sua plenitude os poderes constituintes nesta fase que precede a promulgação da carta magna do Estado”. Para Cavalcanti, a fase era difícil e exigia uma construção jurídica nova no sistema constitucional, pois:

(...) pela primeira vez organizava-se um estado da Federação dentro da vigência de um regime constitucional em pleno funcionamento. Os precedentes até hoje invocados e as modalidades utilizadas para organização dos Estados quer em 1889, quer em 1934, quer em 1945 não podiam ser considerados como verdadeiros precedentes. Todos aqueles governos tinham a plenitude dos poderes em relação à ordem total da União, isto é, não somente a ordem da União, como também as ordens parciais de cada Estado, de maneira que eles tinham poderes para regular

⁸¹ *O Estado de São Paulo*, 2 de novembro de 1949, p.14. *Notícias do Rio: Punição de alunos da Faculdade de Direito de São Paulo*. “Tenha-se em vista que, de 1930 até a promulgação da Constituição de 34, o Governo Provisório que se instituiu pelas forças vitoriosas da Revolução de 30 se regia pelo Ato Institucional que baixou, e os seus atos, matéria normativa que fossem ou providências administrativas de caráter geral, simples medidas de expediente, como nomeações ou demissões, ou designações assumiram sempre a forma imprecisa e única de decretos. Há de necessariamente indagar-se, portanto, se a matéria que o decreto disciplinou é objeto de lei, no sentido técnico em que é usada, ou mero expediente ou matéria regulamentar, para daí concluir-se se tal ou qual decreto do Governo provisório é revogável por lei ou por simples decreto legislativo”. Percebe-se neste trecho um debate sobre o próprio sentido de lei e a diferenciação com outras formas normativas.

⁸² *O Estado de São Paulo*, 23/11/1952, p.16. *Deve o Prefeito ser Mantido no Exercício do Cargo até a Eleição e Posse do Novo Prefeito*. Apesar de debate bastante interessante pois envolvia a aplicabilidade de lei que estabelece nova forma de investidura no cargo de prefeito, a menção ao Ato Institucional é bastante sucinta. “Não será um ato governamental, que encontrará remédio, se houver um direito subjetivo prejudicado, em outros meios judiciais adequados. Será, no entendimento natural do dispositivo constitucional, o ato institucional do Estado e as leis orgânicas que o complementam.”

⁸³ A lei 3.752 de 14/04/1960 (conhecida também como Lei San Thiago Dantas) estabeleceu a convocação de uma Assembleia Constituinte para o estado da Guanabara, criado a partir da mudança da Capital Federal para a região central do país. Segundo o art. 5º da lei: “A Assembléia Legislativa, constituída de trinta Deputados, terá o prazo de quatro meses, a contar de sua instalação, para elaborar e promulgar a Constituição.

Parágrafo único. Se, esgotado êsse prazo, não estiver promulgada a Constituição, o Estado da Guanabara passará a reger-se pela do Estado do Rio de Janeiro, a qual poderá ser reformada pelos processos nela estabelecidos.” No art. 9º estabelece-se que continuam vigentes (até revogação ou modificação) as “leis, regulamentos, decretos, portarias e quaisquer normas que se acharem em vigor no atual Distrito Federal no momento em que êste passar a constituir aquela unidade federativa.”

também o funcionamento das Assembleias estaduais, estabelecer limites a esse funcionamento e inclusive à expedição de decretos-leis durante esse período transitório entre a convocação da Constituinte e a proclamação da lei fundamental (O ESTADO DE SÃO PAULO, 1960, p. 16).

Cavalcanti argumentou que a única limitação ao trabalho constituinte seria o art. 18 da Constituição de 1946⁸⁴, então vigente. Entretanto, para o deputado, a Lei San Thiago Dantas extrapolou seus limites ao fixar normas à Assembleia que vão além da determinação do processo e das leis adjetivas que organizariam o trabalho da constituinte. Cavalcanti defendeu o ato constitucional “fixando a competência sem levar em consideração qualquer outra circunstância, sem procurar cassar mandato de ninguém, mas como uma afirmação da Assembleia”. Semanticamente a “confusão” entre ato institucional e ato constitucional revela uma tentativa de normalização de um ato ligado à excepcionalidade (aqui apresentada como o momento prévio à construção de uma constituição da entidade subnacional).

Themístocles Cavalcanti escreve em 1966, acerca de ato institucional: “Não é a primeira vez que governos revolucionários impõem, por força de seus poderes, normas especiais. Já ocorrera o mesmo em 1889, em 1930, mas em condições diferentes, porque, ali, os poderes constitucionais ou não existiam ainda, ou foram dissolvidos” (CAVALCANTI, 1966, p. 27).

Percebe-se, assim, que a “forma” ato institucional não é criação dos juristas em 1964, mas esteve no centro da questão sobre como uma constituinte deve organizar-se, e a relação entre situações constituintes (ou desconstituintes) com os poderes constituídos, e, de forma mais ampla, o próprio sentido de constituição. Desse significado original houve apropriação e leve deslocamento, de maneira que se a menção ao poder constituinte permanece, a constituinte torna-se um espaço vazio. É um poder constituinte sem constituinte, um poder criador com a permanência da constituição. É o novo e o antigo mantendo-se em uma forjada

⁸⁴ Art 18 - Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - Aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.

§ 2º - Os Estados proverão às necessidades do seu Governo e da sua Administração, cabendo à União prestar-lhes socorro, em caso de calamidade pública.

§ 3º - Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos., provendo às necessárias despesas.”

harmonia.

O ato institucional é relevante não somente pelo que contém (seus dispositivos, a limitação de direitos, a reestruturação de partes sensíveis do Estado), mas, também, por sua própria estrutura normativa e discursiva, as quais trazem conceitos fundamentais para o direito constitucional em uma tentativa de apropriação e ressignificação de uma narrativa construída para a posteridade⁸⁵.

3.2.2 Ciclos dos Atos Institucionais

O ato institucional teve ciclos distintos, indicando que este tipo legislativo incorporou os movimentos de abertura e recrudescimento, tal como outras áreas do regime (CIOTOLA 1997, p. 105). Seguindo Marcus Figueiredo, Ciotola (1997) estabelece a existência de três ciclos políticos no processo revolucionário. O primeiro deles estende-se da edição do AI (1) até outubro do ano seguinte, quando houve a edição do AI-2. Esse primeiro ciclo poderia ser considerado como a defesa de uma legalidade revolucionária, pois a revolução teria a potencialidade de agir além das instituições. A segunda fase é marcada pela reforma política para garantir sua continuidade. Ou, em termos de Pereira (2010), o AI-2 representa uma modificação no sentido de institucionalização do regime. Esse período estende-se até a edição do AI-5, em dezembro de 1968. O terceiro ciclo seria marcado por aumento da repressão do regime.

Outra possibilidade de análise dos atos institucionais é quanto aos atores que os editaram. O AI (1) foi editado pelo automeado Comando Supremo da Revolução, o qual correspondia aos ministros militares – auto investidos no cargo – da Aeronáutica Francisco de Assis Correia de Melo; da Marinha, Augusto Hamann Rademaker; e da Guerra, Arthur da Costa e Silva. Onze atos institucionais foram decretados pelos presidentes da República: do AI-2 ao AI-4, por Castelo Branco; e do AI-5 ao AI-11, por Costa e Silva. Este padrão nos mostra que, no decorrer da ditadura, passou-se a se afastar do discurso revolucionário com o qual “inaugurou” o regime do ponto e vista jurídico, e assumiu um papel conservador de instituições

⁸⁵ Segundo Cristiano Paixão (2012) “Esse é o legado deixado pela ditadura militar. Articulado categorias do constitucionalismo democrático, o regime procurou legitimar seus atos. Os autores e responsáveis pelos atos institucionais sabiam que estavam falando para as gerações futuras”.

estabilizadas. A revolução mostra-se como um conceito cujo significado vai se moldando às necessidades políticas do momento. Ora é saudada por ser uma revolução autocontida, ora é necessário radicalizá-la⁸⁶.

Mas mesmo depois de ter assumido esse papel conservador, volta à cena a Junta Militar (formada pelos Ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica). Isso ocorre devido à doença do Presidente Costa e Silva e do afastamento do Vice-Presidente Pedro Aleixo, que foi impedido de assumir o cargo, pois enquanto civil era considerado desqualificado para exercê-lo. A Junta Militar editou os AI 12 ao 17.

3.2.3 Ato Institucional (1)

Segundo relatos de Elio Gaspari (2002) e Carlos Chagas (2014), o primeiro ato institucional teve um processo de confecção marcado pelo casuísmo e por múltiplas propostas. Segundo Gaspari (2002, p. 121-122):

(...) Foram inúmeras as propostas de demolição das franquias constitucionais. Uma das primeiras foi mandada a Costa e Silva pelo empresário Antonio Gallotti, presidente da Light, empresa de capital canadense concessionária da produção e distribuição de energia elétrica no Rio de Janeiro e em São Paulo. Golbery guardou consigo uma outra, intitulada Decreto Institucional. Previa a suspensão das garantias constitucionais por seis meses, a cassação dos direitos políticos e o banimento de Jango, de três governadores e de uma quantidade indefinida de deputados e senadores. Uma terceira proposta vinha do jornalista Júlio de Mesquita Filho, proprietário d'*O Estado de S. Paulo*. Redigida com a colaboração do advogado Vicente Ráo, catedrático de Direito Civil da Universidade de São Paulo e ministro da Justiça no Estado Novo, foi a primeira a chamar-se Ato Institucional. Sugeriu a dissolução do Senado, Câmara e assembléias legislativas, anulava o mandato dos governadores e prefeitos, suspendia o habeas corpus e pressupunha que seria o primeiro de uma série. Um quarto projeto, chamado Ato Operacional Revolucionário, cujo texto é desconhecido, foi farejado pela CIA no dia 5 de abril. Previa o expurgo do Congresso como recurso extremo, capaz de evitar seu fechamento. Conhece-se também um manuscrito, produzido no Ministério da Aeronáutica, em que além dos expurgos civis, propunha-se o banimento dos militares comunistas.

⁸⁶ Essa dualidade do sentido de revolução não ocorre de maneira sequencial, mas é fruto de um debate interno já presente no próprio movimento de tomada do poder em 1964. Este conflito costuma ser apresentado como tendo dois pólos a "linha dura" e os "moderados". A escolha de Castelo Branco como presidente e seu perfil legalista mantiveram nos primeiros momentos após o golpe este perfil. Entretanto conforme as crises vão se surgindo, o bloco mais punitivista começa a ganhar força, como pode ser visto na outorga do AI-2.

Ainda segundo Gaspari, formou-se em Brasília um grupo com oito notáveis⁸⁷ para a redação de um esboço de documento, pois havia um acordo de que o Congresso não faria expurgos, estes deveriam vir de fora. Entretanto, ao levar o manuscrito a Costa e Silva, este recusou a ajuda pois Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva já estavam incumbidos de produzir o documento.

Francisco Campos teve papel fundamental na elaboração da estratégia legalista. Desde 07 de abril, Campos estava no gabinete do General Costa e Silva, onde explicou a legalidade do poder revolucionário. Com algumas alterações no Ato Constitucional Provisório, escrito por Carlos Medeiros Silva, e a introdução escrita por Campos, estava formado o primeiro Ato Institucional.

Carlos Medeiros Silva apresenta uma versão mais detalhada da feitura do Ato Institucional (1), em carta escrita em 08/05/1972⁸⁸ e endereçada à Luís Viana Filho⁸⁹.

O relato de Medeiros Silva começa com a ligação que recebeu em 04/04/1964 de Bilac Pinto (com que mantinha relação de amizade há mais de duas

⁸⁷ Paradoxalmente, todos identificados ao liberalismo da Constituição de 1946: Aducto Lúcio Cardoso, Ulysses Guimarães, Daniel Krieger, Martins Rodrigues, Bilac Pinto, Paulo Sarasate, Pedro Aleixo e João Agripino.

⁸⁸ A carta foi escrita por solicitação do então governador e instruída com cópia dos artigos que Medeiros Silva publicou sobre o Ato Institucional. A solicitação seria decorrente do trabalho de Viana Filho de pesquisa sobre o governo Castelo Branco, no que se tornou o livro *O Governo Castelo Branco* (1975) no qual cita diretamente a carta de Silva nas páginas 55 e 56. Documento presente no Arquivo Nacional com o título “Correspondência de Luiz [sic] Viana Filho e discurso de Castelo Branco”, BR AN, RIO RH.0.0.66.

⁸⁹ Luís Viana Filho nasceu em 1908, filho do senador da constituinte baiana, ex-senador e ex-governador, Luís Viana. Foi jornalista e graduou-se em ciências jurídicas e sociais na Bahia (onde era amigo, dentre outros, de Aliomar Baleeiro e Hermes Lima). Em 1933 tornou-se professor de direito internacional público na Faculdade de Direito da Bahia. Eleito em 1934 para a Câmara dos Deputados pelo PSD, em candidatura oposicionista. Exerceu mandato até 1937, quando ocorreu fechamento do legislativo no país em decorrência do Estado Novo. Voltou à Bahia e dedicou-se à atividade docente, iniciou colaboração com a revista *Seiva* (distribuída em território nacional pelo PCB). Em 1940, conquistou a cátedra de direito internacional privado, e, em 1943, a de história do Brasil, ambas na Universidade da Bahia. Permaneceu como oposição a Getúlio Vargas. Eleger-se em 1945 deputado à ANC pela Bahia e em 1950 deputado federal, ambos pela UDN. Em 1954 foi eleito para Academia Brasileira de Letras. Desligou-se da UDN para fundar a seção baiana do PL. Em 1958, voltou à UDN e foi eleito deputado pela Bahia. Apoiou a candidatura de Jânio Quadros à presidência, e, em 1961, foi favorável à posse do vice, João Goulart. Participou da comissão que redigiu a EC 4 (instituiu o parlamentarismo). Em 64 apoiou o movimento que depôs Goulart e, a convite de Castelo Branco, exerceu o cargo de chefe do Gabinete Civil da Presidência da República. Em 1965, em meio à crise que desencadeou o AI-2, exerceu interinamente o cargo de Min. da Justiça, após a exoneração de Milton Campos. Exerceria o mesmo cargo interinamente em 1966. Foi governador na Bahia (1967-1971), em 1974 é um dos arenistas mais votados no país para o Senado. Neste cargo atuou pedindo moderação aos partidos e defendeu reforma constitucional. Em 1979, foi eleito presidente do Senado. Em 1983 assumiu mais uma vez uma cadeira no Senado. Participou da ANC em 1987 (CPDOC, verbete Luís Viana Filho).

décadas) informando da precariedade das relações entre os Chefes Militares e Ranieri Mazzilli⁹⁰, Presidente da República em exercício. Bilac Pinto solicita a Silva que pensasse em medidas para a resolução da crise. No dia seguinte (domingo), em visita à residência de Silva, o parlamentar detalha os acontecimentos e informa que deveriam apressar a eleição indireta, e que Castelo Branco deveria livrar-se da inelegibilidade⁹¹. Silva foi informado dos propósitos dos Chefes revolucionários de suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos. Silva teria então respondido que havia a necessidade de conferir maiores poderes em caráter extraordinário ao Presidente da República e comprometeu-se a elaborar um projeto “removendo aqueles obstáculos constitucionais” e concedendo tais poderes ao Presidente da República.

Silva elaborou um projeto a partir de “ideias antigas, expedidas em trabalhos sobre direito constitucional e administrativo, e de opiniões recolhidas de estudiosos da matéria” (AN, 1972, p. 43) e apresentou, na noite do dia 05 de abril a Bilac Pinto e Pedro Aleixo. Em seguida, levaram à casa de Castelo Branco. O texto foi lido para todos pelo deputado José Maria Alkimin, e em seguida foi enviado ao então Min. da Guerra, Costa e Silva, quem comunicou o presidente do Congresso Nacional, Auro de Moura Andrade⁹². No dia 06 o senador entregou o texto a Mazzilli e a outros deputados.

Na terça-feira (07/04) Mazzilli (com assessoria de Ulysses Guimarães) teve reunião no Palácio das Laranjeiras sobre as estratégias para tramitar rapidamente no Congresso Nacional o texto como emenda constitucional. Foram apresentadas dificuldades para aprovação como EC, e, naquela noite, não foi estabelecida a

⁹⁰ Mazzilli era formado em direito na Faculdade de Direito de Niterói (1940), atuou como jornalista, especializado em assuntos fiscais (área na qual exerceu cargos públicos no Distrito Federal). Em 1950, foi eleito deputado federal por São Paulo pelo PSD, reelegeu-se em 1954. Em 1955, candidatou-se à presidência da Câmara, mas foi derrotado. Voltou a concorrer ao cargo em 1959, tendo sido eleito. Desde então, reelegeu-se presidente da Câmara cinco vezes seguidas. Nesta condição assumiu a presidência da república em dois momentos de crise. A primeira foi na renúncia de Jânio Quadros, e a segunda após a declaração da vacância do cargo após o golpe militar, até a eleição indireta do Gen. Humberto Castelo Branco, a quem transferiu o poder em 15 de abril. Em 1965, disputou mais uma vez a presidência da Câmara, mas dessa vez foi derrotado por Bilac Pinto. Em 1966, não conseguiu reeleger-se deputado federal (CPDOC, verbete Ranieri Mazzilli).

⁹¹ CF 1946 art. 139, I, c.

⁹² Moura Andrade envolveu-se na Revolução Constitucionalista (1932), formou-se em direito em 1938. Em 1947 foi eleito para a Assembleia Constituinte paulista pela UDN. Em 1950 elegeu-se deputado federal, em 1951 desligou-se da UDN. Em 1961 tornou-se vice-presidente do Senado. Elegeu-se presidente do Senado em 1962, e foi reeleito para o posto em 1963 e 1964. Após o golpe militar, Moura Andrade declarou vago o posto presidencial em 02/04/1964 (CPDOC, verbete Auro de Moura Andrade).

“fórmula” que seria adotada. Bilac Pinto voltou a Brasília e de lá ligou a Silva sugerindo que visitasse Francisco Campos para ouvir sua opinião sobre o texto. Após visita a Campos, reuniram-se com os militares responsáveis pela Marinha, Exército e Aeronáutica e o Gen. Costa e Silva informou as dificuldades para aprovação do texto no Congresso Nacional. Campos teria explicado que se não fosse votado no Congresso, o texto poderia ser outorgado pela revolução. Campos propôs redigir um preâmbulo para o texto (em substituição aos consideranda), o que fez de pronto. Foram feitas alterações na redação do texto, e este foi nomeado como ato institucional e o preâmbulo foi tornado um Manifesto à Nação.

Silva não informa o motivo da escolha de Ato Institucional⁹³, ao invés das outras propostas, e tampouco relaciona esta forma com os debates apresentados anteriormente. A outorga do ato foi definida depois que Auro de Moura Andrade e Mazzilli consideraram que seria impossível a aprovação imediata sem modificações importantes no Congresso Nacional. E assim foi outorgado o ato que permitiu a cassação de direitos políticos dos considerados entraves à revolução. Não foram localizadas reações negativas ao Ato⁹⁴.

O papel de Francisco Campos na redação do Ato Institucional é, no mínimo, paradoxal. Isto porque o constitucionalista foi o redator da constituição de 1937, apresentada por Campos, enquanto Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, em 07/11/1937. Esta constituição foi considerada tão restritiva de direitos e garantias de funcionamento do Parlamento que Plínio Salgado, líder integralista recusou-se a apoiá-la (MARQUES, 2011, p. 132). Campos defendia a concepção de que o Estado deveria ser forte para garantir as condições materiais adequadas. Crítico da democracia liberal, entendia o Parlamento como incapaz de dar respostas adequadas aos desafios cada vez maiores enfrentados nas modernas democracias. Campos incorpora a perspectiva de Carl Schmitt para quem o Presidente é o soberano é quem decide sobre o estado de exceção. Campos representa no Brasil a crise que o liberalismo passou em diversos países do mundo.

⁹³ Tampouco Viana Filho (1975, p. 55) traz considerações a esse respeito: “Culto, experiente, pragmático, tendo mais o gosto das soluções do que das discussões, Bilac, no ambiente de perplexidade que se formara, foi quem deu maior impulso à idéia do Ato, já então designado de Institucional”.

⁹⁴ “E, após um período de tensão e incerteza, o Ato representou alívio, ao qual ninguém pensou em opor embaraços. A Câmara dos Deputados, cientificada pelo Conselho de Segurança Nacional, convocou imediatamente os suplentes dos que perdiam os mandatos. Nem do Supremo Tribunal Federal partiu qualquer restrição” (VIANA FILHO, 1975, p. 57).

É curioso que a resposta dada em 1937 (constituição claramente autoritária e fechamento do Parlamento) não tenha sido seguida em 1964. Uma das hipóteses é a de que justamente a fragilidade da constituição de 1937 em ser legitimada (como reiteradamente repetido na Constituinte de 1946) fez com que em 1964 a resposta tenha sido mais liberal. Mas, de maneira mais ampla, ainda que tenha paralelos entre as ditaduras de 1937 e 1964, a resposta foi distinta, ao menos no primeiro momento⁹⁵. O discurso inicial de autocontenção, aliado a um certo liberalismo político⁹⁶ refletiu-se no preâmbulo do AI (1), marcado pela contradição (ou um espaço privilegiado para analisar as diferentes perspectivas do regime que se inaugura). Ainda que extenso, deve ser apresentado o preâmbulo integralmente para verificarmos a linguagem política e jurídica empregada:

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução.

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte.

Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

⁹⁵ A comparação entre os dois momentos ditatoriais foi feita pelo jornalista Carlos Castello Branco, o qual em várias situações cita a máxima de Tancredo Neves, para quem a ditadura de 1964 era o “Estado Novo da UDN”, ao que Castello Branco complementou a frase para acrescentar “com ajuda do PSD e PTB” (GRINBERG, 2014, p.15).

⁹⁶ Lucia Grinberg (2014) seguindo as indicações de Bolívar Lamounier (1988) considera que os antecedentes liberais no país (sistema partidário, eleições, imprensa etc) não foram suficientemente estudados (o artigo de Lamounier é de 1988, entretanto tal constatação seria verdadeira ainda hoje). A tentativa de acomodação de tais antecedentes fica clara no primeiro Ato Institucional.

O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. **Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República**, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação. (...) (*grifos meus*)⁹⁷

O preâmbulo apresenta a síntese do conflito inicial do regime, o qual pode ser expresso no embate entre reforma e revolução. Ao mesmo tempo em que se ancora na teoria do poder constituinte do francês Emmanuel Sièyes⁹⁸, estabelece uma auto-restrição a primeira vista incompatível com o processo revolucionário. Mantém-se a Constituição de 1946, mas esta se submete ao Ato Institucional (considerado hierarquicamente lei constitucional especial). O Congresso permanece em funcionamento, mas com expurgos e com a mensagem clara que “a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as

⁹⁷ Como anota Chagas (2014, p. 220), Francisco Campos foi fiel às premissas que redigira para o ato institucional. Procurado em julho de 1964 para reelaborar/reforçar o ato, negou-se a tanto: “Foi apenas na segunda-feira, dia 20, que os vespertinos (os matutinos não circulavam naquele dia da semana) noticiaram as perigosas consultas feitas pelos chefes militares ao professor Francisco Campos, autor do preâmbulo do Ato Institucional, sobre a possibilidade de ser revigorado aquele instrumento revolucionário. De forma curta e grossa, o jurista, que os adversários chamavam de ‘jurila’ (misto de jurista e de gorila), respondeu que apenas outra revolução justificaria outro Ato Institucional. Para ele, nem o presidente da república, nem o Congresso poderia alterar ou prorrogar o Ato, que juridicamente estava acima da Constituição e das atribuições do chefe do governo. Os fatos, pouco mais de um ano depois, iriam desmenti-lo.”

⁹⁸ Sièyes escreve em 1789 a obra “O que é o Terceiro Estado?” em que parte da divisão existente na França entre os Estados (clero, nobreza e burguesia) para defender que o terceiro estado (burguesia, ou, de maneira mais acurada, todos os que não pertenciam ao clero ou nobreza) não tinham nenhum poder por mais que fossem responsáveis por manter a Nação francesa. Desta constatação defende que a ordem jurídica a ser criada não é dependente ou limitada pela ordem anterior. Daí nasce a teoria do poder constituinte, que é a doutrina jurídica utilizada na Revolução Francesa para que pudessem criar uma nova ordem (SIEYÈS, 1997).

revoluções, a sua legitimação”. Eis uma revolução conservadora (no sentido de conservação das estruturas político-jurídicas)⁹⁹ e legalizada.

Segundo Cristiano Paixão (2012, s/p):

É revelador notar o léxico empregado. Ele pertence inteiramente ao vocabulário das revoluções americana e francesa: autorreferência do texto constitucional, fruto de uma “Revolução” que “se legitima por si mesma”, diferença entre poder constituinte originário e derivado (“edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior”), protagonismo do povo, “único titular” do poder constituinte, “representado” pelo “Comando Supremo da Revolução”.

Os principais jornais do Brasil trouxeram informações distintas acerca do primeiro Ato Institucional, entretanto nos três consultados – Folha de S.Paulo, Jornal do Brasil e Estado de S. Paulo –, frisa-se a existência de um impulso legalista e a autolimitação da revolução¹⁰⁰. A outorga por parte do Comando Supremo da Revolução teria sido uma orientação de Francisco Campos. Segundo o jornal *Folha de S.Paulo*, de 09/04/1964 (p. 40), “inicialmente estava assentado que o documento seria de responsabilidade do poder militar”, mas surgiram dúvidas sobre a conveniência de sua promulgação pela discordância entre a Junta Militar, o presidente Mazzilli e o presidente do Congresso acerca da fórmula. Diz ainda o jornal que os líderes partidários, assessorados pelo ministro da Justiça, elaboraram uma nova minuta do ato que seria decretado pelo Congresso, com apoio das forças militares. Entretanto, essa solução foi considerada inadequada por Francisco Campos pois:

[...] todo Ato Institucional que saísse sob responsabilidade do Congresso, ainda que expressamente apoiado pelas forças militares, seria sempre uma ato discutível perante a Justiça. “Só a força – opinou ainda o sr. Campos –

⁹⁹ Revolução conservadora é aqui utilizada como uma variação da distinção entre legalidade conservadora e legalidade revolucionária (ARATO, 2000, e PEREIRA, 2014, p. 118). “No tipo conservador, uma entidade legal já existente autoriza a ditadura, a antiga constituição permanece como ponto de referencia e a ditadura não exerce poderes legislativos. Uma ditadura revolucionária, pelo contrário, rejeita a necessidade de continuidade legal, funde os poderes Executivo e Legislativo e tenta adquirir legitimidade invocando a “vontade do povo” ou a revolução e não uma constituição pré-existente” (PEREIRA, 2010, p. 118). Tal distinção parte da célebre análise de Carl Schmitt que diferencia ditadura comissária como a que ocorre quando algum fato põe em risco a existência de um governo e o objetivo é mantê-lo; e ditadura soberana a qual existe quando o objetivo é justamente a mudança do governo, ocorrido através de uma revolução (SCHMITT, 1968).

¹⁰⁰ Os jornais da época perceberam essa contradição, entretanto a interpretaram de maneira positiva, como um compromisso com o não abuso de poder. Ou seja, a disputa conceitual teve uma resposta positiva tanto da opinião pública quanto na literatura jurídica.

tem autoridade para dizer ao Congresso, à Justiça, que o quer fazer tais e quais coisas, e não haverá nunca remédio contra essa sua decisão” .

Continuando a matéria jornalística, segundo o marechal Juarez Távara:

[...] é provável que haja muitas exceções drásticas para que aqueles que fizeram a revolução se sintam à vontade, tenham os instrumentos necessários para realizar aquilo que eles chamam de expurgo necessário. [...] mas, de qualquer maneira, gostaria de dizer à casa que senti um alívio quando me certifiquei de que não vamos assumir a responsabilidade daquilo que só a força pode fazer, e a força, neste caso, não somos nós, senão dentro da lei. A força está lá, dentro ou fora da lei.

No *Jornal do Brasil*, as manchetes do dia 09/04/1964 foram claramente favoráveis ao “movimento revolucionário”. Na primeira página do jornal, pode-se ler a seguinte passagem acerca do ato institucional:

Os políticos e a lideranças partidárias agem como se não houvesse no País uma legalidade revolucionária. Mas há. Existe uma legalidade revolucionária. Os limites dessa legalidade não estão inscritos na Constituição por força dos fatos do poder. Os chefes dessa legalidade desejam voltar à obediência integral da Constituição, depois de cumpridos os objetivos de depuração do País daqueles brasileiros que pretenderam ferir a Constituição na sua essência: a ordem econômica e social, extinguindo-se, ao mesmo tempo, a democracia representativa. Desejam voltar ao império total da lei escrita. Não consentirão, porém, que ela lhes tolha os atos essenciais aos fins visados. E entre esses fins está o restabelecimento imediato do Executivo novo. [...] Os homens passam e as instituições devem continuar. Continuar, porém, purificadas, como se impõe.

Na página 4, na coluna do jornalista Carlos Castello Branco, há uma nota intitulada *Candidatura Dutra e fórmula Arinos para o expurgo*¹⁰¹, na qual estabelece

¹⁰¹ A redação apresentada na citação é ligeiramente diversa da apresentada no site www.carloscastellobranco.com.br, conforme abaixo: “As indecisões do comando militar com relação ao assunto parecem ter liquidado a possibilidade da proclamação dos princípios institucionais da revolução sem que tenha sido abandonada, no entanto, a idéia de promover o expurgo considerado indispensável pelos vitoriosos. A fim de solucionar o impasse, que se prolongou em sucessivas reuniões político militares no Rio de Janeiro, o Senador Afonso Arinos elaborou um estudo, que fez transmitir pelo telex do Senado ao Sr. Bilac Pinto.

Trata-se, no fundo, de uma adaptação da solução francesa, dada quando da intervenção do General De Gaulle na situação do País, com a diferença de que na França se pôs o Congresso em recesso e

a existência de indecisão no comando militar sobre o assunto. Mais adiante, entretanto, menciona estudo feito pelo senador Afonso Arinos, que teria sido transmitido a Bilac Pinto. Neste estudo:

[...] o Senador fixa a realidade histórica de que o direito, em sua origem, tanto é instituído como outorgado, citando exemplo de direitos gerados por revoluções. Fixada a tese, sugere que o Congresso vote uma lei revolucionária de fato e constatando os objetivos declarados da revolução para finalmente, autorizar o Presidente da República a presidir um conselho constituído de Ministros militares com a finalidade de executar, por determinado espaço de tempo, o programa da revolução. Trata-se, no fundo, de uma adaptação da solução francesa, dada quando da intervenção do General De Gaulle na situação do País, com a diferença de que na França se pôs o Congresso em recesso e aqui o Congresso continuaria funcionando. A lei criaria um estado de sítio virtual para fins não contemplados pela Constituição. A fórmula teve pronta receptividade nos meios político-partidários, pois parece ser o instrumento adequado a compor o empenho revolucionário com os compromissos legalistas do Congresso. Os líderes parlamentares deslocaram-se ontem, em massa, para o Rio, a fim de examinar a viabilidade desse projeto.

Carlos Medeiros Silva (1964d, p. 7) atuou de maneira marcante na defesa dos atos institucionais através de uma intensa produção teórica publicada (e republicada) em importantes periódicos do direito. Estes artigos foram republicações de manifestações feitas no jornal *O Globo* e em palestra ocorrida no Conselho Técnico da Conferência Nacional do Comércio, demonstrando o esforço para legitimação no campo jurídico, mas especialmente perante a opinião pública.

Para Silva o ato institucional era uma lei constitucional temporária, e, em caso de conflito com normas da Constituição prevaleceriam aquele: “alguns preceitos da Constituição de 1946 deixarão de vigorar porque outros, também de natureza constitucional, inscritos no próprio Ato, sobre aqueles prevalecerão” (SILVA, 1964d, p. 7). Na análise de Silva (1964d, p. 7), o Comando da Revolução escolheu manter a Constituição, com derrogação por prazo certo naquilo que tornou explícito.

aqui o Congresso continuaria funcionando. A lei criaria um estado de sítio virtual para fins não contemplados pela Constituição.

A fórmula teve pronta, receptividade nos meios político-parlamentares, pois parece ser o instrumento adequado a compor o empenho revolucionário com os compromissos legalistas do Congresso. Os líderes parlamentares deslocaram-se ontem, em massa, para o Rio, a fim de examinar a viabilidade desse projeto.” Acesso em 14 mai. 2017.

Em artigo publicado na Revista Forense em outubro de 1964 (o qual é um resumo de entrevista de Carlos Medeiros Silva publicada no jornal *O Globo*), é feito um balanço dos seis primeiros meses de aplicação do Ato Institucional.

O Ato Institucional foi o instrumento jurídico da revolução e sem ele o movimento civil e militar de março se confundiria com um golpe de Estado ou uma revolta destinada apenas a substituir ou afastar pessoas dos postos de comando e de influência no governo. A opinião pública vitoriosa reclamava sobretudo a imediata restauração da ordem administrativa, econômica e financeira do País e a prática de atos destinados a impedir a deterioração do regime democrático (Silva, 1964g, p. 375, grifos meus).

Ou seja, para Silva, é a forma jurídica que confere a legitimidade do movimento militar. A diferença entre revolução e golpe é sintetizada na existência da forma ou não. Mas, ao mesmo tempo que se defende a excepcionalidade do movimento, que, caso queira, pode revogar a Constituição, também se utiliza um instrumento jurídico para tornar claro que não é um golpe de Estado. Esse paradoxo volta a se fazer presente no seguinte trecho:

Um instrumento de natureza constitucional era indispensável e este foi editado com o propósito de restabelecer imediatamente, com a eleição do novo presidente, a ordem jurídica em todo o País. [...] **A manutenção dos poderes constituídos, no plano nacional o [sic] estadual, com as exceções que a própria natureza da revolução impunha, foi a primeira manifestação de que o Ato não tinha por objetivo a criação de um regime autocrático, desvinculado do passado e do presente**¹⁰². [...] Preservados os órgãos da soberania nacional, como o foram, o afastamento imediato de pessoas ou postos eletivos ou de natureza judicial, ou administrativa, como sói acontecer em época revolucionária, visava a possibilitar-lhes o pleno e regular funcionamento, sem o risco de perturbar-se a realização da ingente tarefa que o Governo tinha que enfrentar. Com esse propósito o ato definiu claramente o seu objetivo fixando prazos e estabelecimento de limitações, a fim de livrar as instituições e os seus órgãos daqueles que não souberam ou não quiseram cumprir os compromissos assumidos perante a Nação. Este aspecto do Ato que alguns denunciam como incompatível e contraditório com a revolução foi sua mais feliz inspiração (SILVA, 1964g, p. 375, grifos meus).

¹⁰² A “gestão” do tempo nos discursos relacionados ao AI traz um aspecto interessante. Como tratado acima, a gramática trazida no preâmbulo do AI (1) é herdeira e remete às revoluções americana e francesa. As chamadas revoluções modernas tem por característica a criação de um “novo tempo”. Segundo Arendt (2011, p. 56): “O conceito moderno de revolução, [está] indissociavelmente ligado a ideia de que o curso da história de repente se inicia de novo, de que está para se desenrolar uma história totalmente nova, uma história jamais narrada ou conhecida antes (...)”. Entretanto Silva identifica a falta de menção ao passado à regimes autocráticos, distorcendo justamente um dos componentes do conceito moderno de revolução.

A menção à revolução que norteia o primeiro Ato Institucional volta a aparecer no AI-2. Entretanto, aqui a relação entre revolução e o tempo de sua ocorrência é deslocada, no sentido em que se ressalta a sua “continuidade”.

3.2.4 Ato Institucional 2: a institucionalização da exceção

Em 27/12/1965, é outorgado por Castelo Branco o Ato Institucional 2, com o período de vigência definido até 15/03/1967. Este Ato Institucional surge como um documento de registro de uma crise, e da frustração do plano inicial de temporariedade da exceção.

As circunstâncias de surgimento apontam para um conflito interno¹⁰³ entre os grupos militares (comumente chamados de moderados e linha dura¹⁰⁴). Mas além do conflito entre os expoentes militares, o AI-2 representa o processo de maior cerceamento democrático em prol da governabilidade.

Segundo a narrativa de Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2015) o AI-2 teve como um dos fatores determinantes para sua edição a disputa pública entre o Presidente do STF, Min. Ribeiro da Costa, e o Min. da Guerra, Gen. Artur da Costa e Silva, conforme será tratado no capítulo 3. A interpretação é de que o AI-2 seria um cerceamento do judiciário, especialmente do STF, como uma represália por algumas decisões que desagradaram a linha dura¹⁰⁵.

Entretanto, esta não é a única causa do Ato. Um relato complementar dá-se

¹⁰³ Gaspari (2002a, p. 258) aponta que: “A disposição da linha dura exacerbou-se no dia 4 de outubro, quando as urnas mal tinham começado a falar e os quartéis da Zona Norte do Rio entraram em assembleia permanente. Nesse dia, o coronel e deputado José Costa Cavalcanti, expoente do radicalismo e da indisciplina, subiu ao palácio Laranjeiras preocupado com a hipótese de ‘um bando de malucos tomarem o palácio’. Os malucos não foram ao Laranjeiras. Costa e Silva foi à Vila e, com a promessa de um ato institucional, acalmou aquilo que teria sido uma rebelião”.

¹⁰⁴ João Roberto Martins Filho propõe que a divisão interna nas Forças Armadas ocorria em quatro grupos, ao invés da dualidade apresentada na maior parte dos textos: castelistas; albuquerqueístas; linha dura; e palacianos (apud Codato, 2004, p. 14). Desta forma, o panorama dos conflitos intramilitares seria ainda mais intrincado.

¹⁰⁵ Segundo Queiroz (2015, p. 328) ao menos duas decisões proferidas pelo STF podem ser apontadas como estopim do desagrado dos militares da linha dura com o STF: a concessão dos *habeas corpus* em que eram pacientes Mauro Borges (HC 41.296), governador de Goiás, e Miguel Arraes (HC 42.108), governador de Pernambuco. A concessão do *habeas corpus* em favor de Mauro Borges desencadeou como resposta a intervenção federal no estado. A concessão do *habeas corpus* ocorreu em 23/11/1964, e, em 26 do mesmo mês o Presidente da República enviou o Decreto 55.082 para estabelecer a intervenção federal em Goiás de maneira que, mesmo sem desprezar a decisão do STF, esta ficou gravemente prejudicada.

pela derrota sofrida pelo governo nas eleições estaduais de 1965. Após os primeiros momentos do golpe militar surge a questão sobre a manutenção das eleições em outubro 1965.

Por disposição do AI (1), o mandato do presidente Castelo Branco iria até 31/01/1966. Entretanto, começou-se um movimento que considerava que o prazo seria muito exíguo para fazer as mudanças necessárias e solicitava a ampliação do mandato presidencial, a qual foi interpretada como resposta às pretensões de Carlos Lacerda à presidência (VIANA FILHO, 1975, p. 107). A EC 09¹⁰⁶ à Constituição de 1946 estabeleceu que a próxima eleição à presidência seria em 1966, e o mandato de presidente e vice terminaria em 15/03/1967. Assim, a questão era definir se as eleições estaduais seriam mantidas, e em caso positivo, como ocorreriam. Havia ao menos cinco propostas acerca da sucessão nos estados: "1) prorrogação; 2) vice-governador assume; 3) eleger-se um governador por 5 anos; 4) eleger-se pela Assembléia um governador por um ano; 5) o presidente da Assembléia assume por um ano" (VIANA FILHO, 1975, p. 292). As propostas conflitavam e levavam em conta os cálculos de possibilidade de vitória de aliados e opositores.

Prevaleceu a fórmula da eleição direta. Para minimizar os riscos decorrentes dessa escolha, foi elaborada a lei de inelegibilidades (lei 4.738/1965). A lei ampliou estas hipóteses, já tratadas pela EC 14¹⁰⁷, tendo sido enviada pelo Executivo em 22/06/1965 e aprovada no mês seguinte. O Min. da Justiça, Milton Campos, apontou na Exposição de Motivos (DCN, 1965a, p. 23) que a lei buscava resguardar o processo legislativo do abuso de poder econômico, da corrupção e subversão. Trouxe como referências o sistema italiano, alemão e americano, nos quais houve restrições à liberdade política (notadamente a criação de partidos) como forma de resguardar a democracia. Foi ressaltado que nos três casos citados a decisão final era de competência do judiciário, e, portanto, seria mais protetivo de direitos fundamentais.

11. Pode-se, pois, que, segundo os mais civilizados exemplos, há hoje uma preocupação de se proteger o regime instituído, através da Constituição e das leis ao mesmo tempo em que cuida de garantir o cidadão contra os

¹⁰⁶ Promulgada em 22/07/1964.

¹⁰⁷ A Constituição de 1946 não admitia outras hipóteses de inelegibilidade além das previstas em seu texto. As EC 09 e 14 alteraram esse panorama ao permitir que lei ordinária previsse hipóteses de inelegibilidade.

excessos e os arbítrios que poderia levar a ideia de proteção: **e este último resultado se obtém por meio do controle judiciário, contendor das demasias que poderiam resultar das simples decisões administrativas ou das maiorias ocasionais, mais envolvidas pelas paixões das ideias ou dos interesses** (DCN, 1965a, p. 4762, grifos meus).

Tem-se aqui o fortalecimento do poder judiciário como o mais adequado para fazer a análise quanto à inelegibilidade. O art. 7º da lei expressamente dispõe que cabe à justiça eleitoral decidir sobre as inelegibilidades. Campos citou como precedente deste controle jurisdicional a decisão do STF no MS 900 que tratava sobre a cassação do registro do Partido Comunista no Brasil. A decisão foi unânime no sentido de negar a medida contra a cassação de mandatos de membros do partido. Aqui podemos perceber que Campos usa decisões anteriores do STF como forma de elaborar o cálculo de que o judiciário seria favorável aos pedidos de impugnação, como de fato ocorreu.

A estratégia de Castelo Branco de compatibilizar a ordem jurídica com a revolucionária, chamada pelo jornalista Carlos Castelo Branco de “estratégia de beira de abismo” (apud VIANA FILHO, 1975, p. 317), falhou. O clima estava tenso pela existência de uma crise militar, e mesmo com as medidas adotadas pelo governo, este perdeu as eleições para dois políticos marcadamente juscelinistas em estados importantes¹⁰⁸: Negrão de Lima, na Guanabara, e Israel Pinheiro, em Minas Gerais. A derrota, aliada ao retorno de Juscelino Kubitschek ao Brasil¹⁰⁹, foi o estopim para que parte dos militares exigisse medidas mais rígidas, com alguns focos que defendiam que o resultado das urnas não poderia ser acatado na Guanabara e em Minas Gerais. As primeiras medidas legislativas rascunhadas foram no sentido de diminuir o poder dos governadores eleitos através de “eleição indireta do Presidente através de um colégio eleitoral; a adoção de legislação especial para os cassados cujas atividades políticas ficariam nulas; a exigência de as Secretarias de Segurança e as Polícias Militares serem dirigidas por pessoas

¹⁰⁸ O governo ganhou em nove estados: Agripino, na Paraíba; Sarney, no Maranhão; Alacid Nunes, no Pará; Otávio Laje, em Goiás; Paulo Pimentel, no Paraná; Pedro Pedrossian, em Mato Grosso; Ivo Silveira, em Santa Catarina; e Valfredo Gurgel, no Rio Grande do Norte. Em Alagoas, concorreram três candidatos (Rui Palmeira, Muniz Falcão e Arnon de Melo) e nenhum alcançara maioria absoluta, o que obrigou a nomeação de interventor, general João José Batista Tubino (VIANA FILHO, 1975, p. 332).

¹⁰⁹ JK teve seus direitos políticos cassados em 1964 (08/06) e saiu do país em uma espécie de exílio voluntário. Seu regresso no dia posterior às eleições foi visto como ato de provocação em um ambiente já tenso (VIANA FILHO, 1977, p. 332).

previamente aprovadas pelo Governo Federal; a ampliação dos casos de intervenção federal nos estados” (VIANA FILHO, 1975, p. 333).

Diante da crise política e militar, não houve resposta jurídica pronta, mas a análise dos instrumentos que permitiriam debelar a crise e manter o poder, e por outro lado não recair em regime abertamente ditatorial. Afonso Arinos apresentou três propostas para a situação. A primeira foi elaborar uma emenda constitucional em que seria previsto o fortalecimento dos poderes do presidente da república, especialmente na possibilidade de usar o estado de sítio. A segunda era a decretação do estado de sítio. A terceira opção era a decretação do estado de necessidade. Para Arinos “com esta Constituição, com este regime, o Brasil não encontrará, de novo, a ordem jurídica. Só a instalação de um sistema adequado, de fundo parlamentarista, resolverá a situação, dentro da ordem democrática” (apud VIANA FILHO, 1975, p. 346).

Consultou-se Vicente Ráo para saber das possibilidades da feitura de um ato institucional com as limitações sugeridas. Ráo aprovou a maioria delas e, contrariando Costa e Silva, que pretendia que o ato fosse feito em nome do Comando Revolucionário, opinava que a fonte do poder poderia continuar nas mãos do presidente da república. Em 11/10 apresentou um rascunho do AI-2. No dia 12, houve uma nova proposta de Ato Institucional apresentada por Gama e Silva. Considerado radical no governo, o seu projeto de Ato Adicional previa suspensão do funcionamento do Congresso, das Assembléias Legislativas, das Câmaras Municipais, e a decretação da intervenção federal em todos os estados e territórios. Sua adoção equivaleria a uma ditadura escancarada. O Min. da Justiça, Milton Campos, não se sentiu confortável com os novos rumos do governo e pediu exoneração (VIANA FILHO, 1975, p. 333-351).

Decidido pelo uso da legislação, a questão acerca do uso de emenda ou ato institucional permaneceu. A estratégia de alterar a constituição foi descartada pela falta de apoio no Congresso. Foram contabilizados apenas 174 votos favoráveis na Câmara. A decisão foi, portanto, pelo uso do ato revolucionário. E a partir daí começou a atuação dos juristas para dar forma às restrições. Participaram da escrita

do documento Nehemias Gueiros¹¹⁰ e Gueiros Leite¹¹¹. Viana Filho relata que Francisco Campos considerou o ato muito fraco e teria dito “com isso a Revolução não se aguenta” (VIANA FILHO, 1975, p. 352). É nesse contexto de divergências intramilitares que o AI-2 é outorgado. E, após vários debates acerca da forma e conteúdo do ato, no dia 27/10 deu-se a sua leitura. Houve o que Viana Filho chamou de “a revolução dentro da Revolução” (VIANA FILHO, 1975, p. 355).

As contradições entre a normalidade e a exceção foram percebidas. A constituição efetivamente não era mais suficiente para manter o poder dos militares. Tinha-se que propor uma novo uso, o da excepcionalidade.

Aliás, por curiosa contradição, os fatos haviam-se encaminhado de tal modo, que, na realidade, o dilema não era o de manter ou quebrar a legalidade, mas permitir ou não que o país ficasse irremediavelmente entre uma ditadura de direita, de tipo fascista, e a volta dos elementos depostos em 1964. Contudo, por algum tempo, a impressão do país em face do novo Ato era a de entrar-se numa ditadura. Para Gueiros a necessidade do Ato demonstrava que o período de seis meses de poderes excepcionais estabelecido pelo Ato I não havia sido suficiente. ‘Havia, ainda, muito o que construir — disse a um jornalista —, o que ordenar e preordenar, com os poderes revolucionários, sem as peias e as limitações da legalidade formal, e a Revolução, entretanto, declarou encerrado o episódio que ela pretendia representar, quando, mais do que o episódio, ela era, e ainda é, uma força permanente: a necessidade de manter e preservar a disciplina e a hierarquia nas Forças Armadas, destroçadas no regime anterior, assim como de erradicar a corrupção e a subversão, instaladas em quase todas as faixas das atividades públicas e privadas. Responde, pois, sem tergiversar. O Ato Institucional n.º 2 representa sem dúvida uma demonstração de que não foi possível conciliar, em tão curto espaço de tempo, a Revolução e a legalidade formal. Podia uma revolução realizar os seus objetivos apenas em seis meses?’ Afinal era o malogro do imenso esforço de Castelo para unir aquelas duas pontas do dilema político: A Revolução e a ordem legal. Na prática, eram inconciliáveis. E nasceria uma nova revolução do ventre da Revolução (VIANA FILHO, 1975, p. 353-4).

Se o AI (1) não foi numerado porque se dispunha que seria o único, o AI-2 pode ser considerada a verdadeira certidão de nascimento da excepcionalidade (enquanto permanente). O AI-2 torna a eleição presidencial indireta, restringe a competência do judiciário para julgar processos políticos, modifica o processo legislativo e de emendas constitucionais, recria a Justiça Federal, dentre outras alterações. Acaba aqui o sonho dourado de um regime “auto contido”. A limitação

¹¹⁰ Jurista, graduado em direito em 1932 na UFPE, presidente da OAB (1956), um dos responsáveis pelo Estatuto do Advogado, livre docente da Faculdade de Direito de Recife, representante do Brasil na ONU, integrante de sua Comissão de Comércio Internacional (BARCELLOS, s/d).

¹¹¹ Então Chefe do gabinete do Min. da Justiça (VIANA FILHO, 1977, p. 352).

como argumento trazido pelo AI (1) é enfrentada no preâmbulo do AI-2:

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato Institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso se declarou, textualmente, que 'os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País', mas se acrescentou, desde logo, que "destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País" (grifos meus).

O preâmbulo do AI-2 invoca novamente a teoria do poder constituinte, e dialoga diretamente com o ato institucional anterior, ao consignar que é importante deixar claro que, mais de um ano depois, o *movimento que houve e continuará a haver é uma autêntica revolução (sic)*. Entretanto, estabelece também que esta revolução que continua, precisa de tranquilidade. E volta de maneira indireta à ideia de suspensão da ordem constitucional ao trazer "responsabilidade", juntamente com a "liberdade" e a autoridade como condição da ordem.

Tal como o primeiro Ato Institucional, este também tem cláusula de exclusão da apreciação pelo judiciário, o qual somente poderia analisar as formalidades extrínsecas dos atos praticados com base no AI-2.

A repercussão jornalística do AI-2 não traz o contexto de crise de sua decretação. O jornal *O Estado de São Paulo* de 28/10/1965 informou na capa a decretação do novo Ato Institucional. Além de caracterizar como "ato histórico", o jornal traz seção *O Presidente justifica a decretação da medida*. Nesta seção, o presidente trata da "revolução que está viva e não retroage", e menciona que a revolução está sujeita a contingências, cabendo ao governo garantir a conquista de seus objetivos.

Na coluna *Governadores dão apoio total* do *O Estado de São Paulo*, informa que o Min. da Justiça, Juracy Magalhães, enviou telegrama aos governadores informando sobre o AI-2, e que o referido ato seria divulgado pela imprensa escrita e falada, o que indica cuidado com a repercussão pública da edição do ato. O jornal ainda noticiou que o Min. da Justiça¹¹² garantiu a posse dos eleitos e que não

¹¹² Juracy Magalhães justifica o AI-2 e sua atuação no processo a partir de sua biografia : "Da minha parte, eu tenho também uma tradição de vida republicana democrática. Líder de partido que fui, deputado, senador, governador, com um tirocínio de mais de 30 anos de vida pública, tendo deixado

haveria decretação de estado de sítio, “embora o decreto esteja pronto”.

Já a matéria de capa da *Folha de São Paulo* foi ainda mais favorável à medida, com matéria com o título *País recebe tranquilo Ato Institucional n. 2*. O jornal informa que o ato já era aguardado há alguns dias em decorrência da crise político-militar, a qual não apresentava solução satisfatória, e que o presidente recebeu manifestações de solidariedade tanto de governadores como de militares.

Na *Folha de São Paulo* tratou-se também das respostas do Legislativo e do Judiciário ao ato. As lideranças partidárias teriam sido pegas de surpresa, não pelo ato, mas pela extinção dos partidos. A Câmara realizou sessão de 3 minutos e meio, em que oficializou a retirada das mensagens presidenciais do “Estatuto dos Cassados”¹¹³ e das emendas, ambas por terem perdido seu objeto. No Senado houve debates, mas, segundo o jornal, “sem maiores repercussões”¹¹⁴. Segundo a nota: “também o judiciário, profundamente atingido pelas inovações, procurou não abrir áreas de atrito com o governo. O Supremo Tribunal Federal, após reunião sigilosa em Brasília, manteve absoluto silêncio sobre o Ato, e, em sessão normal, somente submeteu a julgamento os processos que não envolviam aspectos políticos” (FOLHA DE SÃO PAULO, 1965, p.1).

O AI-2 foi representado externamente como uma derrota do Presidente Castelo Branco. No memorando 29-65 da CIA, escrito em 29/11/1965, o Ato Institucional é apresentado como um contratempo nos planos do presidente de promover um retorno gradual à normalidade constitucional¹¹⁵. Aponta-se que o motivo para decretar o AI-2 seria a lidar com a crise pós-eleição, e a diminuição de sua influência informal sobre os militares e esfera política. O AI-2 é visto como uma

bem jovem o governo da Bahia para não servir a uma ditadura, neste instante, eu seria incapaz de servir a uma ditadura” (O ESTADO DE SÃO PAULO, 1965c).

¹¹³ Segundo Maria Helena Moreira Alves (1989, p. 93) “Este artigo [16, o qual previa as atividades dos cassados e dos punidos por qualquer dos atos institucionais], que se tornou conhecido como o ‘Estatuto dos Cassados’, destinava-se com toda evidência a eliminar da vida política ou de atividades sindicais todos aqueles que no entendimento do Estado de Segurança Nacional constituíam o inimigo interno”. Ainda segundo Alves, o artigo tornou-se ainda mais repressivo com a promulgação dos Atos Complementares 1 e 3.

¹¹⁴ Entretanto, logo em seguida menciona que o PTB e o PSD lançaram nota informando que não haviam participado do entendimento para a decretação do ato, enquanto a UDN sustava a divulgação de nota de igual sentido. Ou seja, tem-se instalado o desacordo entre os apoiadores partidários e os militares.

¹¹⁵ No original: “President Castello Branco’s proclamation in late October of a second Institutional Act, under which he assumed near dictatorial powers, represented a major setback for his efforts to promote a gradual return to constitutional normality in Brazil while at the same time pursuing what he believed to be the priority goals of the April military revolution” (CIA, 1965, p.1).

resposta à uma crise política envolvendo o Presidente. No memorando defende-se que, em caso de eventual renúncia de Castelo Branco, seu substituto seria mais autoritário¹¹⁶.

Segundo Renata Itagyba (2013, p. 58), em 28/10/1965 foi publicada matéria no *The New York Times* na qual são relatadas as modificações trazidas pelo AI-2. Itagyba (2013, p. 58) considera que, ao contrário de matérias anteriores publicadas no mesmo jornal, a cobertura feita ao AI-2 traz “o perfil autoritário da posse de Castelo Branco”. O jornal publicou discurso de Nelson Carneiro, deputado udenista, contrapondo-se à medida, pois “invasão do Executivo aos demais poderes constitucionais é o que caracteriza uma ditadura”. O jornal publicou também a fala de Doutel de Andrade, líder do Partido Trabalhista Brasileiro na Câmara, de que “os últimos resquícios da democracia no Brasil foram destruídos” (ITAGYBA, 2013, p. 58).

3.2.5 Legalidade revolucionária segundo o STF

Esta relação dúbia entre Constituição e atos institucionais gerou uma curiosa resposta teórica, a de que os atos institucionais eram considerados leis superiores à própria constituição, na medida em que poderiam alterá-la. Esta relação, às vezes conflitiva, forma parte importante da memória do STF, que foi chamado a decidir alguns casos envolvendo atos institucionais (apesar da cláusula de exclusão da apreciação judicial¹¹⁷), como veremos adiante. Nessas provocações, o STF não discutiu a validade dos atos institucionais ou de suas prescrições, ao contrário, reconheceu expressamente a validade desta modalidade normativa. Exemplo desta postura pode ser visto na Rp 633, julgada em 21/10/1965. O relator, Min. Hermes Lima, escreveu: “O Ato Institucional, elaborado por uma das modalidades de Poder

¹¹⁶ “He reluctantly chose to increase his formal authority when he realized, from his inability to stem the recent post-election crisis, how far his influence over the military and political establishment had declined. He probably still hopes to steer a moderate political course and to retain control of the situation until the end of his term (March 1967), with as little use of his new powers as possible. Should he begin to feel that he was losing his ability to keep his control, we think the chances are better than even he would resign. In this case, his successor would almost certainly be a more authoritarian military ruler” (CIA, 1965, p.1).

¹¹⁷ As cláusulas de exclusão foram previstas nos atos institucionais e nas constituições de 1967 e 1969, de maneira que vedava o controle jurisdicional dos atos praticados com base nos atos institucionais e complementares (...)” (PAIXÃO, BARBOSA, 2008).

Constituinte, fica, por essa natureza, sujeito às regras de interpretação adequadas à inteligência dos diplomas constitucionais”.

Um momento célebre na história do tribunal em que houve julgamento envolvendo fatos excepcionais foi o que tratou da manutenção de Café Filho na Presidência da República.

Em meio à instabilidade em que se mencionava golpe militar, Café Filho adoece e é hospitalizado em 03/11/1955. Em 08/11 é afastado da Presidência e assume Carlos Luz (Presidente da Câmara dos Deputados). No dia 11, ocorreu um “golpe preventivo” para garantir a posse de JK. No dia 22, o Congresso aprovou o impedimento de Café Filho. Ele impetrou vários *habeas corpus* no STF solicitando seu retorno à Presidência. Também foram apresentadas duas Representações (258 e 261) ao PGR¹¹⁸ para que solicitasse punições a militares acusados de crimes de motim, revolta e insubordinação, dentre outros.

A mencionada Rp 258¹¹⁹ tratou da solicitação para que os generais Henrique Lott, Odylo Denis, Zanobio da Costa, Angelo Mendes e Olímpio Falconière fossem punidos por participarem de motim contra o presidente. A ação foi rejeitada em 31/08/1956 com o argumento que o próprio PGR a considerou improcedente. Mas para além da questão formal, deve ser notada a afirmação do PGR de que “não há exemplo nos anais judiciários de qualquer país, de ser oferecida denúncia contra os participantes de um movimento militar vitorioso, conforme a própria conceituação dos signatários da representação” (BRASIL, STF, 1956, p. 14).

Ainda diante dessa situação politicamente conturbada, tornou-se conhecida a posição do Min. Nelson Hungria no MS 3.557¹²⁰, julgado em 07/11/1956:

¹¹⁸ A competência para a propositura da representação era privativa do PGR.

¹¹⁹ A solicitação ao PGR parte dos deputados udenistas Aducto Lucio Cardoso, Aliomar Baleeiro, Oscar Corrêa, Antonio Pereira Lima, Mario Martins, José Fragelli, Ruy Santos, José Bonifácio, Raymundo Padilha, Rafael Correa de Oliveira e Newton Carneiro (Rp 258). Logo após as eleições (1955) a UDN começou uma batalha jurídica para anular as eleições, e começaram a defender abertamente golpe militar (CPDOC, verbete Juscelino Kubitschek).

¹²⁰ Mandado de Segurança impetrado por Café Filho, com alegação de inconstitucionalidade dos atos da Câmara e do Senado que o impediram de retornar ao cargo de Presidente. Café Filho foi mantido em casa, a qual foi cercada pelo Exército, impedindo sua locomoção. Assim, uma das primeiras questões acerca do MS é a decisão se o estado de sítio é constitucional e, a limitação do direito de Café Filho também seria. O MS foi considerado prejudicado. Isso explica que a ação tenha sido proposta em 22/11/1955 e julgada somente em 07/11/1956. O STF adotou a posição de escolher não decidir a questão, com o argumento que deveria aguardar o término do estado de sítio.

Afastado “o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade”, a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o Sr. Café Filho, de reassumir a presidência da República, **em face da imposição dos tanke e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal.** Podem ser admitidos os bons propósitos dessa imposição, mas como a santidade dos fins não expunge a ilicitude dos meios, não há jeito, por mais auspicioso, de considerá-la uma situação que possa ser apreciada e resolvida *de jure* por esta corte.

É uma situação de fato criada e mantida pelas forças das armas, contra a qual seria, obviamente, inexecutável qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal. A insurreição é um crime político, mas, quando vitoriosa, passa a ser um título de glória, e os insurretos estarão a cavaleiro do regime legal que infligiram; sua vontade é que conta, e nada mais.

Admita-se que este Tribunal reconhecesse inconstitucionais o impedimento do Sr. Café Filho e o estado de sítio: volver-se-ia ao *status quo ante*, isto é, à situação insurrecional do Exército, que ainda continua com seus canhões em pé de guerra no campo de Santana e alhures, para impedir o retorno do Sr. Café Filho à presidência da República. Desde que o chefe da insurreição não assumiu, *ex proprio Marte*, a presidência da República, quem devia assumi-la? O Sr. vice-presidente do Senado, o penúltimo atualmente disponível na escala do art. 79, § 1º, da constituição. A declaração de impedimento do Sr. Café Filho pelo Congresso foi, em última análise, uma superfluidade. Com ou sem essa declaração, e não querendo os insurretos assumir o governo da República, o Sr. vice-presidente do Senado é que tinha que ocupar o Catete, posto que a presidência da República não podia ficar em acefalia (BRASIL, STF, 1956b, p. 441).

Evidentemente que este episódio permite que exploremos diversos componentes, mas o que neste momento importa é: 1) perceber que o STF tradicionalmente era chamado a decidir questões no limiar entre direito e política, especialmente em contextos de excepcionalidade; 2) ainda que exista divergência entre os posicionamentos de seus ministros, é possível perceber que, enquanto tribunal, a posição tende a ser a de conservação da situação política. Este comportamento ocorre tanto pela não decisão (com a perda o objeto), quanto pelo não questionando de atos políticos.

Além das questões relacionadas a restrição de direitos, chegaram demandas nas quais a interpretação dos Atos Institucionais foi uma parte fundamental.

Na Rp 602, debateu-se se os governadores dos estados poderiam utilizar a previsão do AI (1) de aprovação de lei por decurso de tempo, ou se esta possibilidade era privativa do presidente da república. O caso teve tramitação bastante rápida, pois foi proposto em 28/09/1964 e julgado em 30 de novembro do mesmo ano.

O governador da Guanabara, Carlos Lacerda¹²¹, enviou projetos de lei, e, como eles não foram votados no prazo de 30 dias, o governador os considerou aprovados em decorrência do art. 4º do AI (1). O Procurador Geral da República¹²² propôs a ação com a alegação de que a aplicação do Ato Institucional pelo governador é descabida, uma vez que dispositivo invocado confere atribuição privativa ao Presidente da República. Assim, solicitou-se declaração de inconstitucionalidade das leis sancionadas pelo Governador, por usurpação de competência privativa da Assembleia Legislativa. O caso parece tornar-se complexo do ponto de vista de relação entre os poderes quando o Procurador do Estado oferece pedido de suspeição contra cinco dos nove ministros em exercício¹²³.

O Min. Gonçalves de Oliveira, relator do processo, expressa a importância do caso, pois de interesse de todos os governadores e assembleias legislativas. Ao tratar do Ato Institucional e sua não aplicação em âmbito estadual escreve que:

O Ato Institucional, como foi notoriamente divulgado com o “manifesto à Nação”, teve em vista armar o Presidente da República, somente o Presidente da República, de poderes especiais para elaborar as reformas, que a Revolução julga necessárias. Tais reformas nada que ver com problemas estaduais. Os Governadores, muitos deles, nem expressam os ideais revolucionários e, de abril até o corrente mês, muitos tem sido substituídos (...) (Rp 602).

¹²¹ Carlos Lacerda foi político udenista, apoiador no primeiro momento do golpe de 1964, apoiou a escolha para presidência do Gen. Castelo Branco. Em maio de 1964, viaja à Europa para divulgação dos objetivos do novo regime. Entretanto, começa a tecer críticas ao governo e divergir da orientação adotada. Sua pretensão de concorrer à Presidência é frustrada com o aumento do mandato de Castelo Branco até 1967, via EC 9. Em 16/07/1964, o *Jornal do Brasil* publica a matéria *Lacerda Lembra que a Última Prorrogação deu em Estado Novo* na qual diz que a revolução não pode se esconder do povo, e que não há necessidade de emendas à constituição, mas o emendistas que deveriam ser emendados. Em 1968, após o AI-5, Lacerda foi preso e teve seus direitos políticos cassados por dez anos (CPDOC, verbete Carlos Lacerda; AN, 1972).

¹²² Por solicitação da Mesa da Assembleia Legislativa do estado da Guanabara e pelo Bloco Parlamentar de Resistência Democrática.

¹²³ Segundo o Min. Luiz Galotti (presidente do tribunal): “Proferi despacho de indeferimento, que o Tribunal conhece. Despacho talvez demasiadamente sereno, se é que pode existir demasia quando o juiz cumpre seu dever de serenidade. Esta, porém, no que leio na imprensa não foi compreendida pelo procurador do Estado, pois eu poderia ter dito e não disse: que a exceção, como foi formulada, era um desrespeito a esta Corte de Justiça, e a ninguém, mais que no seu presidente, incumbe zelar pelo respeito a ela devido; que, englobando no mesmo requerimento, a exceção contra cinco juízes, em vez de formular uma relativamente a cada juiz, como devera [sic], o procurador, escapando por suas notórias habilidades à suposição de inépcia, deixava patente o seu propósito malicioso: tornar impossível o julgamento da exceção, fazendo com que cinco dos nove juízes ficassem globalmente impedidos, quando, na verdade, cada um dos cinco somente o seria em relação ao seu caso; que a petição feita assim, não tinha viabilidade processual nem a seriedade necessária para ser distribuída e lograr seguimento” (Rp 602).

A argumentação do relator é notável porque acata a validade do ato, da “revolução” que o gerou e, ainda, interpreta-no a partir dos objetivo da própria revolução.

Os Min. Evandro Lins e Hermes Lima tratam o Ato Institucional como “normas emergenciais transitórias do Direito Constitucional”. E ambos consideram (por motivos diversos) que o Ato Institucional aplica-se somente em âmbito federal. Victor Nunes Leal vai além nesta questão e recorda precedentes judiciais envolvendo disputa federativa (como a Rp 467, julgada em 1961). Os demais juízes seguiram o relator, e em mais de um momento, foi feita menção à entrevista de Seabra Fagundes ao jornal *O Globo*¹²⁴, na qual ele reafirma o caráter federal do Ato Institucional.

O último voto foi de Luís Gallotti, quem afastou a crítica de que com a acolhida da representação, o tribunal estaria fazendo contrarrevolução por acórdão¹²⁵. A demanda foi provida por unanimidade e o seu presidente deixou claro que ao STF não caberia opor-se à “revolução”.

Segundo Luís Viana Filho (1975, p. 182) a derrota sofrida no STF fez com que Lacerda acirrasse suas críticas a Castelo Branco¹²⁶. Em correspondências enviadas nos dias 22 e 30/11/1964, Lacerda criticou os rumos econômicos que estavam sendo tomados, que seriam antipatrióticos (AN, 1972).

Em 1966, a questão sobre aplicação de ato institucional a atos dos governadores voltou a ser enfrentada pelo STF. No RMS 15.596, decidido em 28/11/1966 na Primeira Turma, a questão envolvia a demissão de funcionário do estado do Piauí após formação de Comissão para a execução do AI (1) no estado.

¹²⁴ Entrevista publicada em 22/06/1964.

¹²⁵ “Isso é o que há de mais fantasioso. Admitir tal propósito seria fazer injúria a juízes que juraram cumprir a Constituição e as leis, e empenham sua honra de magistrados na fidelidade a esse juramento. E que contra-revolução seria essa promovida por um dos autores notórios do Ato Institucional, o ilustre jurista que é o advogado da Assembleia Legislativa neste feito? Que contra-revolução seria essa, ajudada pelo eminente Procurador-Geral da República, Professor Oswaldo Trigueiro, Chefe do Ministério Público Federal por escolha e confiança do insigne Presidente Castello Branco e que, em seu parecer nos autos, demonstra o cabimento da representação formulada pela Assembleia Legislativa e se abstém de opinar quanto ao mérito, deixando assim de impugnar o que constituiria uma fase da contra-revolução?” (Rp 602).

¹²⁶ “A agressão servia também para encobrir a derrota sofrida pelo Governador da Guanabara, cujos atos, com fundamentos no Ato Institucional n.º 1, haviam sido declarados inconstitucionais pela unanimidade do Supremo Tribunal Federal, e cujo presidente, ministro Ribeiro da Costa, repelira as injúrias de Lacerda a vários ministros, por este declarados suspeitos. Agora, voltava-se contra o Presidente Castelo, que replicou no mesmo tom, examinando item por item as críticas formuladas (...)” (VIANA FILHO, 1975, p. 182).

Assentou-se na decisão¹²⁷ que a cláusula de exclusão da apreciação pelo judiciário do mérito dos atos praticados com fundamento no AI (1) (art. 7º) somente se aplica aos atos do Comando Supremo da Revolução, do Presidente da República, das Assembleias Legislativas e Câmara dos Vereadores quanto à cassação de mandato. Portanto, não abrange atos efetuados por comissões. A indicação para a composição da comissão do Procurador Geral de Justiça, o qual estava em período de férias, e o cerceamento do direito de defesa do recorrente foram apontados como motivo de nulidade do processo¹²⁸.

No HC 43.071 (1966) uma das questões enfrentadas foi a inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto-Lei 20/66 a partir do art. 30 do AI-2¹²⁹. O citado artigo do Decreto-Lei ampliava a competência da Justiça Militar para julgar casos relacionados à requisição de bens e serviços para abastecimento. Para o relator, Min. Lafayette de Andrade, o conceito de segurança nacional pode incluir o de defesa da economia popular. Para Carlos Medeiros Silva há uma distinção entre crimes contra a economia nacional e os contra a segurança nacional. Entretanto o Ato Institucional, por sua natureza de ato de emergência, ato constitucional com inspiração revolucionária, autoriza o presidente a dispor sobre o tema sem respeitar as distinções anteriores. Para ele o propósito que inspirou o AI-2 deveria inspirar a interpretação do ato.

O Min. Evandro Lins discordou deste entendimento, embora compreendesse “os elevados objetivos do Governo”. Para Lins o pedido deveria ser conhecido até porque não se enquadraria no art. 19 do AI-2 (proibição de apreciação judicial). Ele refuta que a proteção da economia popular enquadre-se como “segurança nacional”¹³⁰. Para Lins, “Se se trata de norma de direito excepcional, há de ter interpretação restritiva”¹³¹. Isto me parece tão claro que, que a minha

¹²⁷ Com a citação dos casos anteriores em que foi adotada a mesma tese: RMS 16.400, RMS 16.527, RMS 16.565, RMS 15.834, RMS 16.813.

¹²⁸ De forma atípica na ementa da decisão é mencionado o fato de que o recorrente tinha 38 anos de serviço prestado e 23 filhos, dos quais 15 menores e em sua dependência econômica. Resta avaliar a relevância da situação familiar para o provimento por unanimidade do recurso.

¹²⁹ “Art. 30 - O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional.”

¹³⁰ Nos fundamentos de seu voto o ministro retoma o tratamento da matéria na CF 1937. O art. 122 estabelecia que ambos os crimes (contra a segurança do Estado e contra a economia popular) seriam julgados por tribunal especial. Entretanto o argumento do ministro é que mesmo neste dispositivo não há a equiparação dos dois tipos penais.

¹³¹ Em trecho de seu voto o Min. Evandro Lins mostra preocupação com a interpretação ampliativa do AI-2 “(...) Nós estamos alargando o Ato Institucional, quase eliminando a ação do Legislativo. Digo

dificuldade é demonstrar o óbvio”. Na esteira do que foi sugerido pelo PGR, o Min. Carlos Medeiros Silva defende a alteração/evolução dos conceitos dos dois crimes, equiparando-os. O Min. Luiz Gallotti também considerou que não é crime contra a segurança nacional vender carne por preço superior ao permitido. O Min. Vilas Boas concedeu a ordem sem “divagações doutrinárias” (expressão bastante repetida em seu voto) pautado na aplicação retroativa do decreto-lei.

Em uma apropriação da narrativa constitucional da crise, o Min. Hermes Lima considera que a situação constitucional era anormal, mas que os pressupostos da vida republicana ainda não haviam sido negados. No voto do Min. Ribeiro da Costa há uma descrição do presidente Castelo Branco (manifestação atípica em processo):

Reconheço que S. Exm., forçado de um espírito meditativo, calmo, até, posso dizer, frio, pois na convivência se percebe a natureza do caráter do indivíduo – o Sr. Marechal Castelo Branco é, realmente, um militar, tem fibra militar, sereno, calmo, meditativo, não se altera, - se terá inclinado à atender à alarmante repercussão dos atos de negociantes que, a todo momento, cobram preços abusivos sobre as utilidades que o homem procura. (...) esta competência deve ser entendida em caráter restritivo (...) Se se desse esse poder ao Presidente da República, estar-se-ia cometendo um grave erro, pois que o Presidente da República é um homem como todos nós, possível de exacerbar-se também no cometimento de seus atos, nos seus atos de função (...)

A arguição de inconstitucionalidade foi rejeitada contra os votos dos Min. Evandro Lins, Gonçalves de Oliveira, Luiz Gallotti e Ribeiro da Costa. Mas a ordem foi concedida com o fundamento da irretroatividade da lei penal.

Chegou ao STF por via de Rp¹³² 697, um debate acerca dos efeitos do AI (1). A Assembleia Legislativa de São Paulo promulgou a lei 8720/65 em que estabelece pensão a seis ex-deputados que foram cassados¹³³ ou tiveram seus votos tornados nulos (por decisão do TRE). O governador do estado solicitou ao PGR a propositura da representação arguindo que a lei tornou ilegítimo o Ato

mais: amanhã também um problema de locação, que diga respeito a habitação, poderá ser objeto de decreto-lei, como infração à segurança nacional. Assim também os despejos contra os inquilinos. Dir-se-á: isso é matéria que afeta a segurança nacional, porque pode, eventualmente, perturbar a paz pública. Tudo seria deslocado, por força dessa interpretação ampliativa, para o julgamento na Justiça Militar”. Carlos Medeiros chama esse argumento de “terrorista”. Ironicamente os REs 62.731 e 62.739 (1967) trataram justamente de normas acerca de locação que envolveriam conceito de segurança nacional.

¹³² Já na vigência e amparando-se na EC 16/65.

¹³³ Com o fundamento no art. 10 do AI (1) e por indicação do Conselho de Segurança Nacional.

Institucional ao não respeitar os efeitos atribuídos. O governador considerou que a lei é uma “manifestação antirrevolucionária, que tem por escopo frustrar os objetivos do Ato Institucional editado pela Revolução” (Rp 697). Dentre os argumentos da Assembleia Legislativa do estado em sua defesa está o de que a lei seguiu os parâmetros estabelecidos na lei federal 4.656/65¹³⁴.

Sob relatoria do Min. Aducto Cardoso, o caso foi julgado prejudicado em 28/09/67 pois a legislatura já havia se encerrado. Este caso mostra a complexidade de tentar controlar todas as variáveis no campo jurídico. Primeiramente, porque diante de punições estabelecidas pelo Ato Institucional, as sanções financeiras foram parcialmente revertidas pelo legislativo, levando a uma minimização dos efeitos do Ato. E, depois, que ao questionar judicialmente o ato, o STF decidiu somente após o término dos efeitos da lei, ou seja, não precisou intermediar o conflito¹³⁵.

Até 1966, a Constituição de 46 conviveu com emendas constitucionais, atos institucionais e atos complementares. Em 1966, começa a surgir a defesa de que a constituição não é mais capaz de lidar com as novas demandas. A partir daí passam a ser publicados artigos sobre a necessidade de promulgar um novo texto constitucional. A nova constituição foi outorgada em 24/01/1967, entrando em vigor em 15/03/1967 com a posse do novo presidente, o marechal Costa e Silva¹³⁶.

3.3 CONSTITUIÇÃO DE 1967

¹³⁴ Art. 1º - Aos beneficiários dos funcionários públicos civis e dos servidores da administração pública descentralizada que, em 9 de abril de 1964, gozavam de estabilidade ou vitaliciedade, bem como aos dos empregados estáveis das sociedades de economia mista, demitidos em decorrência do Ato Institucional, será concedida uma pensão especial.

¹³⁵ Não é possível afirmar que a perda de objeto advenha de uma escolha da Corte. Entretanto, deve-se ressaltar a ineficácia do uso judicial em situações urgentes. A cronologia do caso comprova tal situação: demanda foi enviada pelo governador Ademar de Barros em 29/09/1965, a propositura foi feita em 22/03/1966, e a decisão final do STF foi em 28/09/1967. Considerando que o mandato encerrou-se em 14/03/1966, percebe-se o descompasso temporal entre o tempo da Corte e o tempo da política.

¹³⁶ Uma das hipóteses para a feitura da Constituição é que ela limitaria o poder de Costa e Silva, este pertencente à linha dura (BARBOSA, 2012, p. 87).

Os debates sobre as mudanças constitucionais são apresentados na imprensa ainda em 1965. Em *Pronto Socorro Constitucional*, publicado em 17/10/1965 no *Jornal do Brasil*, Barbosa Lima Sobrinho escreveu que:

Na verdade, o Brasil não precisa de um Congresso, para o exercício dessa função, que em melhores mãos se atribuída a um Pronto Socorro Constitucional, para o exercício dessa cirurgia de urgência, que não exige especialistas, pois que pode ficar a cargo até mesmo de enfermeiros diligentes, para desafôgo dos eminentes juristas, que ainda continuam presentes nas duas Casas do Congresso Nacional (ANC, 1967, p. 90)

O processo formal de reestruturação da constituição começa com o Decreto 58.198, de 15/04/1966, o qual convoca a Comissão Especial de Juristas com a finalidade de revisar as emendas constitucionais e atos institucionais, e sua relação com a constituição, além de sugerir novas emendas constitucionais¹³⁷. Ou seja, o objetivo inicial da Comissão era fazer uma espécie de “sistematização” constitucional que comportasse e eliminasse as divergências entre constituição, emendas constitucionais (no momento da convocação eram 13), atos institucionais (então 3) e atos complementares (8).

A Comissão foi composta do “Jurisconsulto Levi Carneiro¹³⁸, dos Ministros Orosimbo Nonato¹³⁹ e Miguel Seabra Fagundes¹⁴⁰ e do Professor Temístocles Brandão Cavalcanti¹⁴¹”, sob a presidência de Levi Carneiro. Miguel Seabra

¹³⁷ Segundo o art. 1º do Decreto: “a) rever as emendas constitucionais e os dispositivos de caráter permanente dos Atos Institucionais, coordená-los e inseri-los no texto da Constituição Federal; b) excluir do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os preceitos de vigência já esgotada, incluindo os dos Atos Institucionais da mesma natureza, com as alterações adequadas; e c) sugerir emendas à Constituição que, imprimindo ao seu contexto unidade e harmonia, contribuam para a evolução do processo democrático brasileiro e garantam, na vida pública, regime de austeridade e responsabilidade”.

¹³⁸ Os quatro componentes da Comissão tinham o perfil bastante distinto, embora todos publicamente reconhecido em suas áreas. “Jurisconsulto Levi Carneiro, Presidente da Comissão, autor de numerosas obras e especializado em Direito Internacional, tendo sido membro do Tribunal Internacional de Haia, tem como princípio a modificação das Constituições através da evolução das filosofias sociais e políticas” (ANC, 1967, p. 2).

¹³⁹ “O Ministro Orosimbo Nonato, que ocupou no passado o cargo de Consultor-Geral da República e a Presidência do Supremo Tribunal Federal, considera que a Lei Maior deve atender às imposições do século, devendo ser o liberalismo dosado, e que o País deverá voltar à normalidade democrática e a liberdade não deve ser arranhada pela Revolução” (ANC, 1967, p. 2).

¹⁴⁰ Ex-Consultor-Geral da República e Ministro da Justiça do Governo Café Filho, o Ministro Seabra Fagundes pensa que a Constituição é o conjunto de leis que retrata o Estado, o qual não sobrevive se conserva estacionárias suas leis. Partidário do retorno à normalidade democrática e da abolição da legislação revolucionária, preconize entretanto, a adoção de um estado forte” (ANC, 1967, p. 2).

¹⁴¹ “Um dos mais respeitados analistas da Lei Magna de 46, o Professor Themístocles Cavalcanti, julga que o sistema democrático não exige uma participação direta das massas, mas tem uma

Fagundes abandona a Comissão citando impossibilidade de cumprir com as tarefas pelo excesso de atribuições profissionais. Entretanto, em entrevista publicada nos dias 31/08 e 01/09/1966, no jornal *O Estado de São Paulo* expressa as dificuldades da Comissão, especialmente divergências internas. Uma delas é quanto ao próprio papel da Comissão: “A mim me parecia que o Congresso não dispunha de poder constituinte em termos que lhe permitissem substituir a Constituição, e sim apenas do poder de emendá-la, pelo que era impróprio oferecer ao Governo um anteprojeto global” (ANC, 1967, p. 89).

Uma das questões que permeou o debate nos meios jurídico e em jornais foi a necessidade de uma nova constituição, e a relação desta com a democratização. Nos Anais da Constituição de 1967 há diversas matérias jornalísticas que permitem traçar uma cronologia dos debates, os quais incluíram tanto a necessidade de constituição (ou apenas uma sistematização) como a forma em que seria feita (outorga, congresso constituinte etc.). Há debates sobre o sentido e funcionamento do poder constituinte.

Em 7/07/1966 o senador Afonso Arinos concedeu entrevista ao *Jornal do Brasil* na qual trata do que considerou como o “fracasso político do Governo Revolucionário (...) de deixar assentadas as bases de um sistema constitucional adequado à conjuntura brasileira” (ANC, 1967, p. 90). Arinos estabeleceu como questão prévia a de saber se haveria vontade de iniciar a democratização, pois, em certos círculos, haveria a vontade de aprofundar o estado autoritário, especialmente por causa do golpe militar argentino¹⁴².

No *Correio da Manhã*, em 21/08/1966, Newton Rodrigues sintetizou os debates com três questões: “1 - Há ou não há necessidade de proceder-se à reforma do texto de 1946?; 2 - É ou não é oportuno proceder-se a uma reforma

estrutura jurídica que disciplina seu funcionamento, selecionando os mais capazes e evitando os excessos de uma igualdade ilusória e impraticável. É um regime popular, mas pede uma armadura jurídica que o proteja contra deformações” (ANC, 1967, p. 2).

¹⁴² Possivelmente o senador refere-se ao golpe ocorrido em 28/06/1966 desencadeado pelo General Juan Carlos Onganía. Sendo esta a primeira vez que o poder constituinte teve fatos concretos para além da invocação dos fins da revolução, esta teve como fundamentos do Estado de Direito a) Fins da Revolução Argentina, b) Estatuto da Revolução e c) Constituição Nacional. A Suprema Corte breve e implicitamente convalidou tal estatuto nos casos *Prensa Confidencial* e *Sánchez Sorondo* – 1968 (LAVIÉ e outros 2009, p. 1350-1). No *Estatuto da Revolución Argentina* (o qual tinha prevalência em relação à Constituição argentina) mencionou-se expressamente o poder constituinte: “La Junta Revolucionaria, a efectos de cumplir con los objetivos de la revolución y en ejercicio del poder constituyente, estatuye (...)”, em uma fórmula bastante parecida com a adotada no primeiro Ato Institucional brasileiro.

nesse momento?; 3 - Em que limites deveria situar-se uma reforma constitucional?" (ANC, 1967, p. 92).

A relação dos Atos Institucionais com a Constituição foi apontada em vários textos e editoriais. É possível perceber nestes artigos um processo de debate interno e externo ao governo em que os principais itens foram: 1 – necessidade de uma consolidação, emendas ou nova constituição, e a relação com os atos anteriores da “Revolução”, 2 – modo de fazer a nova constituição, em termos de procedimento e participação do Parlamento, e, de maneira indireta, 3 - o próprio papel do poder constituinte nessa tarefa. Através dos jornais é possível perceber também debates internos ao regime (seja entre os militares *versus* civis, seja entre grupos de civis distintos).

O *Correio da Manhã* em editorial de 03/08/1966 mostrou-se favorável à manutenção da Constituição de 1946, desde que se lhe incorporasse, "por emenda constitucional, sem necessidade de novas violências", tudo que fosse válido entre as inovações revolucionárias, "sem os exageros ditatorialescos que lhes imprimiu o Ato Institucional nº 1" (ANC, 1967, p. 94). O *Jornal do Brasil*, em 21/06/1966, publicou que o governo considerava a possibilidade de uma: "Constituição consolidada, incorporando-se a ela as disposições que nos editos revolucionários possam merecer a perenidade do texto constitucional; e os Atos Institucionais n. 2 e 3, que continuariam a vigorar até 15 de março de 1967, mantendo-se o Presidente da República até lá na posse dos instrumentos de exceção dos quais se armou, principalmente, a 27 de outubro de 1965" (ANC, 1967, p. 94). O editorial pautou-se em uma comparação com o que ocorreu durante a Constituição de 1934:

A possível coexistência da nova Constituição com os Atos Institucionais (durante três, quatro ou cinco meses, conforme o trabalho do Congresso) teria precedente no procedimento da Constituição de 1934, que promulgou a Constituição derrogada pelo golpe de estado de 10 de novembro de 1937, mantendo, entretanto, todos os atos praticados no domínio legislativo por Getúlio Vargas durante o período discricionário que se seguiu à Revolução de 1930. (ANC, 1967, p. 94).

O *Estado de São Paulo*, em 27/02 e em 06/03/1966, sob o título *Consolidação Constitucional*, tratou justamente da necessidade de organizar o sistema constitucional, formado por ato institucional e emendas constitucionais, com a constituição. A ideia de consolidação constitucional é a de que não seria

necessária uma nova constituição, mas bastaria harmonizar os dispositivos para que tenha coerência normativa (ANC, 1967, p. 95).

Não era unânime a perspectiva da consolidação constitucional. Como exemplo o artigo de Oliveiros S. Ferreira, de 17/07/1966, no qual defendeu necessidade de constituição que separe o Estado do governo e propôs que se convença o poder militar a outorgar uma constituição.

E, eis que começa o debate quanto à maneira de conduzir o processo: “Carta deve ser outorgada ou submetida ao Congresso? Seria convocada uma Assembléia Constituinte? O Congresso em fim de legislatura pode rever a Carta? Ou seria essa tarefa uma atribuição do Congresso a ser eleito em 15 de novembro de 1966?” (ANC, 1967, p. 98). Houve um debate em se que joga com os elementos necessários para garantir estabilidade institucional. Os elementos principais deste debate eram o cálculo sobre possibilidade de apoio no Congresso para aprovar o eventual projeto, e diante da possibilidade de não ter aprovação do Parlamento, o governo jogava com a opção da outorga. Inclusive, cogitou-se outorga da constituição via ato institucional, o que o senador Afonso Arinos reputava como arriscado para a estabilidade do poder por não ter “sacralidade da aceitação nacional” (ANC, 1967, p. 98). O ato constituinte da constituição segue os mesmos dilemas do processo de decretação dos atos institucionais.

A divergência sobre a forma de feitura da constituição ocorre no seio do próprio governo, como mostra Flávio Tavares no jornal *A Última Hora* de 05/08/66, em que apresenta os grupos parlamentar e institucionalista e suas divergências:

O pensamento militar, expressivamente dominante, com o Marechal Castello Branco à frente, quer a nova Constituição de qualquer jeito e rápido e, assim, originou, na área civil, a formação de dois grupos, que, por caminhos diversos, pretendem fazer realizar os desejos do Presidente. **O grupo parlamentar, nuclearizado nas principais Lideranças governistas no Congresso, sustenta que, em nenhuma hipótese, o Senado e a Câmara podem deixar de debater o projeto constitucional, modificá-lo e adaptá-lo, ainda que observando as linhas centrais estabelecidas pela Comissão de Juristas e pelo Ministro da Justiça.** É este o pensamento do Líder Daniel Krieger, dos Deputados Rondon Pacheco, Guilherme Machado e outros, além do Sr. Pedro Aleixo, candidato à Vice-Presidência.

Em última análise, a êle se filia a própria ARENA, através de seus principais dirigentes.

O grupo institucionalista, encabeçado pelo Ministro Carlos Medeiros Silva - principal criador da figura dos "Atos Institucionais" - julga que a nova Constituição deve ser o corolário jurídico da "situação

revolucionária", não competindo ao Congresso, "legitimado pela Revolução", alterar o esboço constitucional. refletindo a ideologia da "Revolução", receberia do Congresso apenas o apuro da forma. Nunca, porém, outras idéias, possíveis de interpretar o pensamento político exterior ou infenso à "Revolução". Na eventualidade de surgirem dificuldades para a aprovação do texto constitucional - tal qual venha redigido do Executivo, o grupo institucionalista poderia, até que a votação da nova Carta se resumisse a uma espécie de plebiscito dentro do Congresso, em que este optaria por um "sim" ou um "não", sem mudar a forma ou o conteúdo (ANC, 1967, p. 100, grifos meus).

É nesse contexto que o senador Auro de Moura Andrade¹⁴³ e o deputado Aducto Lúcio Cardoso¹⁴⁴ advogaram pela revogação dos artigos 14 e 15 do AI-2 para que o Congresso pudesse votar o projeto sem o risco de cassação dos parlamentares, pois caso contrário não haveria clima de discussão do projeto¹⁴⁵.

Internamente à Comissão Especial de Juristas o conflito entre inovação e manutenção parece ser um dos pontos de tensão no processo de feitura da constituição. Na cerimônia de entrega do anteprojeto ao Presidente Castelo Branco, Levi Carneiro diz que na proposta redigida “não há nada de extraordinário, nada de sensacional; não há nada de novo, podemos assim dizer” (ANC, 1967, p. 13), ao mesmo tempo tenta-se ressaltar que o projeto é liberal¹⁴⁶.

¹⁴³ Auro de Moura Andrade, então presidente do Senado, foi o autor do discurso que declarou a presidência da república vaga no golpe militar de 1964. Pertenceu a vários partidos, e com o bipartidarismo implantado pelo AI-2, filiou-se à Aliança Renovadora Nacional. Apesar de participar da base de sustentação do governo, criticou o governo, como podemos perceber no trecho acima. Ainda, apoiou Aducto Lúcio Cardoso quando ele recusou-se a acatar a cassação de seis deputados federais em outubro de 1966. Este episódio levou ao fechamento do Congresso por um mês, via Ato Complementar nº 23. (CPDOC, verbete Auro de Moura Andrade).

¹⁴⁴ Aducto Lúcio Cardoso é figura importante para compreender as contradições do regime, bem como seus conflitos internos. Formou-se em direito em 1927 e iniciou sua atividade política em 1937, no Estado Novo. Em 1943, participou da elaboração do Manifesto dos Mineiros, documento contra o Estado Novo e a favor da democratização do país. Eleito vereador em 1947, em 1954 elegeu-se deputado federal, reeleito em 1958, sempre pela UDN. Em 1962 reelegeu-se deputado federal pela Guanabara. Atuou nos acontecimentos que levaram ao golpe de 1964. Em 1966, elegeu-se presidente da Câmara dos Deputados, e, neste mesmo ano filiou-se à Arena. Renunciou à presidência da Câmara em novembro de 1966, em represália à cassação dos mandatos de seis parlamentares oposicionistas. Reeleito deputado federal, não tomou posse, pois aceitou o cargo de ministro do STF. Em 1971, requereu sua aposentadoria do STF, em protesto contra a decisão do tribunal acerca do decreto sobre censura prévia (CPDOC, verbete Aducto Lúcio Cardoso).

¹⁴⁵ Conforme Carlos Castello Branco (*Jornal do Brasil*), em 18 de agosto: “Quanto ao MDB, cuja cooperação será encarecida no momento oportuno, o Sr. Vieira de Melo informa que bastaria um ato do Govêrno para desarmar a atual desconfiança oposicionista em matéria de elaboração constitucional: a revogação dos arts. 14 e 15 do Ato Institucional n. 2. Eliminada a ameaça que pesa sobre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, estariam automaticamente restabelecidas as condições para a tranqüila votação de um Projeto de Constituição” (ANC, 1967, p. 111).

¹⁴⁶ “Depois de lembrar que talvez muitos esperassem do projeto inovações sensacionais, o Sr. Levi Carneiro observa haverem sido resguardados os pontos fundamentais da nossa doutrina constitucional e, dêsse modo, se ativeram aos princípios do federalismo, do judicialismo e do presidencialismo, acrescentando-se-lhes, na verdade, apenas ‘alguns aperfeiçoamentos de

Em 7/12/1966, foi editado o AI-4 que convocou o Congresso Nacional para discutir, votar e aprovar o projeto de constituição enviado pelo Presidente da República.

As considerações do AI-4 deixam claro que o objetivo já não era mais a sistematização da ordem constitucional, mas a criação de uma nova constituição. E novamente amparando-se na narrativa revolucionária:

CONSIDERANDO que a Constituição Federal de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, já não atende às exigências nacionais;
 CONSIDERANDO que se tornou imperioso dar ao País uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução;
 CONSIDERANDO que somente uma nova Constituição poderá assegurar a continuidade da obra revolucionária;
 CONSIDERANDO que ao atual Congresso Nacional, que fez a legislação ordinária da Revolução, deve caber também a elaboração da lei constitucional do movimento de 31 de março de 1964;
 CONSIDERANDO que o Governo continua a deter os poderes que lhe foram conferidos pela Revolução (AI-4).

O período de análise foi de 12/12/1966 a 24/01/1967, ou seja, claramente insuficiente para qualquer deliberação robusta¹⁴⁷. Foram 17 sessões de discussão e segundo matéria do *Correio da Manhã* de 25/01/1967, foram apresentadas 231 emendas (150 da Arena e 81 da “oposição”) e 22 do deputado sem legenda Oscar Corrêa, o qual teria votado com a oposição, mas não saiu do plenário quando esta iniciou a obstrução (CORREIO DA MANHA, 1967b). O projeto foi aprovado por 13 votos a 8, estes encabeçados pelo senador Josaphat Marinho¹⁴⁸ (BARBOSA, 2009,

linguagem” (ANC, 1967, p. 13). Buscou-se aqui ressaltar a permanência e o respeito à teoria constitucional, ao mesmo tempo em que se construía outro arcabouço jurídico.

¹⁴⁷ O rito estabelecido foi o de que, após a convocação do Congresso, seria designada Comissão Mista. Nas 24h subsequentes seriam eleitos seu presidente e vice; no prazo de 72h o relator daria parecer (pela aprovação ou rejeição do projeto); este seria votado em sessão conjunta das casas do Congresso no prazo de 4 dias. Aprovado por maioria absoluta, seria devolvido à comissão, perante a qual poderão ser apresentadas emendas (desde que apoiadas por 1/4 de qualquer uma das casas) pelo prazo de 5 dias, se o projeto for rejeitado a sessão extraordinária é encerrada. A Comissão teve 12 dias para emitir parecer sobre as emendas, a ser votadas em Plenário pelo prazo de 12 dias em único turno. Cada emenda seria submetida à Câmara e, se aprovada por maioria absoluta, ao Senado, em caso de aprovação pelo mesmo quórum a emenda será considerada aceita. Concluído o trabalho em 24 de janeiro dar-se-à a publicação. (REIS, 1967, p. 338).

¹⁴⁸ Nasceu no interior da Bahia em 1915. Formou-se em direito em 1938. Após a queda do Estado Novo, foi deputado constituinte pela Bahia. Permaneceu na Assembléia até 1959, com uma breve interrupção entre 1951 e 1954. Em seguida foi secretário de estado e presidente do Conselho Nacional de Petróleo. Em 1962, elegeu-se senador onde se integrou à oposição ao governo militar. Terminado o mandato (1971), somente retornaria à política com o fim do bipartidarismo. Nas eleições de 1986 foi candidato ao governo estadual, pela legenda do PFL, sendo derrotado. Em 1990, obteve

p. 94).

Dentre outras questões, a CF 1967 incorporou mudanças no processo legislativo, sob o argumento da modernização. Nada de novo no que diz respeito ao diagnóstico da ineficiência e incapacidade dos Parlamentos exercerem a função legiferante.

Enquanto em países de larga tradição democrática os Parlamentos renovavam sua organização e seus métodos de trabalho, preparavam-se para vencer as crescentes dificuldades da legislação do Estado moderno e apelavam com frequência e amplitude sempre maiores para a colaboração do Executivo, especialmente mediando a técnica de delegação, permanecemos apegados a um procedimento legislativo rotineiro, moroso, inutilmente complicado e, há apenas vinte anos, repeliávamos frontalmente a admissão da legislação delegada, como se vê pelo § 2º do art. 36 da Constituição de 1946 (NOVELLI, 1968, p.59).

As principais alterações trazidas pela Constituição de 1967 no que diz respeito ao processo legislativo são: o processo de emenda constitucional permite a iniciativa do Presidente da República, e pode ter, por iniciativa deste, processo simplificado. Ainda, o processo de emenda constitucional deve durar no máximo sessenta dias, e o quórum de aprovação passa a ser de maioria absoluta. As leis delegadas passam a ser previstas na Constituição. O histórico de delegação de lei passa pelo já mencionado projeto apresentado pela Comissão de Estudos da Reforma Constitucional, o qual, em seu § 6º, prevê a possibilidade de o Congresso autorizar o Poder Executivo a elaborar projetos legislativos, sem que o Congresso possa emenda-lo. Também se estabelece a figura do decreto-lei e de procedimentos de urgência no processo legislativo. O poder de iniciativa do Presidente foi ampliado, estabelecendo-se temas de sua competência exclusiva, conseqüentemente, diminuindo o do Congresso.

As mudanças no processo legislativo “comum” foram acompanhadas de uso dos expedientes legislativos excepcionais. Se governar é legislar, deve-se não somente ter o poder legiferante, como também o controle do tempo do processo e da hierarquia dos atos normativos. Nesse sentido a utilização da figura excepcional do Ato Institucional oferece ambos: controle do tempo (pois o Chefe do Executivo o decreta) e da hierarquia (pois será considerado acima das normas constitucionais),

um segundo mandato de senador para o período 1990/1998. Alcançou amplo reconhecimento como professor, advogado e jurista. Faleceu em 2002, aos 86 anos (CDPB, s/d).

com o bônus de não passar pelo Congresso, ou seja, não há o risco de derrotas.

Este domínio do processo legislativo também consolidar-se com outro mecanismo: o controle de constitucionalidade. A existência do controle judicial de constitucionalidade acrescenta mais um ator no processo, que pode, inclusive, suplantar os demais. Cria-se, assim, mais um *veto player*¹⁴⁹, com possibilidades de desequilibrar as forças (questão que será tratada no capítulo 5).

Nesse cenário constituinte, a disputa pelo sentido de constituição apareceu no artigo de Flavio Bauer Novelli, denominado de *A Relatividade do Conceito de Constituição e a Constituição de 1967* (1967), em que foi apresentado um esforço argumentativo no sentido de relativizar o conceito de constituição, para, através da comparação com a suposta inaplicabilidade da Constituição de 1946, legitimar a nova. Neste sentido, adotou a mesma percepção expressada por Luiz Gonzaga Nascimento Silva (1965) de que a constituição deve ser lida a partir da realidade e não de regras abstratas. Para Novelli, a nova constituição seria uma “séria experiência de realismo constitucional” e nos “reintegra ao constitucionalismo contemporâneo” (NOVELLI, 1967, p. 12). E parece seguir os ensinamentos de Carlos Medeiros Silva ao escrever sobre as mudanças no processo legislativo para torna-lo mais célere¹⁵⁰.

Mas, como sabemos, nem a Constituição de 1967 foi capaz de propiciar a “permanência da revolução”, de modo que pouco tempo depois foi editado o AI-5. E, em 1969, foi promulgada a EC 1/69, que alterou a CF 1967 tão profundamente, que materialmente é uma nova constituição. Entretanto, a produção legalista não afastou as arbitrariedades. Com isso o regime assumiu oficialmente sua faceta repressiva e limitou os canais de contestação.

¹⁴⁹ *Veto player*, traduzido como ator com poder de veto, é “é um ator individual ou coletivo cuja concordância (pela regra da maioria no caso dos atores coletivos) é requerida para tomar a decisão de mudar uma política. O conceito de *veto player* origina-se da idéia de pesos e contrapesos incluída na Constituição norte-americana e nos textos constitucionais clássicos do século XVIII; implícita ou explicitamente é mencionada nos estudos contemporâneos (...)” (TSEBELIS, 1997, s/p).

¹⁵⁰ “O processo legislativo, que é a alma da Constituição, foi substancialmente alterado, para torná-lo mais célere e eficiente, evitando formalismos estéreis, e cerceados assim abusos e vícios políticos que através deles se exercitavam. A reforma começou pelo processo de emenda à Constituição, com a atribuição de sua iniciativa também ao Presidente da República e a simplificação da tramitação da respectiva proposta (arts. 50 a 52). Deu-se posição definida e privilegiada às leis complementares da Constituição na hierarquia normativa (art. 53) (...) Foi prevista tramitação especial para os projetos de lei enviados ao Congresso pelo Presidente da República, desde que este assim o solicite (art. 54). Introduziram-se, por fim, figuras necessárias de delegação legislativa a comissões do próprio Congresso e ao Presidente da República (arts. 55 a 57), e da decretação com força de lei, em matéria de segurança nacional e finanças públicas” (NOVELLI, 1967, p. 12).

3.4 CONFLITOS ENTRE CONSTITUIÇÃO E ATOS INSTITUCIONAIS

A vigência da Constituição de 1967 trouxe a questão premente sobre como compatibilizar a ordem constitucional com os atos institucionais. Esta questão foi enfrentada pelo judiciário.

O art. 173 da Constituição dispunha que:

Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - pelo Governo federal, com base nos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964; nº 2, de 27 de outubro de 1965; nº 3, de 5 de fevereiro de 1966; e nº 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais;

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais;

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I;

IV - as correções que, até 27 de outubro de 1965, hajam incidido, em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida, sobre vencimentos, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República.

Já o AI (1) estabelecia a cláusula de não apreciação do mérito pelo judiciário: “§ 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade”.

O art. 19 do AI-2 conferiu tratamento distinto:

Art. 19 - Ficam excluídos da apreciação judicial:

I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;

II - **as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato** (grifos meus).

A divergência quanto à relação entre os Atos Institucionais e a Constituição fez com que vários casos chegassem ao STF. Um dos mais conhecidos é o julgamento, em 27/03/1968, do Inquérito Policial 2 contra o ex-Presidente João

Goulart. A questão era sobre a competência para julgá-lo, uma vez que o AI (1) havia cassado seus direitos políticos, e o AI-2 estabeleceu que a cassação ocasionava a perda de prerrogativa de foro. O AI-2 tinha vigência até 15/03/1967, e a Constituição de 67 estabelecia que a competência para o julgamento de crimes comuns seria do STF¹⁵¹, bem como a já citada aprovação dos atos cometidos com base em Atos Institucionais. Vigia a Súmula 394, que determinava que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

O relator do caso, Min. Gonçalves de Oliveira, considerou que as disposições do AI-2 não eram mais aplicáveis, e, portanto, o julgamento deveria ser feito pelo STF (em decorrência da prerrogativa de função). Concordaram com esse argumento Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal. Já o Min. Djaci Falcão alegou que a Constituição de 1967, havia expressamente aprovado os atos revolucionários e, portanto, manteve a cessação do foro por prerrogativa de função àqueles que tiveram seus direitos políticos cassados. O argumento principal é que o “espírito’ da nova Constituição era prestigiar os atos revolucionários, não revogá-los” (VALÉRIO, 2010, p. 177).

O Supremo dividiu-se, com sete ministros votando pela competência do STF e sete pela competência da justiça federal. De um lado, Themístocles Cavalcanti, Aducto Cardoso, Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Lafayette Andrade. De outro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Amaral Santos, Barros Monteiro, Eloy da Rocha e o presidente Luiz Gallotti. O resultado final foi pela incompetência do STF.

No período também houve a decisão de várias representações nas quais havia alguma tipo de conflito federativo. A Rp 753 (que será tratada no capítulo 5), foi julgada em 12/06/1968, tendo como relator Min. Djaci Falcão. A propositura foi feita pelo então PGR, Haroldo Valadão, a pedido do governador do estado de São Paulo. Foram aceitos assistentes no caso, como a Associação Paulista do Ministério Público.

¹⁵¹ Art. 114, I, a – “Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República”

A representação versou sobre suposta incompatibilidade entre a constituição paulista promulgada em 13/05/1967 e a Constituição de 1967. Além do alcance do poder de emenda, o processo atingiu temas como os limites do poder constituinte estadual, os limites da reforma, a relação entre constituições (federal e estadual).

Uma das questões invocada é que a organização do Tribunal de Contas Municipal contrariou a Constituição Federal ao dispor que a indicação seria feita através da nomeação do prefeito, com a aprovação da câmara de vereadores. O governador alegou que esta disposição descumpriu a necessidade de concurso público, pois o TCM seria mera auditoria. O PGR concordou com a tese, mas acrescentou argumento original ao discorrer sobre as diferenças entre o tribunal de contas do estado e dos municípios:

Alguns dos municípios, em relação aos quais a Constituição atual autoriza a criação do Tribunal de Contas, poderão ter os Prefeitos nomeados pelo Presidente da República, e um deles, o da Capital, terá o Prefeito nomeado pelo Governador do Estado, art. 16, § 1º, da Constituição do Brasil. Veríamos, nesses casos, em última análise, escolhidos os membros dos Tribunais de Contas Municipais por delegados do Governador do Estado ou do Presidente da República, o que, a despeito da colaboração da Câmara Municipal, deixa evidenciado o distanciamento do sistema do plano municipal para o plano federal ou estadual (Rp 753).

Ou seja, a previsão constitucional de escolha dos governadores e das capitais é trazido como argumento para que a escolha dos integrantes do Tribunal de Contas Municipal não tenha influência destes atores. A votação neste tema foi pela constitucionalidade do artigo.

Houve também divergência a partir do art. 147 da Constituição de São Paulo, o qual estabeleceu a vigência (com status de lei ordinária) de normas constituição anterior (1947) compatíveis com a nova. O argumento do governador foi que tal disposição ultrapassaria o poder de adaptação, com ocasionaria a privação de seu poder de sancionar ou vetar estas leis. Este debate trouxe solução atípica, (a desconstitucionalização). Novamente, o resultado foi pela inconstitucionalidade, contra os votos dos ministros Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva. O argumento de Leal foi a famosa máxima jurídica de que “quem pode mais pode o menos”. Ou seja, se a assembleia legislativa podia reformar a constituição (Leal defendeu que foi dado poder amplo de reforma das constituições estaduais) e repetir as normas da

constituição anterior, então pode fazer com que se mantenham com hierarquia de lei ordinária, inferior à constitucional.

A representação foi julgada parcialmente procedente. Neste caso apresentaram-se alguns fatores relevantes naquele momento: o primeiro, e já tratado, é a dificuldade de coordenar o impulso legislativo do regime. A Constituição em 1967, ainda que concebida como forma de resolução do problema de excesso de alterações da Constituição de 1946, trouxe o tema da recepção ou não dos atos anteriores e também o alcance das alterações em âmbito estadual. A aplicação ou não de Atos Institucionais nos estados foi objeto de decisão no STF, o que nos sugere que a organização federativa era um ponto de tensionamento na ordem constitucional autoritária (como veremos no capítulo 5). Ainda, a análise dos votos de Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva demonstra a complexidade de compreender o STF enquanto uma corte una. Ambos os votos, vencidos, trazem argumentos jurídicos sofisticados.

Um tema que foi discutido várias vezes no STF foi a manutenção de punições autorizadas por atos institucionais após a Constituição de 1967. Um desses casos foi o RE 68.464, julgado em 08/02/1973, cujo relator foi o Min. Antonio Neder. Através do recurso o estado do Amazonas insurgiu-se contra decisão do respectivo TJ que proveu ação de promotor de justiça aposentado em decorrência do AI (1) por ter pedido a absolvição de dois acusados. O juiz de primeiro grau e o TJ/AM consideraram que não havia mais a restrição para a análise do mérito do ato administrativo, pois o país vivia normalidade institucional com a nova constituição¹⁵². Consideraram, ainda, que o direito de defesa havia sido cerceado. Entretanto, o recurso foi provido pelo Min. Neder, o qual cita extensa jurisprudência¹⁵³ sobre a permanência dos Atos Institucionais em relação com a Constituição de 1967. O

¹⁵² Este trecho é bastante ilustrativo da argumentação no TJ-AM: “Não se argua que os atos dos governos dos Estados escapam à apreciação do Poder Judiciário, pois que tal já não ocorre. Não padece dúvida de que, no período anterior o controle jurisdicional desses atos limitava-se ao exame das formalidades extrínsecas. Entretanto, voltando o país à sua normalidade política, a nova Constituição do Brasil, ficados nos atos institucionais, e modificou outros, entre os quais a permissibilidade da apreciação dos atos dos governadores, sem mencionar qualquer restrição, donde se conclui que os atos ali referidos podem ser revistos pelo Poder Judiciário desde a sua ‘aparência ao âmago’, no dizer do desembargados Souza Neto”.

¹⁵³ REs 67.478 (julgamento em 07/10/1969, Rel. Min Djaci Falcão), 67.479 (julgamento em 10/12/1969, Rel. Min. Adalício Nogueira), 67.356 (julgamento em 10/12/1969, Rel. Min. Adalício Nogueira), 69.400 (julgamento em 14/09/1971, Rel. Min. Amaral Santos) e 69.444 (julgamento em 10/03/1972, Rel. Min. Barros Monteiro). Ainda, é bastante citada na decisão do RE 67.357 (julgamento em 11/06/1969, Rel. Min. Djaci Falcão).

argumento principal é que não houve derrogação dos dispositivos, o que somente poderia ocorrer por disposição expressa do legislador revolucionário¹⁵⁴. Cita o autor alemão Karl English para estabelecer que é possível dupla interpretação pós revolução: uma para o direito normal e a outra para a legislação revolucionária¹⁵⁵.

Em artigo publicado na RDP 5, Josaphat Marinho defende que a Constituição de 1967 promoveu a cessação dos efeitos dos atos institucionais e complementares. A tese de Marinho é a de que há distinção entre manter os efeitos desses atos (conforme art. 173 da Constituição) e manter os próprios atos. Estes só teriam vigência em situação excepcional, que cessa com a feitura da nova constituição por impulso do governo. A consequência da insubsistência dos atos é a impossibilidade de criação de um “estatuto dos cassados” com base no AI-2. Marinho trata da dubiedade entre a legislação excepcional e a constituição nos seguintes termos:

Se fosse para permitir o concubinato da legitimidade constitucional com o arbítrio discricionário, o Governo manteria o regime de 1946, que já havia sido violentado, em vários de seus princípios, pelas chamadas diretrizes revolucionárias.

Mas no instante em que a própria revolução pediu um documento integral para harmonizar e unificar os princípios revolucionários, é porque pretendia restaurar o regime de normalidade, de legalidade constitucional, ainda que dentro das linhas de orientação do novo poder (MARINHO, s/d, p. 181).

Marinho explicita a discordância com o processo de feitura da constituição, considerando que foi feita pelo legislativo e não pelo constituinte, e que mesmo que se queira reforma-la, enquanto estiver vigente, deve ser aplicada, portanto devendo-se negar vigência aos atos.

¹⁵⁴ “O sistema político-revolucionário aprovado pelo art. 173 da CF de 1967, texto anterior ao da Emenda n. 1, e pelos arts. 181 e 182 dessa Emenda, não foi derogado, como sustenta o acórdão agora discutido, porque a derrogação importaria no alterar o sistema que o constituinte revolucionário insistiu em manter.

O caso versado nesse recurso é regulado por direito excepcional e não por direito comum; assim, a interpretação das normas que o regulam deve ser feita em termos que se harmonizem com a inspiração revolucionária que as redigiu”.

¹⁵⁵ Citação original: “Karl English, autorizado professor alemão (*Introdução ao Pensamento jurídico*. trad. de J. Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1965. p. 149): ‘É mesmo possível que, após uma revolução, o método da interpretação seja duplo: um relativamente ao Direito anterior e outro *em face* do Direito novo. O Direito antigo será, por vezes, adaptado ao novo estado de coisas, criado pela revolução, através duma metódica objetivista, o Direito novo, pelo contrário, será interpretado ponto por ponto segundo a vontade do legislador revolucionário que conquistou o poder” (RE 68.464, p. 3).

Os casos acima não exaurem a relação complexa entre a constituição e os Atos Institucionais, mas, ainda assim, permitem que vislumbremos o paradoxo de um regime legalista: cada vez que se utiliza a “lei” para legitimar as decisões tomadas abre-se margem à contestação e a interpretações desfavoráveis. Nos Recursos Extraordinários analisados o resultado final, em geral, era favorável à não possibilidade de análise do mérito dos Atos Institucionais (em concordância, portanto, com a tese oficial). Não obstante, alguns dos votos não somente foram contrários a essa tese como criaram interpretações sofisticadas sobre o direito intertemporal.

Neste percurso de construção dos sentidos de constituição, voltemos à concepção de Laurence H. Tribe de direito constitucional como narrativa. Para Tribe (2012), é fundamental entendermos a constituição como um verbo e não como um substantivo, o que implica considerá-la como o começo da narrativa constitucional, mas não o seu sinônimo. Se a constituição é um diálogo entre gerações e comporta visões divergentes do que ela seja (embora nem todas sejam aceitáveis), os votos divergentes devem ser pensados como contra narrativas, que, ao mesmo tempo em que questionam a narrativa “oficial”, a integram. A relação entre a constituição (1946 e 1967) e os atos institucionais é uma mostra das complexidades desta narrativa. Por um lado, amparam-se na legalidade estrita na qual o regime tenta usar o direito para seus propósitos de minar a oposição. Por outro criam complexidades na aplicação e abre margem para a construção de contra-narrativas.

A interpretação e aplicação da legislação excepcional e sua relação com a ordem normal mantém-se como um ponto de disputas na década de 1970, com o agravante da EC 1/69 que, na prática, criou uma nova constituição. Neste panorama a hierarquia normativa seria:

- a) Constituição ou Ato Institucional - as leis supremas;
- b) Emenda Constitucional ou Ato Adicional - as leis superiores;
- c) Ato Complementar ou Lei Complementar - as leis integrativas;
- d) A Lei Ordinária em geral (orgânica ou codificadora), a Lei Delegada, o Decreto-lei e o Decreto-Legislativo - as leis executórias propriamente ditas;
- e) A Resolução (do Congresso Nacional ou de suas Casas, e dos Tribunais judiciários ou Administrativos, ou de outros Colegiados), inclusive os respectivos Regimentos Internos - normas de execução;
- f) O Decreto-regulamentar - norma típica de execução;

- g) As Instruções (da Presidência da República ou dos Ministérios e de outros Órgãos da Administração direta ou indireta) - normas atípicas primárias de execução;
- h) As Circulares (oriundas dos órgãos mencionados na alínea g) - normas atípicas secundárias de execução (JACQUES, 1969, p. 4).

Em 1977 foram publicados três artigos importantes para tratar desta relação: *O Problema da Vigência dos Atos Complementares Posteriores à Edição do AI-5*, de Carlos Ayres Britto; *Da Vigência dos Atos Complementares n. 27/1966 e n. 34/1967* de Ada Pellegrini Grinover e Fernanda Dias Menezes de Almeida e *Os Atos Institucionais em Face do Direito Administrativo*, de Jessé Torres Pereira Junior.

Acerca da aplicação da conceituação e aplicação do Ato Institucional, Jessé Torres Pereira Junior considera que os atos institucionais seriam espécies de atos administrativos, mas a ausência de previsão constitucional faria com que se obtivesse resultado contrário ao que se almeja, especialmente porque os atos executados a partir do Ato Institucional poderiam ser revistos (em seu aspecto de legalidade) pelo judiciário. Daí que o autor sugira inscrever esses atos na constituição e somente utiliza-los quando não houver alternativa no processo administrativo regular (PEREIRA JUNIOR, 1977).

Já Ayres Britto apresentava uma perspectiva distinta: a da existência de duas ordens normativas: a calcada na Constituição de 1967, e a pautada em atos institucionais (notadamente o AI-5). A situação torna-se quase uma ilusão de ótica ao relacionar a Constituição de 1967, o AI-5 e a emenda 01/69. Isto porque o AI-5 (1968) expressamente mantém a vigência da constituição, o que segundo Britto significa que o AI-5 “manifestou sua preeminência formal” (BRITTO, 1977, p. 5). Desta forma, o AI-5 seria o diploma mantenedor e a constituição o diploma mantido. Nas palavras do autor “ (...) a Lei Maior de 1967 permaneceu como lei, mas deixou de ser maior” (BRITTO, 1977, p. 6).

A situação inverte-se com a Emenda Constitucional 1/69 a qual mantém (art. 182) o AI-5. Para Britto isso significaria que o Ato Institucional foi rebaixado, entretanto este processo ter-se-ia ocorrido somente “em termos nominalistas, de pura validade técnico-formal. Concretamente, no terreno da aplicação casuística da norma, o Ato 5 (e seus congêneres, naturalmente) logrou conservar-se em um plano de nítida superioridade” (BRITTO, 1977, p. 7). Temos aqui um verdadeiro labirinto técnico-discursivo que seria um desafio mesmo à Ariadne.

Ada Pellegrini Grinover e Fernanda Dias Menezes de Almeida tratam dos Atos Complementares e sua relação com o ordenamento jurídico. O Ato Complementar previsto inicialmente no art. 30 do AI-2¹⁵⁶, foi previsto também no AI-5 nos arts. 2º, § 1º e 11¹⁵⁷, e apresentou a questão sobre a hierarquia desse tipo normativo no ordenamento. Para Grinover e Almeida (1977), bem como para Britto (1980), a hierarquia dos Atos Complementares varia de acordo com sua função. Se complementarem a matéria regulada em ato institucional serão materialmente revolucionários, entretanto, se forem decretados em função de recesso do congresso solicitado pelo presidente da república, serão formalmente, mas não materialmente revolucionários.

A consequência desta distinção é que, para os autores, os atos complementares editados na segunda situação (recesso do congresso) seriam regulados pelas normas do processo legislativo estabelecido na constituição e teriam natureza variável conforme o assunto tratado. Nesta situação poderiam ter hierarquia de emenda constitucional, lei complementar ou lei ordinária. Seria possível a revogação por normas de igual hierarquia pelo congresso (na medida em que volte a funcionar, evidentemente).

Os atos formalmente revolucionários não estariam abrangidos na prescrição do art. 182 da Constituição então vigente (EC 1/69): “Art. 182. Continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados”. E desta situação há impactos quanto a permanência (ou não) da vigência desses instrumentos normativos.

O labirinto legal apresentava dificuldades práticas na aplicação do direito. No parecer 1902/78 a questão sobre a vigência dos Atos Institucionais novamente

¹⁵⁶“Art. 30 - O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional.”

¹⁵⁷“Art. 2º - Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”

aparece¹⁵⁸ e a posição dos procuradores foi exemplificativa da diversidade de interpretações.

Houve a manifestação de quatro procuradores: destes, dois entenderam que os Atos Institucionais foram integralmente revogados e dois que era necessário verificar a compatibilidade com a constituição¹⁵⁹. No caso de compatibilidade ocorreria a desconstitucionalização das normas¹⁶⁰, ou seja, permanecem vigentes, mas com status de lei infraconstitucional.

A posição acerca da revogação integral pautou-se na defesa de que, a despeito da literalidade do disposto no art. 3º da EC 11¹⁶¹, todos os Atos Institucionais tinham sido automaticamente revogados. Isto porque:

(...) a própria idéia de Ato Institucional é incompatível com a noção de Constituição, entendida sempre como um "corpo de regras escritas, superiores ao poder estabelecido, exatamente porque seriam elas que o instituiriam" (cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves — Curso de Direito Constitucional, 4a. ed. São Paulo, Saraiva, 1973, p. 11) (...)

4.6 — No caso dos Atos Institucionais, dá-se uma incompatibilidade que é, a um só tempo, horizontal e vertical. Os Atos Institucionais, a juízo do Executivo e na forma neles prevista, impediam a vigência de determinados preceitos constitucionais, situando-se, portanto, com supedâneo no Poder Revolucionário, num plano superior.

4.6.1 — Ao entrar em vigor o artigo 3º, da Emenda n. 11, voltam a ter eficácia entre nós os princípios elementares que compõem o regime constitucional. Encerra-se o ciclo de vigência de normas cujo fundamento de validade é a coercibilidade e reinaugura-se a ordem constitucional. Todos os dispositivos que contenham matéria constitucional e que sejam conflitantes com a Constituição perdem então qualquer possibilidade de vigência, sendo imediatamente revogados por inconstitucionalidade (PROCURADORIA ..., 1978, p. 306).

O instrumento jurídico base do regime militar desde suas primeiras horas, passa a representar incerteza jurídica.

¹⁵⁸ A consulta questionou a vigência do AI-8 (trata da possibilidade dos entes federados realizarem a reforma administrativa via decreto), em face do disposto no art. 3º da EC 11/1978.

¹⁵⁹ Euripedes Carvalho Pimenta, José Afonso da Silva (pela revogação integral), Milton Nogueira Brando, João Adelino de Almeida Prado Neto (pela revogação parcial).

¹⁶⁰ José Afonso da Silva (PROCURADORIA ..., 1979, p. 317) opõe-se à tese da desconstitucionalização com o seguinte argumento: "Nós admitimos a doutrina da desconstitucionalização. Mas esta só ocorrerá nos casos de substituição de uma Constituição por outra, não no caso de emenda constitucional, nem no caso de instrumentos excepcionais [sic] de poder criados a margem do sistema constitucional normal, pois seu miter excepcional demonstra que não se compadece com a ordem constitucional comum, normal, para que pudessem permanecer."

¹⁶¹ "São revogados os Atos Institucionais e Complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial".

Diante dos evidentes problemas de coordenação de um sistema jurídico complexo como o existente nas décadas de 60 e 70 uma alternativa foi assumir a lógica das Forças Armadas no direito. Segundo Paulino Jacques (1969, p. 4) diante dos vários tipos normativos “(...) devem obedecer, obviamente, a uma hierarquia tão rigorosa quanto a reinante nas Fôrças Armadas, a qual lhes assegura o poderio e a respeitabilidade”.

O processo de mudanças (e complexificação) do direito passou também pela alteração do judiciário, notadamente o STF. No próximo capítulo será abordada a apropriação do discurso de crise para efetuar reformas no judiciário.

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA CRISE À CRISE

A competência e funcionamento do STF foram bastante afetados no período autoritário, seguindo o padrão indicado por Neal Tate¹⁶², o qual conjuga diminuição da independência dos juízes e limitação da competência para julgar questões politicamente controvertidas, além de, em casos extremos, a modificação da competência da Corte. Como vimos, o processo de modificação da legislação e da constituição foram acelerados no período ditatorial, o que foi acompanhado de alterações no judiciário, especialmente, no STF. Amarrando as duas pontas (a produção e a aplicação do direito) ter-se-ia a controle da legalidade e da possibilidade de permanecer no poder com baixos custos.

Entretanto, algumas das alterações no STF feitas neste período estavam no contexto de debates mais amplos que começaram ainda no início do século XX, debates estes que foram ressignificados durante o regime militar. Desde de sua criação, a atuação do STF tem sido questionada tanto em momentos politicamente importantes¹⁶³, quanto em períodos de normalidade, especialmente pela quantidade de ações/recursos que passaram a ser de sua competência.

O STF foi forjado na república para servir como mediador de grandes conflitos políticos (QUEIROZ, 2015, p. 327), de maneira que, ao mesmo tempo em que é chamado a lidar com estes conflitos, constrói-se enquanto instituição jurídica e politicamente relevante. O percurso nada ameno combinava sinais de força e fragilidade, especialmente em sua relação com o Executivo. Para Oscar Vilhena Vieira (2008), o STF foi subsidiariamente um árbitro das disputas políticas¹⁶⁴, como uma espécie de Poder Moderador.

¹⁶² Para Tate (2010) os regimes autoritários que mantêm o judiciário em funcionamento tem como padrão a redução das competências (de maneira a tirar as questões politicamente relevantes), influenciam na escolha dos juízes, eventualmente sancionam os intérpretes que decidem de maneira distinta da “oficial” e, somente em casos extremos, elimina-se o judiciário.

¹⁶³ Um exemplo foi a utilização reiterada e abusiva do instrumento do estado de sítio sob a vigência da Constituição de 1891. Sobre o tema é conhecido o papel de Rui Barbosa de impetrar *habeas corpus* no STF para que fosse libertadas pessoas presas pelo término da vigência da medida. Ainda que inicialmente não tenha sido bem-sucedido, Barbosa foi fundamental para que o STF impusesse limites jurídicos ao uso da medida.

¹⁶⁴ Esta tese merece maior atenção. Vieira, citando Leda Boechat Rodrigues, lembra que D. Pedro II, no final de seu reinado, havia sugerido que o Poder Moderador fosse substituído por uma Corte. Além disso, Rui Barbosa também seria favorável a essa tese. Entretanto, faz referência a Alfred Stepan para considerar que a principal moderação na esfera política é desempenhada pelo Exército. Para

É nesse sentido de dualidades e conflitos que podemos remeter à afirmação de Emília Viotti da Costa de que o Supremo Tribunal Federal “funciona como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional”, sendo, ao mesmo tempo, agente e paciente da história (COSTA, 2007, p. 23).

Nesta história acidentada e dentre tantos possíveis fios condutores, optou-se por iniciar a narrativa do STF através do eixo “crise”. Isto porque, apesar de ter fundamentado as sucessivas mudanças no tribunal no período autoritário, a crise é apontada desde o começo do século XX, conferindo, portanto, oportunidade de verificar os argumentos sobre intervenções na corte.

O diagnóstico da crise, e da necessidade de reformas, foi apresentado em contextos políticos distintos, a dizer, alinhado à diferentes projetos políticos. Assim deve ser lido o lamento de Seabra Fagundes em 1967 da perda de oportunidade para que fossem feitas reformas mais profundas acolhendo sugestão do “Congresso para Reformas de Base” de 1962 (FAGUNDES, 1967, p. 11).

Mesmo com a menor projeção política do tribunal (se comparado ao pós-1988), este não assistiu impassível as propostas de alteração em sua estrutura, mas buscou influenciar e ser o protagonista do debate tanto através da opinião pública, quanto através de manifestações institucionais.

4.1 TRIBUNAL EM “CRISE”

A menção à “crise do Supremo Tribunal Federal”, como se convencionou chamar, ocorre ainda no começo do século XX, mais especificamente em 1912 quando o *Jornal do Commercio* promoveu debates públicos de reforma da Justiça Federal. O que estava em jogo nesse momento era o excesso de demandas que chegava ao STF (NOLETO, 2009, p. 64). Em 1913, houve manifestação do então Min. Guimarães Natal sobre a “eternização das causas do STF”.

Em 1922, em artigo do então Min. Epitácio Pessoa são trazidas considerações sobre a importância do recurso extraordinário em um regime federativo. O recurso é apresentado a partir de um conflito entre os princípios de independência da justiça local, com o da unidade do direito. O STF é entendido

Vieira (2008, p. 445), somente a partir da Constituição de 1988 que o STF assumirá papel central em nosso arranjo político.

como responsável por manter a organização federativa¹⁶⁵ do direito e o recurso extraordinário teria por função adequar o direito da União¹⁶⁶.

Em 03/02/1931, Getúlio Vargas expediu o Decreto 19.656, o qual promoveu modificações no tribunal. O primeiro artigo já estabelece a redução do número de ministros para onze (anteriormente eram quinze¹⁶⁷). Também foram criadas as turmas, com a justificativa de lidar com a demanda crescente.

Continuando no processo de alteração do STF, o Decreto 19.711, de 18/02 do mesmo ano, aposentou os Ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca. A justificativa deste decreto é, além da diminuição do número de ministros, “imperiosas razões de ordem pública [que] reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante”¹⁶⁸.

Segundo Emília Viotti da Costa (2006, p. 71), “o ato de aposentadoria dos ministros do Supremo Tribunal foi interpretado por alguns como vingança, em virtude de terem eles votado contra os revolucionários de 1922, 23 e 24”. Entretanto, como a própria autora reconhece, esta é uma hipótese difícil de ser comprovada. O fato é que, com a possível exceção de Pedro Affonso Mibieli, os demais faziam parte de um bloco ultraconservador no Supremo Tribunal Federal (COSTA, 2006, p. 71).

Sobre a aposentadoria compulsória manifestou-se o Min. Hermenegildo de Barros em termos duros na sessão do dia 25/02/1931:

Se é verdade que a Constituição está revogada por completo e não virtualmente apenas naqueles dispositivos que são incompatíveis com a situação de fato criada desde 24 de outubro do ano passado, não se explica então o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, porque foi a Constituição que o criou e, em virtude da Constituição, é que nos reunimos

¹⁶⁵ O Decreto 848/1891 trata o Supremo Tribunal Federal como órgão da justiça federal.

¹⁶⁶ Na redação original da constituição de 1891 cabe recurso extraordinário: “art. 59, § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá. recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.”

¹⁶⁷ Art. 56, Constituição 1891.

¹⁶⁸ Esta justificativa parece ter sido feita como forma de adequar-se ao disposto no art. 75 da constituição de 1891 que estabelece que “A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”.

para o julgamento das questões que ela reservou à nossa competência. Se é verdade que a Constituição desapareceu em absoluto, e com ela o Supremo Tribunal Federal, será forçoso concluir que formamos aqui um ajuntamento ilícito, que deveria ter sido dispensado". (...) Não se trata de aposentadoria a pedido, ou mesmo de aposentadoria forçada, em virtude de idade avançada, prevista em Lei, mas de exclusão acintosa de Ministros, que foram varridos do Tribunal, sob a consideração de que 'imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento desses Ministros, que se incompatibilizaram com 'as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada ou outros de natureza relevante'. É a morte do Poder Judiciário no Brasil (...) (CORREA, 1990, p. 15-6).

A manifestação do Ministro teve repercussão na imprensa. O *Jornal Correio da Manhã* publicou na edição do dia seguinte (26/02) a matéria *Primeira Reunião do Supremo Tribunal Federal após Reforma. Foram eleitos o presidente e vice-presidente, lavrando veemente protesto o ministro Hermenegildo de Barros*. Na mesma edição mencionou-se a criação de Comissão para promover alterações no regimento interno do tribunal, de modo a adequá-lo ao Decreto.

Já no Estado Novo, o Decreto-Lei 6, de 16/11/1937, modificou o judiciário. Extinguiu a Justiça Federal, e dentre outros itens, determinou (art. 5º) que o STF funcionaria em três turmas de cinco ministros, cabendo ao tribunal determinar quais ministros ocupariam cada turma. O art. 16 estabeleceu que o mandado de segurança permaneceria em vigor, “exceto a partir de 10/11/1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores”.

Paralelo ao processo de intervenção no STF, houve a estratégia de retirada de competência em questões relacionadas à repressão política. Em 1936, foi criado o Tribunal de Segurança Nacional (TSN) como órgão da Justiça Militar que funcionaria quando decretado estado de guerra, com a competência para julgar civis e militares em crimes contra instituições militares e crimes contra a segurança externa da república (art. 3º - Lei 244/1936). Entre setembro de 1936 e dezembro de 1937, 1.420 pessoas foram julgadas pelo TSN (CPDOC, s/d). Em 1937, o Tribunal deixou de subordinar-se à Justiça Militar e tornou-se órgão permanente. Foi extinto em 1945 (CPDOC, s/d).

Ainda no relato da crise, em 1943 o Min. Philadelpho e Azevedo compara os dados do STF entre 1926 e 1942 para pedir reforma para enfrentar o “congestionamento” das causas (NOLETO, 2009, p. 60). No mesmo ano foi

publicado o artigo *A Crise do Supremo Tribunal e dos Tribunais de Apelação*, de Noé Azevedo, em que há relativização da crise do Supremo, comparando o número de causas decididas naquele Tribunal com o número de casos decididos no Tribunal de Apelação de São Paulo¹⁶⁹. Um dos motivos da quantidade de demandas no STF seria a não restrição de competências constitucionais. Mas o aumento de casos submetidos aos tribunais seria decorrência das modificações ocorridas no Estado:

Com o crescimento assombroso das funções do Estado moderno, que deixou de ser o 'Estado de Direito', adstrito a manter a segurança interna e a defesa no exterior, para se tornar o Estado-Providência e Providência, intervindo em todos os setores da atividade econômica e social, as causas dessa natureza vão aumentando assustadoramente. São inumeráveis os contratos administrativos, quer para a execução de obras, quer para a realização de serviços públicos (AZEVEDO, 1943, p. 821).

Ao analisar os tribunais dos estados (notadamente o de São Paulo), o autor reduz a percepção da crise no Supremo e a situa especialmente nos Tribunais de Alçada, em âmbito estadual.

Em 1944, foi publicado *A Alteração da Competência do Supremo Tribunal Federal*, de José Saboia Viriato de Medeiros, Procurador Geral da Fazenda Nacional. Para ele, a crise seria antiga e decorrente de preocupações com minúcias que nada (ou muito pouco) contribuiriam para os votos. Viriato de Medeiros invocou metáfora hídrica para ressaltar a assimetria entre os casos recebidos e a capacidade de julgamento:

Devo advertir que o mal não é de hoje. Se é permitido aplicar ao caso uma imagem de mecânica hidráulica, o que fui notando na minha já longa experiência de advogado, é que, no Supremo Tribunal Federal, a seção de vazão foi sempre desproporcionada à capacidade do recipiente; que as causas que lhe era dado julgar eram em número sempre muito inferior às que para êle se encaminhavam e mesmo, o que é muito de notar, as que os eminentes magistrados, que o constituíam, conseguiam examinar, estudar e dar prontas para julgamento, que tardava, se retardava, e iam ficando pelo caminho. Destas o número é avultado nos arquivos do Supremo Tribunal Federal (VIRIATO DE MEDEIROS, 1944, p. 2).

¹⁶⁹“E basta ler-se o relatório dos trabalhos do Tribunal de Apelação de São Paulo durante o ano de 1942, publicado no “Diário da Justiça” do Estado de 16 de maio deste ano, para desde logo se ver que os juizes desse Tribunal já se acham mais sobrecarregados de serviço do que os do Supremo. (...) Foram nesse ano proferidos, pelos onze juizes da Suprema Çorte, 2.266 julgamentos, ao passo que o Tribunal de São Paulo julgou 6.618 feitos” (AZEVEDO, 1943, p. 817-818).

Uma das causas apontadas foi, mais uma vez, o recurso extraordinário e a interpretação que deve ser dada ao preceito constitucional de seu cabimento.

Em 1945, Candido de Oliveira Filho publicou a palestra *A Crise do Supremo Tribunal Federal* em que retoma o artigo de Viriato de Medeiros e cita outros autores que trataram do tema¹⁷⁰. A retomada de artigos anteriores sobre a crise é uma característica presente na maior parte dos trabalhos analisados. Oliveira Filho relaciona a crise com o aumento da população, modernização do país e criação de novos direitos e obrigações¹⁷¹. Desta forma, a causa principal não seriam as leis. Mas elas teriam uma parte no problema, especialmente pelo presidente ter seguido rota equivocada (a da esquerda) de mudança de leis processuais, ao invés de fazer uma reforma da Justiça.

Oliveira Filho analisou que o número de juízes não foi proporcional ao aumento da população, de maneira que deveria elevar-se o número de julgadores. No caso específico do STF sugere que seja aumentado para 16 ministros, podendo-se ampliar para 21. Para o autor, a redução do número de ministros em 1931 seria para “justificar a aposentadoria forçada de seis dêles, tornada efetiva 15 dias depois (decreto n. 19.711, de 18 de fevereiro de 1931)” (OLIVEIRA FILHO, 1945, p. 874). A proposta de Oliveira Filho é a de que os novos cinco ministros componham a terceira turma do tribunal (OLIVEIRA FILHO, 1945, p. 875). Como veremos adiante, esta questão será relevante após o AI-2 efetivamente dispor sobre o aumento do número de ministros.

Ainda no que diz respeito ao STF, Oliveira Filho sugeriu medidas administrativas para tornar o trabalho mais ágil (como contratação de secretários para cada ministro) e a restauração dos assentos¹⁷² como forma de garantir unidade

¹⁷⁰ São citados Levi Carneiro, Noé Azevedo, Sabóia de Medeiros; Castro Nunes; Eduardo Espinola, Philadelpho Azevedo, Seabra Fagundes, e Luiz Gallotti. Ainda, traz o trabalho da Comissão de Reorganização da Justiça Nacional, composta do Ministro Bento de Faria, de Carlos Maximiliano, José de Miranda Valverde, Antônio Pereira Braga, Octávio Kelly e o próprio Candido Oliveira, a qual apresentou à Getúlio Vargas, o Anteprojeto de reforma da Justiça Nacional, no qual figurava a Côrte Suprema com 11 membros (art. 5º § 1º).

¹⁷¹ Adotando um horizonte temporal um pouco maior, Emília Viotti da Costa (2006, p. 148) escreve: “Durante esses anos, a nação se transformara. O processo de industrialização avançara. As contradições da política brasileira acentuaram-se. A população brasileira crescera. Entre 1940 e 1960, passara de 41 milhões e 236 mil para 65 milhões e 530 mil habitantes. A concentração urbana aumentara. Em 1950, 36% dos brasileiros viviam nas cidades e 64% no campo; em 1960, os índices já indicavam 45% e 55%, respectivamente. (...)”

¹⁷² Previstos no Decreto 6.142, de 10/03/1876, os assentos eram atos do Superior Tribunal de Justiça para “a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem

na interpretação. O autor sugeriu também a criação de Tribunais de Reclamação, conforme cogitado pela Constituição de 1934.

A Constituição de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos como forma de diminuir os processos que chegavam ao STF. A competência do Tribunal Federal de Recursos era o julgamento em grau de apelação das causas em que a União participasse como autora, ré, assistente ou oponente (COSTA, 2006, p. 109). Assim, a questão do recurso extraordinário, que, como vimos, foi objeto de debates durante décadas, estaria resolvida. Com a criação do novo tribunal, o STF teria função mais compatível com a de Corte Constitucional.

(...) verificada a diversidade entre a nossa situação e a norte-americana, no que diz respeito à competência para legislar sobre direito substantivo, tendo em vista que as Constituições do pós-guerra, na Europa, notadamente na Áustria, se preocuparam com a supremacia da Constituição, e esta é a função precípua do Supremo Tribunal, observe-se que na sua competência atual não haverá desbaste que possa mutilar ou diminuir a sua função primacial (DUARTE, 1947, p. 325).

E ao decidir sobre a competência do tribunal a ser criado, o tema do recebimento dos recursos, e sua relevância foi invocado:

Há casos que, realmente, pela sua irrelevância, sobrecarregariam o Supremo Tribunal Federal; de modo que a lei regularia as hipóteses em que o supremo exercesse construtivamente seu papel constitucional (DUARTE, 1947, p. 327).

Entretanto, houve algumas divergências na constituinte acerca do tribunal. Algumas das propostas eram no sentido de que a sede do tribunal deveria em outros estados, para que não houvesse concentração no Distrito Federal. Uma das sugestões é que sejam criados dois tribunais¹⁷³, um em São Paulo e outro em Recife. Entretanto a proposta é rejeitada com o argumento de que a existência de

dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes do mesmo Tribunal, das Relações e dos Juizes de primeira instancia, nas causas de sua alçada” (art. 2º). Os assentos tinham força de lei em todo o Império (art. 1º). Apesar desta previsão, Oliveira Filho aponta que o tribunal não fez uso desse instrumento nos 14 anos subsequentes (a não repetição da previsão na Constituição Republicana fez com que a norma fosse considerada ab-rogada).

¹⁷³ “Um tribunal só não resolve a questão; nós, os que acompanhamos a marcha dos trabalhos do Supremo Tribunal, sabemos ser de grande monta os processos à espera de julgamento, e a ascensão, ano para ano, de feitos ao Supremo, é cada vez mais acentuado, o que está a exigir dois, ao invés de um tribunal” (DUARTE, 1947, p. 331).

dois tribunais colocaria em risco a função de uniformização da jurisprudência federal (DUARTE, 1947, p. 326-7).

Em 1954, o então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, M. Seabra Fagundes, escreveu o artigo *A Organização e o Funcionamento do Poder Judiciário*. Este trabalho é uma síntese das questões que permeiam a noção de crise do judiciário desde o surgimento na primeira constituição republicana. Ao comparar o STF com a Suprema Corte Americana, Seabra Fagundes trata do número de ministros:

A Côrte Suprema tem o número dos seus membros fixado pelo legislador ordinário; o número de ministros do Supremo Tribunal foi logo fixado na Constituição. Impediu-se, com isto, que, sob a influência de interesses ocasionais, os governos, ampliando o número de ministros, invertessem o ponto de vista da Côrte em questões relevantes, colocando em minoria os votos contrários à sua orientação. Nem nós contaríamos aqui com uma opinião pública, como a dos Estados Unidos, capaz de, lacunoso o texto constitucional, opor-se à criação de novos lugares no pretório supremo, como lá ocorreu sob um dos quadriênios do presidente Franklin Roosevelt (SEABRA FAGUNDES, 1954, p. 8).

O judiciário e especialmente o STF, é representado como um lócus de proteção de direitos, ainda que após um início de incertezas. A reforma constitucional de 1926 é apresentada como a tentativa de silenciar o tribunal através da retirada de competência para tratar de estado de sítio, intervenção federal, questões relacionadas à perda de mandato e a limitação do *habeas corpus* a situações que envolvam liberdade de locomoção¹⁷⁴.

A crise do STF foi traduzida por Seabra Fagundes (1954, p. 10) como: “o congestionamento do serviço a seu cargo, pelo desequilíbrio entre o número de feitos que entram anualmente no protocolo e os julgamentos realizados em igual período”. Para ele há duas opções para lidar com a crise: “a) restrições da sua competência como juízo extraordinário; ou, b) adoção de medidas processuais, que imponham seriedade a interposição de recurso extraordinário e simplifiquem o andamento dos interpostos, bem como dos agravos de decisões que os repilam”.

¹⁷⁴ “(...) o ano de 1926 foi escolhido em decorrência da Reforma Constitucional de 03 de setembro desse ano à Constituição Federal de 1891. A mudança constitucional em relação ao Texto Maior de 1891 foi voltada a reforçar a solução de conflito no Poder Executivo (administração) em detrimento do Poder Judiciário. Assim, por exemplo, o artigo 72, § 22 passa a ter uma redação para restringir a aplicação do instituto do *habeas corpus*. Quanto aos artigos 59 e 60 (...) no tocante ao § 5º, vedando ao exame do Judiciário questões como intervenção federal ou reconhecimento eleitoral” (VIEIRA, 2008, p. 355).

Dever-se-ia manter na jurisdição federal os recursos ordinários de *habeas corpus* e mandado de segurança pois esta tem “condições teóricas de isenção, e superioridade no julgar contra o Estado, impõem maior confiança nos jurisdicionados, a tarefa de dar a última palavra sobre direitos, cuja excelência levou a Constituição a ampará-los com duas vias processuais expeditas e sumaríssimas”. Deixa-se assim claro a noção de que a jurisdição federal é mais confiável do que a estadual, e, além disso, que o STF tem papel marcado nesse “equilíbrio federativo” através da proteção de direitos.

Em 1959, ocorreu o Congresso Nacional de Direito em Fortaleza, momento em que foram discutidas propostas para lidar com a crise. No temário constou a tese “Crise do Supremo Tribunal Federal. Suas causas, seus efeitos, e como dirimi-la”. O relator da tese, Alcino Salazar, considerou dois grupos de medidas a serem adotadas. O primeiro permitia alcançar mais rendimento nos julgamentos, e o segundo implicava a diminuição do número de feitos de competência do tribunal. A ampliação do número de ministros, bem como o aumento de turmas julgadoras e sua especialização compunham o primeiro grupo (SALAZAR, 1975, p. 201).

Alfredo Buzaid¹⁷⁵, em palestra proferida em 1960¹⁷⁶ e publicada com o título *A Crise do Supremo Tribunal Federal* considera que esta expressão tem o sentido de:

desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por êle proferidos; sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão, vão se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento, porque, de ano para ano, o remanescente aumenta a pirâmide de autos, chegando ao ponto de não mais poder ser removida.

Para entender o motivo desse desequilíbrio, Buzaid faz um apanhado dos desafios do tribunal e da necessidade de mudança de sua competência. Ele alerta que a competência do Supremo no que diz respeito ao recurso extraordinário faz

¹⁷⁵ Buzaid era processualista, pertencente e um dos fundadores da “Escola Processual Paulista”, tendo sido um dos discípulos de Libman. Em 1957, foi aprovado em concurso para a cátedra de Direito Judiciário Civil na Usp. Um dos autores do Anteprojeto de Código Civil (1964), diretor da Faculdade de Direito da Usp (1966) e reitor na mesma universidade. Em 1967, foi nomeado Coordenador da Revisão de Códigos. Entre 1969 e 1974 é Ministro de Justiça. Entre 1982 e 1984 foi Ministro do STF, tendo sido indicado pelo Presidente João Figueiredo. Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verministro.asp?periodo=stf&id=18>> . Acesso em 09 dez. 2015

¹⁷⁶ Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 6/04/1960.

com que seja recebida quantidade de demandas incompatível com a capacidade de um tribunal que conta com apenas 11 ministros.

A análise do autor é a de que os desafios enfrentados pelo STF ocorrem pela escolha de suas funções. Podendo organizá-lo como uma corte suprema de cassação (modelo francês), corte de revisão (modelo germânico) ou corte de uniformização do direito (modelo americano), o legislador acabou não assumindo nenhum desses modelos clássicos. A criação do recurso extraordinário, bem como as alterações quanto ao seu cabimento teriam sido o fator principal para a “crise”. Ainda, a diminuição do número de juízes de 15 para 11¹⁷⁷ fez com que a questão do acúmulo do trabalho fosse ainda mais premente. As estatísticas trazidas mostram um aumento de distribuições e de acúmulo de ações para julgamentos¹⁷⁸.

É a partir desse percurso que devemos analisar as mudanças efetuadas no STF durante a década de 1960 para compreendê-las menos como comportamento casuístico e mais como inseridas em uma trajetória histórica de questionamentos do tribunal e de sua capacidade de resolver as demandas que lhe são apresentadas. Crise que estava inserida no mesmo contexto tratado no capítulo 2 acerca dos debates sobre o sentido de lei.

A hipótese é que o regime militar, através de seus juristas, apropriou-se da narrativa da crise do STF (e do papel do próprio direito) para propor alterações que permitissem ampliar sua ingerência na própria definição de sentidos constitucionais. Narrativa esta que foi objeto de disputa, visto que os próprios ministros partiram dela em diferentes momentos para propor medidas que respeitassem a autonomia do tribunal.

Victor Nunes Leal foi um nome central no debate acerca da crise do STF, tanto através de sua atuação como ministro do STF, quanto através do diálogo com

¹⁷⁷ A comparação que Buzaid (1960, p. 361) faz é entre a população e o número de ministros: “Em 1782, o Supremo Tribunal de Justiça compunha-se de 17 juízes: a população do Brasil orçava em 10.112.061 habitantes. Em 1891, a população era de 24.333.915 habitantes: passou a ser de 15 o número de Ministros. Em 1913, esse número passou a ser de 11, número que foi mantido pelas Constituições de 1934 e de 1937. Neste ano, a população foi estimada em 43.246.931 habitantes. Em 1960, contando a nação quase setenta milhões de habitantes, mantém-se o mesmo número de ministros.”

¹⁷⁸ “A partir de 1934 começam a avolumar-se os recursos extraordinários: 150 em 1935; 230 em 1936; 242 em 1937; 210 em 1938; 286 em 1939; 804 em 1940; 1.047 em 1941; 1.113 em 1942; 1.124 em 1943” (BUZAID, 1960, p. 346). Ainda, “os recursos extraordinários distribuídos às turmas, alcançaram 3.840 em 1956 e 3.433 em 1957. No quinquênio 1953/1957, foram julgados no Supremo 13.081 recursos extraordinários, assim distribuídos: 1953, 2.574; 1954, 2.167; 1955, 2.508; 1956, 2.406 e 1957, 3.346” (BUZAID, 1960, p. 347).

a opinião pública¹⁷⁹. Leal, ao mesmo tempo que parte de diagnósticos comuns aos autores citados (excesso de demandas, necessidade de alteração da organização do tribunal), refuta a maior parte dos argumentos quanto às propostas de modificação do tribunal.

Enquanto ministro, Leal participou da Comissão de Jurisprudência do STF e foi o responsável pela criação da súmula (ALMEIDA, 2006, p. 31), bem como da modificação da Revista Trimestral de Jurisprudência (publicação do STF com as principais decisões), além de propor filtros para o recebimento de recursos pelo tribunal. Seus esforços foram no sentido de prover o tribunal com mecanismos para que a atividade de julgamento fosse otimizada, sendo descrito pelo Min. Aliomar Baleeiro como “a própria jurisprudência viva do Supremo Tribunal andando pelas ruas” (STF, MS 15.886, p. 340).

Como um dos principais instrumentos de organização do tribunal, a súmula foi criada por emenda regimental de 28/08/63 e publicada em março de 1964 (LEAL, 1965a, p. 36) Foi relator da emenda e de seus primeiros 370 enunciados (ALMEIDA, 2006, p. 32), os quais foram aprovados em sessão de 13/12/63 (LEAL, 1964, p. 458). Percebe-se, assim, um trabalho ao mesmo tempo de modernização do STF, como de defesa de sua autonomia contra ingerências externas.

Mas se o roteiro da crise já estava elaborado, o golpe militar trouxe novas questões ao tribunal.

4.2 SUPREMO TRIBUNAL NO GOLPE MILITAR

A tomada do poder pelos militares encontrou pouca reação no Supremo. Ao contrário, o Min. Ribeiro da Costa, então presidente do STF, manifestou concordância à deposição do Presidente João Goulart e investiu o deputado Ranieri Mazzilli no cargo de presidente da república após a declaração da vacância do cargo¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Estes diálogos ocorreram tanto através de palestras, como, por exemplo, as proferidas em Belo Horizonte em 12/08/1964 (sem indicação de lugar), na faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais em 21/08/1965 e na Federação do Comércio de São Paulo em 24/08/1965; quanto pela posterior publicação destas palestras em artigos em revistas jurídicas.

¹⁸⁰ “Fi-lo numa conjuntura extrema e decisiva onde se expunha o País às incertezas inconciliáveis com a ordem legal, a partir daquele momento, o cargo da Presidência da República não fosse, desde logo, ocupado pelo seu detentor constitucional. Estou certo de que a alternativa política exigia a

O tema foi objeto de manifestação no Relatório de Atividades do STF em 1964. O ministro relata que recebeu uma chamada telefônica na madrugada de dois de abril para comparecer à Câmara de Deputados, para ter conhecimento dos fatos político “sobrenaturais” que estavam acontecendo. Ao acolher o chamado mesmo sem ouvir os outros ministros pelo extraordinário dos fatos, foi à Câmara, onde percebeu a ebulição. Junto com parlamentares foi ao Palácio do Planalto, tendo entrado pela garagem. Logo após o relato sobre os fatos relacionados ao golpe, o Min. Ribeiro da Costa prossegue com menção da aprovação da lei 4.439/64¹⁸¹ que fixou os vencimentos de Magistrados, membros do Ministério Público e do Serviço Jurídico da União:

Restabelecida a ordem e mantida a função normal dos Três Poderes constitucionais, logramos obter por iniciativa do Exmo. Presidente da República, antes por mim designada a ilustre Comissão de três membros desta Corte, os Srs. Ministros Cândido Motta, Villas Boas e Gonçalves de Oliveira, a elaboração e a sanção da Lei nº 4.439 de 27 de outubro de 1964, que fixa os vencimentos dos Magistrados, membros do Ministério Público e do Serviço Jurídico da União (STF, Relatório ano 1964, p. 8).

Em meio à situação constitucional atípica o Relatório das Atividades Desempenhadas em 1964 enfatiza questões administrativas como concurso para vagas criadas, gasto com mobiliário e a decisão em dois processos administrativos (527 e 595) a incorporação da “diária de Brasília” no proventos dos inativos e o reconhecimento como vantagem incorporada aos vencimentos dos juízes abono de 40% (art. 6º lei 4.069/62) até 27/10/1964 (quando foi extinto pela lei 4.439).

Em 09/04/1964 foi decretado o Ato Institucional (1), o qual não tem disposições específicas acerca da organização do judiciário ou do STF. Entretanto, o art. 7º, § 4º estabeleceu a cláusula de cessação da apreciação pelo judiciário dos atos cometidos com base no ato institucional. Textualmente: “O controle jurisdicional desses atos limitar-se-à ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade”. O objetivo evidente desta disposição era criar um espaço de livre

realização imediata daquele ato que veio a propiciar a estabilidade constitucional, legítima e incontestável, oferecendo a oportunidade, num ambiente tranquilo, para a escolha do sucessor do Presidente João Goulart, que surpreendentemente abandonara o alto posto evadindo-se do território nacional” (STF, Relatório ano 1964, p.7).

¹⁸¹ A lei teve tramitação rápida, considerando que foi apresentada em 25/08 e aprovada em 27/10/1964.

disposição por parte do poder Executivo. Mas como apontam Cristiano Paixão e Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2008), e pudemos acompanhar no capítulo 3, as decisões do STF mostram que a interpretação sobre essa questão foi campo de disputa.

Este Ato Institucional também afetou o judiciário de forma indireta, na medida em que o art. 7º suspendeu por seis meses as garantias judiciais de vitaliciedade e estabilidade, o que permitiu que servidores públicos (incluindo magistrados) pudessem ser aposentados e demitidos por decreto presidencial. Os expurgos atingiram 49 juízes em 1964 (VALÉRIO, 2010, p. 69).

Em 14/04/64, o jornal *O Estado de São Paulo* publicou a nota *O Expurgo no âmbito do Judiciário*, na qual defendeu que a operação de “depuração geral” chegue também ao judiciário. O diagnóstico apresentado pelo jornal foi que o presidente João Goulart, enquanto manobrava com os “comunistas e filocomunistas”, indicou ao STF os Ministros Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, cuja “orientação política é notória”, além de haver infiltração nos tribunais do trabalho. E terminou a matéria com o comentário que, até aquele momento, somente um juiz do TFR e representantes classistas do TST haviam sido atingido pelo AI-1. O Jornal voltou ao ataque quatro dias depois. No editorial aprofundou as críticas aos dois ministros:

O caudilho [João Goulart] sabia perfeitamente o que fazia quando colocou o Sr. Hermes Lima entre os primeiros magistrados da Nação e, ao seu lado, com a mesma incumbência de traição, esse outro líder de baderna chamado Evandro Lins. Não se concebe, por isso mesmo, a permanência desses dois cidadãos no Supremo Tribunal Federal da República. Se a decisão daqueles a quem a Nação entregou as funções do alto comando revolucionário é a de deixarem estar onde estão estes dois perigosos inimigos das instituições democráticas, o melhor então é abrir as portas das prisões aos que dentro dela padecem as consequências de crimes incomparavelmente menores e às centenas de figuras de segunda ordem das forças subversivas (apud KAUFMAN, 2012, p. 69).

Esta campanha para suspensão dos direitos políticos dos ministros encontrou respostas contrárias no Congresso Nacional. Enquanto alguns parlamentares faziam manifestações solicitando intervenções no tribunal¹⁸², outros apoiaram a independência da corte¹⁸³.

¹⁸² Exemplo é o discurso do deputado Jorge Curi (UDN/PR) “(...) todos nós desejamos preservar a majestade e intangibilidade da Justiça e de sua mais Alta Corte. Mas porque a queremos soberana e livre é que concordamos ser necessário não se deter a revolução ante as portas do Supremo Tribunal

Neste contexto de críticas ao STF, Castelo Branco fez uma visita ao tribunal¹⁸⁴ em 17/04/1964, dois dias após sua posse como Presidente da República. Na visita conversou com o presidente do tribunal e com os Ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, justamente os mais visados para que fossem afastados do tribunal, como efetivamente o foram em 1969, em decorrência do AI-5. Lins e Silva interpreta esse gesto como uma mensagem “Não tenho nada contra os senhores”¹⁸⁵ (LINS E SILVA, 1997, p. 379). Aparentemente o Supremo estava, neste momento, resguardado contra intervenções do Executivo. Mas como veremos, as relações serão alteradas e os conflitos entre as linhas militares “moderada” e “dura” terão como efeito tangencial a alteração no tribunal.

Na literatura jurídica sobre o período é constante a menção aos *habeas corpus* deferidos pelo STF aos políticos perseguidos pelo regime. Nesta categoria podem ser citados os ex-governadores Seixas Dória (Sergipe), Plínio Coelho (Amazonas), Miguel Arraes (Pernambuco) e Mauro Borges (Goiás). A concessão dos *habeas corpus*, seja pelo motivo da incompetência da Justiça Militar para o julgamento, seja pelo excesso de prazo de prisão fez com que o STF fosse ainda mais visado pela “linha dura”, ainda que nas entrevistas apresentadas por Osvaldo

Federal. Dois de seus membros são acusados de participação ativa no processo político e ideológico com que o janguismo assolou e perturbou esta nação. Jangaram para serem ministros e depois de ministros continuaram a jangar” (apud VALE, 1975, p. 64). Ironicamente, o parlamentar foi cassado como decorrência do AI-5 em 16/01/1969, no mesmo dia em que foi publicado decreto de aposentadoria dos ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal.

¹⁸³ Discurso do deputado Henrique La Rocque (PSP/MA): “Senhor Presidente. O Supremo Tribunal Federal, sendo a cúpula do Poder Judiciário é também o relicário sagrado onde as virtudes dos seus componentes somadas às de seus antecessores, se exteriorizam ao lado do saber jurídico mais afirmativo e inconteste. (...) Dois dos seus membros, os nobres ministros Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, foram vítimas de injustos ataques oriundos de prestigioso órgão da imprensa paulista. Dirigiram-se aqueles magistrados ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, repelindo-os, e Sua Excelência, com aprovação de todos os demais colegas, irmanou-se com os ofendidos. A nossa solidariedade agora renovada poderia ser considerada dispensável. Não pensamos assim porque desejamos que a nossa posição de permanente reverência à Justiça seja fixada, no instante de medo em que vivemos, nos anais parlamentares”(apud VALE, 1975, p. 65).

¹⁸⁴ Ver os Anexos 1 e 2.

¹⁸⁵ Após o AI (1) houve as solicitações de cassação de direitos dos Min. Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, as quais foram negadas por Castelo Branco, conforme Viana Filho (1975, p. 96-97): “Sem essa predeterminação, possivelmente as punições teriam alcançado milhares e milhares. A 15 de junho não chegavam a quatro centenas. E, em cada processo, de próprio punho, o Presidente escrevera a sua decisão, por vezes extensa, quando assim julgava necessário. Parecia preocupar-se com a História, embora não temesse os que buscavam ganhar pioséritos, acusando-o de tolerante. Ao processo instaurado contra Afonso Arinos, por exemplo, lançara apenas esse despacho: ‘Sou absolutamente contrário. Não.’ Também pouparia San Tiago Dantas, embora o tivesse como ‘grande responsável pela institucionalização de Goulart.’ ‘Julgo, no entanto, imprópria a cassação’, concluíra. Do mesmo modo, os ministros Hermes Lima e Evandro Lins tiveram indeferidos os processos de cassação.”

Trigueiro do Vale (1975) seja clara a percepção dos ministros da corte do empenho de Castelo Branco em cumprir as decisões exaradas pelo tribunal.

No meio desse processo conturbado, o tribunal parece organizar-se para construir sua própria narrativa. Em 1965 foi criada a Comissão de Documentação para promover a organização dos documentos do tribunal, como forma de possibilitar o estudo da história da Corte. Na leitura de seus ministros, o tribunal seria pouco estudado, apesar de ser a instituição mais estável na história republicana.

Mantido, assim, em quase total desconhecimento, salvo em especiais circunstâncias históricas, esta situação do Supremo Tribunal não corresponde à sua verdadeira posição constitucional de intérprete mais autorizado dos princípios da República e da Federação e fiador dos direitos individuais, com cujo destino o seu se confunde. E nos incumbe, precipuamente, velar por sua autoridade e prestígio. Do interesse da opinião pública em se familiarizar com a vida da instituição que, dentre os poderes políticos, tem sido a mais estável nas vicissitudes da nossa história republicana, é sinal visível a aceitação que vem favorecendo a sua escassa bibliografia (...) (STF, Relatório das Atividades de 1965, p. 50).

Neste papel de construir a história do tribunal, o Min. Ribeiro da Costa reuniu-se com o presidente Castelo Branco e com o Min. da Justiça, Senador Milton Campos para debater as mudanças no STF. Em seguida criou comissão para apresentar as propostas da Corte. Neste sentido a narrativa da crise, como vimos bastante antiga, continua a ser costurada e enfrentada. Victor Nunes Leal assume um papel pronunciado de porta-voz das discordâncias do tribunal quanto à proposta de alteração do tribunal. No artigo *Atualidade do Supremo Tribunal Federal* (1964), Leal novamente trata da quantidade de demandas do STF e contrapõe-se firmemente à redução de competência do tribunal. Para ele:

Antes de se pensar em reduzir a nossa competência, devemos esgotar as possibilidades de organizar, adequadamente, o nosso trabalho. A exploração dessas possibilidades apenas começou, mas prossegue com tenacidade e método, como permanente preocupação tão meritória como a função de julgar (LEAL, 1964, p. 454).

Para Leal, a organização das atividades do tribunal passa pela estabilidade da jurisprudência e do conhecimento das ações, o que ocorre com a divulgação das

ementas dos acórdãos, edição de seleção de textos divididos por assuntos, criação da súmula, e estudos para atualização da Revista de Jurisprudência.

Para o autor, o que prejudicava o trabalho do tribunal eram os casos multiplicados, fazendo com que os juízes tornassem-se estivadores¹⁸⁶, obrigando a adoção de método de trabalho que permitisse ter resultados parecidos com a Suprema Corte Americana (que escolhe os casos que julga). Uma estratégia seria simplificar o exame de processos rotineiros, com a indicação dos precedentes em que houve a apreciação profunda da questão (LEAL, 1964, p. 456). Também apontou a possibilidade de pressupostos regimentais impeditivos de recursos protelatórios. Estas avaliações parecem seguir as propostas de Seabra Fagundes (1954).

A narrativa da crise também foi feita por ministros da Corte. Na última sessão de 1964, o Min. Ribeiro da Costa manifestou que:

(...) será inaceitável para a Revolução continuar impassível diante do espetáculo que se repete aos olhos de todos nós, brandindo-se o chavão de todos os momentos cruciais de inconformismo: a Justiça desacreditada, emperrada em sua engrenagem e só acessível aos mais abonados ou mais remitentes, além de cara e tarda, perdida nos labirintos cartoriais triturada na transferência interminável das instâncias, etc. (apud SALAZAR, 1975, p. 204)

Segundo Salazar, para diminuir o número de processos a serem julgados o STF adotou fórmula inédita de expurgo de processos antigos. Foi feita emenda ao regimento para que os processos antigos (em recurso extraordinário), cujas partes não se manifestassem no prazo de 90 dias a partir da convocação, seriam considerados prejudicados e não incluídos em pauta (SALAZAR, 1975, p. 205).

Diante de diagnóstico incontroverso, houve a tentativa do tribunal de ser protagonista da reforma do judiciário. Leal participou, juntamente com os Ministros Luís Gallotti e Cândido Mota, da Comissão Coordenadora que teve por função elaborar um anteprojeto de reforma. O anteprojeto foi entregue ao Min. da Justiça, Milton Campos, em 10/06/1965 e publicada na RDA (volume 81, jul/set 1965). O

¹⁸⁶ A metáfora do juiz como estivador é repetida no artigo de Leal, *Supremo Tribunal: A questão do número de juizes* publicada na RT em 1965. “Para justificar o aumento do número de juizes, tem-se argumentado com o crescimento progressivo do número de processos levados ao exame do Supremo Tribunal. Nesse raciocínio está expresso ou implícito que existe relação diretamente proporcional entre as duas quantidades: se há mais volumes a movimentar no cais, é preciso contratar mais estivadores” (LEAL, 1965, p. 8).

projeto partiu de quatro propostas: 1) Projeto do Conselho Federal da Ordem dos Advogados (1963) de que foi relator o Dr. Miguel Seabra Fagundes; 2) Projeto da Associação dos Advogados de São Paulo (1964); 3) Sugestões contidas em artigos do Prol. José Frederico Marques (1964); 4) Projeto sem assinatura (1964).

O projeto trouxe, em síntese, críticas ao aumento ao número de ministros, em grande medida com os mesmos argumentos que Leal estabeleceu em outros artigos. A Justiça Federal de primeiro grau precisaria ter sua competência definida, de maneira a não ficar demasiado ampla. Apesar de, em algumas propostas, ter sido sugerida a criação de um Tribunal Superior de Justiça como órgão de cúpula das justiças dos estados e federal, no projeto não se endossou tal inovação. Isto porque, primeiro, se considerou que não há simetria entre estes ramos do judiciário e segundo, porque “No regime federativo os Estados têm os seus tribunais como também a União mas a Federação propriamente só tem um tribunal que é o Supremo Tribunal Federal” (STF, 1965, p. 480). A noção do STF como tribunal da Federação ressalta que mais do que órgão de cúpula em um sentido hierárquico, os membros do tribunal viam-no como ente necessário para dirimir conflitos relacionados à federação. É nesse sentido também que deve ser lida a afirmação de que somente caberia ao STF a competência sobre recursos ao mandado de segurança que envolva direito federal (excluindo-se assim as relacionadas à direito estadual ou municipal)¹⁸⁷.

No que diz respeito especificamente ao recurso extraordinário, o maior encargo do tribunal, sugeriu-se a criação de órgão coletivo com três ministros para avaliar em primeira mão o recurso, admitindo-no somente em situação excepcional. Além dessa análise *prima facie*, foi recomendada a criação de critério de alta relevância, aferida inicialmente pelo Presidente do Tribunal de origem.

Ainda, foi proposta a criação de Conselho Superior da Magistratura¹⁸⁸ composto por cinco integrantes do judiciário.

¹⁸⁷ “A grande massa perturbadora do serviço do os recursos de mandado de segurança, especialmente porque em muitos dêles a discussão é sobre direito local. Matéria, em princípio, exorbitante do Supremo Tribunal e que só foi incluída em sua competência para maior garantia das partes. Esse problema pode ser facilmente resolvido, admitindo-se recurso de mandado de segurança, para o Supremo Tribunal, somente quando esteja envolvida questão de direito federal” (BRASIL, STF, 1965, p. 484).

¹⁸⁸ Com a competência de coordenação administrativa e financeira da Justiça Federal de primeira instância e elaborar seu regime disciplinar.

Além da participação na Comissão, vemos que Leal teve papel ativo como espécie de porta-voz do STF na esfera pública¹⁸⁹ sempre defendendo que quaisquer alterações ao STF deveriam ser feitas *interna corporis*.

Em setembro de 1965, Leal publicou *Supremo Tribunal: a questão do número de juízes*. Ele novamente contrapõe-se à proposta de aumento de juízes do STF, especialmente pela menção à natureza especial do STF¹⁹⁰, o que faria com que sua competência não pudesse ser dividida com outros tribunais e, portanto, seria a partir dessa natureza especial que se deveria apurar o número ideal de juízes, e não em uma calculabilidade descontextualizada. As suas propostas foram basicamente mudanças regimentais como a transferência para as turmas dos *habeas corpus* e mandado de segurança que versassem questões de direito já compreendidas em súmula e o maior uso pelo relator da faculdade regimental de indeferir os pedidos manifestamente inadmissíveis” (LEAL, 1965b, p. 12). A ênfase nas disposições regimentais serve para manter o próprio STF como principal ator no processo de mudanças, que parecia inevitável:

Ainda que fôsse conveniente criar uma nova Turma (o que se admite para argumentar), **êste assunto deveria ficar ao ponderado critério do Tribunal. Ele mesmo poderia fazer a experiência, por emenda regimental, sem aumento do número de Ministros, criando Turmas de três juízes.** Foi esta, aliás, a solução que propôs há alguns anos o Senador Milton Campos (14), com a **desvantagem de pretender fazê-lo através de lei, quando a matéria deveria ficar para o Regimento do Tribunal, para melhor correspondência com as necessidades do seu serviço.** O Regimento disporia também sôbre a maneira de suprir as faltas eventuais dos Ministros, para que as Turmas por tal motivo não deixassem de se reunir (LEAL, 1965b, p. 16, grifos meus).

¹⁸⁹ Entretanto, a posição de Leal como porta-voz do STF pode ser contestada através do aviso que teria recebido do Min. Ribeiro da Costa em conversa particular, em que ele alerta que a viagem à República Dominicana como observador da OAS poderia ser objeto de crítica e que os artigos publicados em 1965 sobre a reforma do judiciário estavam repercutindo negativamente. Leal escreve carta a Ribeiro da Costa em que afirma a importância dos ministros não terem privada a liberdade de manifestação, o que poderia impactar o judiciário como um todo (KAUFMANN, 2012, p. 78-80).

¹⁹⁰ “Com estas características, ele é o árbitro dos poderes do Estado, na delimitação das respectivas competências, como é o árbitro das competências da União, dos Estados e dos Municípios. É também o fiel das limitações impostas pela Constituição a todos os poderes, qualificado por esta prerrogativa como o mais alto guardião das liberdades e direitos individuais. Realmente, para o exercício de tais funções, teria de haver um Tribunal só, cujas decisões fôssem conclusivas, e haveria de ser colocado, como foi, no ápice da escala judiciária. Por isso mesmo lhe foi atribuído o encargo de ser também o intérprete último das leis federais, para que não sejam aplicadas diferentemente pelos outros tribunais, o que sacrificaria o princípio básico da unidade do direito da União” (LEAL, 1965b, p. 8-9) .

Também em setembro de 1965, Leal publica *Aspectos da Reforma Judiciária*. Este artigo é a compilação de duas palestras¹⁹¹ sobre a proposta de mudanças do STF. O combate ao aumento do número de ministros fundamentou-se no risco de que novos ministros mudassem a orientação jurisprudencial do Tribunal. A proposta de criar nova turma foi rechaçada por Leal, que apresentou dados de que há mais trabalho no Pleno do que nas Turmas. Ou seja, a criação de nova turma não resolveria o problema do excesso de demandas e ainda criaria outros (como a possibilidade de decisões contraditórias e a diminuição de tempo para julgar as questões no Plenário).

Após rebater a ampliação do número de ministros por argumentos jurídicos, Leal trata da possibilidade do aumento para mudar a orientação do tribunal:

Sendo, como é injustificável o aumento do número de Ministros por conveniência da Justiça, restaria a outra hipótese figurada no início desta palestra: acrescentar cinco ou seis votos num Tribunal de onze poderia mudar sua orientação nos casos em que houvesse votos divergentes em sua composição atual. Não creio, porém, que seja este o propósito do Governo, que tem dado expressivas demonstrações de apreço ao Judiciário, nem tampouco da maioria do Congresso, que nunca tocou no Supremo Tribunal sem prévia consulta formal ou informal aos seus juízes. Devo, porém, analisar o problema em alguns de seus aspectos, porque vozes menos autorizadas tem lamentado o que consideram divergências políticas entre o Tribunal e o Governo, quando na verdade se referem a fatos que traduzem apenas o exercício das atribuições próprias de cada Poder n do Estado, Poderes que são harmônicos mas independentes (LEAL, 1965a, p. 27).

O trecho acima parece um recado ao Governo, mensagem que continua com exemplos históricos nos Estados Unidos de nomeação de juízes que votaram contrariamente aos interesses governistas. O único exemplo nacional citado é quando, em 1898, se firmou a doutrina do estado de sítio e três dos juízes nomeados pelo então presidente formaram a maioria que concedeu *habeas corpus*, contrariando os interesses governistas.

E, na hipótese que o nomeado não frustrasse as expectativas de quem o nomeou, em um sentido de “comissionamento político” seria violação do princípio da independência do judiciário, equiparando-se ao estabelecimento de um tribunal *post factum*.

¹⁹¹ Uma palestra foi proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais em 21/08/1965 e a outra na Federação de Comércio de São Paulo em 24/08/1965.

As sugestões de Leal trazidas nos diversos artigos são relevantes por vários motivos¹⁹². O primeiro é que apresenta não como uma demanda individual mas como “fórmulas mais viáveis, defendidas por vários ministros” (LEAL, 1965b, p.12). Ou seja, diante de uma questão apontada há décadas (a crise do STF), Leal apresentou uma visão institucional no sentido de que o próprio STF refutou propostas externas que não levaram em consideração sua atividade. Ainda, Leal assumiu a questão da sobrecarga do STF para sugerir mudanças que aumentassem as prerrogativas institucionais, ao invés da diminuição, conforme sugerido na proposta “oficial”. A ênfase na resolução da questão internamente visou a fortalecer o papel do próprio STF em um cenário de ameaça às suas atribuições. O STF, através de Leal, assumiu papel de convencimento para que fosse responsável pelas mudanças de sua competência e organização.

Em 20/10/1965, o Min. Álvaro Ribeiro da Costa, presidente do Supremo, publicou na Folha de São Paulo *A Reforma do STF* (COSTA apud QUEIROZ, 2015, p. 323) no qual faz uma crítica firme à intervenção no STF. A “lua de mel” com o regime havia acabado, especialmente pela concessão de *habeas corpus* a presos políticos.

Situação que gerou grande descontentamento com os militares ocorreu com a concessão do *habeas corpus* em favor de Miguel Arraes com o argumento de que a Justiça Militar era incompetente para julgá-lo¹⁹³, visto que a competência circunscrevia-se à defesa da segurança externa do país, o que claramente não era o caso. Arraes foi mantido preso, com o argumento de que a prisão também se fundamentava em outro IPM. Ribeiro da Costa acusou os militares de insubordinação e enviou telegrama ao general Edson de Figueiredo, do I Exército: “acate pois aquela decisão, como lhe foi comunicada”. O Presidente Castelo Branco interveio no caso para que a decisão fosse cumprida e o conflito fosse apaziguado (QUEIROZ, 2015, p. 330).

É neste contexto que o artigo contundente de Ribeiro da Costa foi publicado. Ele enfatizou a importância de que as decisões que alterem o STF sejam internas à

¹⁹² Há, ainda, o interesse desencadeado pela análise diacrônica, pois as propostas elaboradas (ou apresentadas) por Leal são bastante semelhantes às incorporadas através da EC 45/2004, especialmente nos itens de repercussão geral (como critério de admissibilidade de recurso extraordinário) e a existência de Súmula Vinculante.

¹⁹³ Trata-se do HC 42.108, visto anteriormente no contexto dos conflitos existentes entre a Constituição de 1967 e atos institucionais.

Corte e nunca impostas por outro Poder, e anunciou que caso se desse encaminhamento às intervenções haveria “evidente risco de se estabelecer gravíssimo conflito entre os poderes” (RIBEIRO DA COSTA apud QUEIROZ, 2015, p. 332). Defendeu com isso que quaisquer medidas tomadas fossem *interna corporis* e que a criação das turmas no tribunal somente teria validade porque confirmada no regimento interno. Novamente vemos uma defesa da autonomia do Tribunal em sua organização, e a defesa de que a forma adequada seria através do regimento. A fala de Ribeiro da Costa foi forte em sua oposição à atuação dos militares:

Já é tempo de que os militares se compenrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da nação, como há pouco o fizeram, com estarrecedora quebra de sagrados deveres, os sargentos instigados pelos jangos e brizolas. A atividade civil pertence aos civis, a militar a estes, que sob o sagrado compromisso juraram fidelidade à disciplina, às leis e à Constituição (RIBEIRO DA COSTA apud QUEIROZ, 2015, p. 333).

A resposta veio igualmente contundente com o discurso do Min. da Guerra, Gen. Artur da Costa e Silva, em exercício militar em Itapeva-SP em 22/10/1965. Costa e Silva criticou não somente a fala de Ribeiro da Costa, mas também sua postura que seria acintosa com os militares, ao mesmo tempo em que apresentou os militares como aqueles que se sacrificavam para salvar a Nação:

Quero referir aos senhores a histórica agressão que acaba de ser dirigida aos militares do Brasil pelo presidente do Supremo Tribunal Federal. Como se fôssemos tênues atribuições de poder da República, s. exa. se volta contra os militares cometendo, praticando a maior das injustiças já praticadas contra o soldado brasileiro (COSTA E SILVA apud QUEIROZ, 2015, p. 335).

O termo ditadura foi rechaçado pelo Ministro, que inverteu seus termos: “Nós conservamos este regime que se diz democrático, mas que quer ser ditatorial por intermédio da ditadura judiciária” (COSTA E SILVA apud QUEIROZ, 2015, p. 336). O discurso termina com a afirmação de que a República precisaria de homens da grandeza do país e não de “homúnculos” (COSTA E SILVA apud QUEIROZ, 2015, p. 338). O discurso foi entusiasticamente acolhido pelos militares presentes.

Diante do episódio que assumiu um caráter de provocação ao Supremo, os ministros apoiaram¹⁹⁴ Ribeiro da Costa através da aprovação, em 25/10/1965, de “emenda regimental que prorrogava o seu mandato até o término de sua judicatura na Corte”¹⁹⁵ (KAUFMANN, 2012, p. 110). No dia seguinte foi noticiada a mudança no regimento do STF para apoio à Ribeiro da Costa e o seu discurso, que recebeu o apoio dos colegas¹⁹⁶.

Em 27/10/65 foi editado o AI-2¹⁹⁷ com o argumento principal da existência de uma crise no STF marcada pelo excesso de demandas.

¹⁹⁴ Apesar de institucionalmente terem se manifestado em favor do Min. Ribeiro da Costa, não houve unanimidade na estratégia do ministro, conforme pode ser visto na manifestação de Victor Nunes Leal: “O ímpeto de Ribeiro da Costa foi aceitar a polêmica pública, pois não somente ele, mas também o Tribunal tinha sido atingido. Entretanto, aos seus colegas mais comedidos pareceu evidente que o debate não seria construtivo” (LEAL Apud KAUFMANN, 2012, p. 109). Até mesmo Pedro Chaves, quem se posicionou apoiando a “Revolução” no *habeas corpus* de Sérgio Cidade de Rezende, apoiou o manifesto. Este exemplo é importante para questionar as teorias que apontam que a orientação política de quem indica o ministro é determinante para entender seu comportamento decisório. Ao ingressar em um órgão colegiado, a lealdade à instituição e aos colegas, bem como a auto-percepção como “liberal” e “legalista” parecem desempenhar bastante peso.

¹⁹⁵ A justificativa da emenda remete ao conflito latente entre os poderes: “O Supremo Tribunal Federal, cujas prerrogativas constitucionais estão protegidas pela afirmação de sua independência, não podia deixar de participar das vicissitudes do momento presente. É quando avulta, com singular envergadura, a figura do seu Presidente, que representa o Tribunal, como Chefe de um dos poderes da República, o Poder Judiciário. Entre seus deveres irrenunciáveis está o de defender a integridade e a competência da instituição, desfazendo incompreensões, alertando os demais Poderes, esclarecendo a nação de que a Justiça tem por missão aplicar a constituição e as leis e resguardar os direitos individuais, com inteira fidelidade aos princípios do regime democrático. O Ministro Alvaro Moutinho Ribeiro da Costa, na presidência desta Casa, sempre apoiado por seus colegas, tem observado, com altivez e firmeza, os seus deveres constitucionais. Tendo já completado cinquenta anos de serviço público, dos quais mais de quarenta dedicados à magistratura, que com pesar não poderá contar com sua cooperação por muito tempo, tem direito ao reconhecimento especial de seus pares. A maneira mais expressiva de assimilar sua presidência, que tem sido da mais alta significação para o Tribunal e para o País, é estendê-la até o término de sua judicatura. O Ministro Ribeiro da Costa deixará, assim, a atividade judiciária no mais elevado posto da magistratura, que tem honrado nas circunstâncias mais difíceis, arrostando dissabores e incompreensões. A presente emenda regimental, que atende a esse propósito, não é apenas uma homenagem. É também o testemunho de seus colegas quanto à dignidade, patriotismo e elevação de sua conduta, neste conturbado momento da vida nacional” (KAUFMANN, 2012, p. 110-1).

¹⁹⁶ O embate não terminou aqui. Em abril de 1966 foi aberto dossiê contra Ribeiro da Costa constando que: 1- o presidente Castelo Branco havia excluído via decreto Ribeiro da Costa da Ordem de Mérito Militar (que ele havia devolvido no ano anterior), e, 2 – investigação pela matéria publicada no jornal *Estado de São Paulo* de 15/03/1965 em que se noticia que Ribeiro da Costa, como relator do STM de recurso à decisão de auditoria militar, manifestou que “criminosos eram os revolucionários, que estavam contra o governo da época, e não os que com o mesmo estavam solidários”. Na mesma matéria anexa ao dossiê constam outros processos em que Ribeiro da Costa foi o relator e não deu provimento à demanda do MP, mas somente o trecho acima está grifado, o que sugere que a divergência do magistrado poderia ser tolerada, mas não sua manifestação contrária à “Revolução” (BR RJANRIO TT.0.MCP, PRO.81 - processo secom nº 11.220). Ver Anexo 3.

¹⁹⁷ Como presente no capítulo 2, o contexto do AI-2 não é somente a intervenção no poder judiciário, embora essa seja certamente uma questão relevante, conforme a própria cronologia dos fatos sugere.

No STF tentou-se reconstruir essa narrativa. No Relatório de Atividades de 1966, o Presidente da Corte, Min. Gonçalves de Oliveira, mencionou a grande quantidade de processos julgados no ano (9.175). A partir deste diagnóstico de excesso de demandas, que indiretamente aponta o fracasso do AI-2, informou a necessidade de aumento das instalações da Corte, com a construção de um anexo¹⁹⁸, “pois os saguões de entrada destinados a salões nobres, de acordo com a arquitetura de Niemeyer, já estão superlotados (...)”. Proposta que já contaria com apoio do Exmo. Presidente da República (STF, Relatório de Atividades 1966, p. 4).

Conforme as modificações no padrão do regime, houve alterações na relação entre o Executivo e o Judiciário, de modo que se torna imperativo analisar as alterações feitas no tribunal, bem como as suas tentativas de responder à tais modificações.

4.2.1 Mudanças no STF

Além das alterações feita via AI-2, outras mudanças significativas foram feitas ao STF, notadamente através da EC 16/65, do AI-5, e das duas constituições (1967 e 1969).

4.2.1.1 Ato Institucional 2

O AI-2 foi mais explícito em sua interferência no judiciário e no STF. Este ato institucional recriou a Justiça Federal de primeiro grau e aumentou o número de juízes no TFR e no STM. A recriação da Justiça Federal e a atribuição da competência para julgar casos em que a União seja interessada concedeu um poder importante ao Presidente da República que poderia nomear os juízes (após a aprovação do Senado Federal).

Houve também a ampliação da competência da Justiça Militar, que passou a incluir crimes contra segurança nacional (e não somente externa), mesmo que cometidos por civis. Como consequência desta disposição houve a necessidade de

¹⁹⁸ Na sessão do dia 01/02/1967 foi informado que o Presidente da República sancionou decreto-lei abrindo crédito de dois bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros antigos para a construção do anexo (STF, Relatório de Atividades 1967, p. 6).

juízo pelo STM dos *habeas corpus* ajuizados pelos acusados de crimes contra a segurança nacional antes da sua análise pelo STF. Houve a supressão da aplicação da lei mais específica para os crimes previstos na Lei de Segurança Nacional e foi extinto foro privilegiado para os casos de crimes previstos nessa lei.

Para alguns, ter-se-ia perdido a chance de propor reformas mais profundas de forma a barrar o excesso de demandas através do AI-2 (SALAZAR, 1975, p. 208) por contentar-se com o aumento do número de ministros (de onze para dezesseis). Esta estratégia foi a mesma a que o presidente Roosevelt recorreu para neutralizar a Suprema Corte americana, o *court-packing*.

O objetivo neste aumento do número de ministros era dotar o Presidente da possibilidade de indicar cinco nomes “seguros” para que as decisões seguissem os interesses do Executivo federal. Em decorrência, o AI-2 também estabeleceu a divisão do STF em composição plenária e turmas de cinco ministros¹⁹⁹, dependendo da matéria a ser julgada (a especificação deste item foi feita via EC 16/65).

4.2.1.2 *Court-Packing*

O *court-packing* foi o nome dado à intervenção no judiciário, especialmente na Suprema Corte efetuada pelo então presidente norte-americano, Franklin D. Roosevelt. Entretanto, como vimos anteriormente, não é novidade a alteração *ad hoc* no STF, tendo sido feita algumas vezes por Getúlio Vargas (tanto no Governo Provisório quanto no Estado Novo).

Em 5/02/1937 Roosevelt enviou ao Congresso projeto de reforma do judiciário com a proposta de que fossem nomeados juizes adicionais (até o número de seis) em todos os tribunais federais em que magistrados com mais de 70 anos, tendo servido nos últimos dez, declinassem de pedir aposentadoria ou demissão (NELSON, 1988, p. 267). O projeto mirava especialmente a Suprema Corte, em que

¹⁹⁹ Entretanto, esta disposição não surtiu o efeito esperado, pois a divisão dos ministros em turmas foi feita internamente pelo próprio Supremo, o que fez com que os novos ministros não fossem maioria em nenhuma turma. A primeira turma foi composta por Lafayette de Andrada (presidente), Candido Motta Filho, Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Oswaldo Trigueiro. A segunda: Hahnemann Guimarães (presidente), Vilas Boas, Pedro Chaves, Adalício Nogueira e Aliomar Baleeiro. A terceira: Luiz Gallotti (presidente), Gonçalves de Oliveira, Hermes Lima, Prado Kelly e Carlos Medeiros

seis dos nove juízes tinham mais de 70 anos²⁰⁰, os quais, caso se mantivessem no tribunal, fariam com que a corte passasse a ter 15 julgadores, garantindo a maioria política para o governo. A manobra ocorreu durante a crise constitucional de 1937, em que a Suprema Corte invalidou atos da política econômica do *New Deal*. Uma versão minorada do plano foi votada no Senado em 22/07/1937 e perdeu por 70 votos a 20. Entretanto a manobra parece ter surtido efeito, pois várias leis do *New Deal* foram declaradas constitucionais algum tempo depois.

Segundo Leuchtenburg (1966) o confronto entre Roosevelt e a corte tem raízes anteriores à sua eleição. Em discurso em 4/03/1929 Roosevelt diz que o Partido Republicano estaria no controle de todos os poderes do Estado, incluindo a Suprema Corte (LEUCHTENBURG, 1966, p. 348). A ideia de inevitabilidade do conflito entre Executivo e Corte aparece de forma clara para o então Secretário do Interior, Harold Ickes:

Eu disse ao Presidente ontem que apenas alguns anos atrás eu previ que mais cedo ou mais tarde a Suprema Corte se tornaria um assunto político como resultado de seu bloqueio contínuo da vontade popular ao declarar os atos do Congresso inconstitucionais.²⁰¹ (LEUCHTENBURG, 1966, p. 352)

A estratégia de aumentar o número de ministros fez parte de um conflito entre Executivo e Judiciário, de maneira que a prevalência do Executivo passa pela neutralização do Judiciário (ou ao menos sua tentativa), apresentado como extrapolando suas atribuições.

Aliomar Baleeiro (1968, p. 50-53) em sua narrativa sobre o tema, considera que o presidente americano interveio na Corte para encerrar o período do “governo dos juízes”, caracterizado por declaração de inconstitucionalidade de leis por discordância de seu conteúdo político²⁰². Na leitura de Baleeiro o excesso ocorreu por parte dos *justices* que extrapolavam suas funções.

²⁰⁰ Este era o grupo com a maior média de idade que já esteve na corte e Roosevelt não havia indicado nenhum desses juízes, sendo o primeiro presidente desde James Monroe sem essa oportunidade (NELSON, 1988, p. 268).

²⁰¹ No original: “I told the President yesterday that only a few years ago I had predicted that sooner or later the Supreme Court would become a political issue as the result of its continued continued blocking of the popular will through declaring acts of Congress unconstitutional”.

²⁰² “Os juízes atingem o fastígio de seu poder, escolhendo no vasto arsenal dos precedentes a diretriz, que lhes parecia mais justa, para os casos novos, no que, - é a opinião geral - não julgavam apenas segundo a lei, mas entravam no mérito da política legislativa, como a ‘terceira Câmara do Congresso’, - praticando o que foi estigmatizado como o ‘governo dos juízes’, ou melhor, a ‘oligarquia judiciária’” (BALEEIRO, 1968, p. 44).

A proposta de Roosevelt foi apresentada como um projeto encomendado ao Min. da Justiça, Cummings, e ao Procurador-Geral Stanley Reed e apresentado ao Senado com o argumento do atraso de julgamentos, da recusa subida recursos, da importância da divisão do Tribunal em turmas, em suma, da necessidade de tornar o tribunal mais eficiente. A narrativa de Baleeiro convenientemente deixa de abordar o *court-packing*, e conduz à conclusão de que a correção dos rumos da Corte (deixando de intervir nas escolhas políticas feitas pelo Presidente) amainou a crise. Baleeiro talvez sugira, assim, o rumo que o STF deveria adotar em situações politicamente delicadas .

A manobra em torno do número de juízes na Corte Constitucional já havia sido utilizada no Brasil durante o Governo provisório, mas no sentido inverso de diminuição de juízes como forma de forçar a aposentadoria (OLIVEIRA FILHO, 1945).

No Brasil, o *court-packing* ocorreu através do art. 6º do AI-2, o qual mudou o art. 98 da Constituição. Em sua nova redação previa: "O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros. Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma".

A despeito da intervenção no número de ministros e na organização das turmas com a criação da terceira, o ato institucional não estipulou como se daria a nova composição. Diante da modificação unilateral de sua estrutura, o STF reagiu por via regimental fazendo com que o poder dos novos ministros fosse "diluído", o que não teria sido possível se fosse criada uma turma composta apenas pelos novos ministros (a teor da proposta de Oliveira Filho citada anteriormente).

O então Min. Evandro Lins e Silva comentou a composição do STF após este aumento, destacando que os novos componentes foram designados para turmas distintas, de modo que em nenhuma fossem a maioria. Segundo Lins e Silva a existência de relações anteriores entre os ministros fez com que não houvesse uma grande ruptura nos trabalhos do tribunal.

Além de determinar o aumento do número de ministros, o AI-2 dizia que o STF funcionaria em três turmas de cinco ministros cada uma. Como era esse funcionamento em turmas?

(...) As turmas foram constituídas, por uma deliberação administrativa do próprio Tribunal, da seguinte maneira: os novos ocupariam dois lugares na

primeira turma, dois lugares na segunda e um lugar na terceira, por ordem de antiguidade. Os outros, os antigos, completavam as turmas com três, três e quatro ministros, respectivamente. O presidente não participa das turmas.

Então os novos eram sempre minoria nas turmas. Boa estratégia ...

Exato. Eu era antigo, tanto que cheguei a presidir a segunda turma, já por antiguidade. Mas a recepção dos novos foi muito boa, porque os escolhidos eram juristas ilustres, eminentes, de grande respeitabilidade²⁰³: Prado Kelly, Aliomar Baleeiro, Carlos Medeiros Silva, que anteriormente havia sido procurador-geral junto ao Supremo, Osvaldo Trigueiro, que era o procurador-geral em exercício. Havia também Adalício Nogueira, um desembargador da Bahia (LINS E SILVA, 1997, p. 393-4).

Esta “estratégia” mostra o papel do regimento do tribunal em sua atuação. Um primeiro exemplo do uso do regimento para lidar com situações externas ocorreu durante o governo de Floriano Peixoto. Uma das dificuldades do tribunal deveu-se à exigência que o presidente e vice-presidente do STF prestassem juramento diante do chefe do Executivo, pois este poderia (como o fez) adiar indefinidamente a cerimônia. O PGR também era nomeado pelo Presidente da República. Desta forma, os ministros reformaram o regimento em 1894, de maneira que o presidente e vice passaram a prestar compromisso perante o próprio tribunal, e o primeiro teria por competência designar o PGR (COSTA, 2006, p. 33).

Ainda, há precedente sobre a força do regimento do STF, mesmo quando contrariado por lei. A lei 2.970/1956 deu nova redação ao art. 875 do CPC/1939 ao estabelecer que os advogados poderiam interferir depois do voto do relator, o que ia de encontro ao regimento interno do STF. Houve, portanto, conflito entre lei e regimento interno. Segundo Themístocles Cavalcanti:

No caso referido da Lei n. 2.970, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade, não somente considerando o art. 97, II, da Constituição de 1946, mas a tradição do nosso direito, que vai procurar a sua inspiração, segundo Castro Nunes, na lei portuguesa de 1605. Parece-nos boa doutrina, não somente pela tradição mas também pela necessidade de atender às necessidades de cada tribunal quanto à disciplina e ordem dos seus trabalhos. **Nem outra coisa são os regimentos internos, cujos limites não podem estar à mercê da interferência do legislador ordinário** (CAVALCANTI, 1966, p. 26, grifos meus).

²⁰³ Percepção ligeiramente diferente tem o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, que na época era assessor de Lins e Silva no Supremo: “(...) Mas... um momento marcante foi o do Ato Institucional nº 2, em que, sobre a solução, pregada pela linha dura, de cassações no Supremo Tribunal, prevalece a solução mais suave, a de aumentar de onze para dezesseis o número dos ministros do Supremo Tribunal. Claro que a recepção, pelo Tribunal, desses cinco não foi a mais cordial. E eu costumo citar um exemplo, porque, talvez, era um parlamentar muito agressivo, muito sarcástico, brilhante. Aliomar Baleeiro. Foi sem dúvida o que o Tribunal recebeu com mais restrições, pelo estilo parlamentar, o estilo agressivo etc. Mas viria a tornar-se um dos ministros mais liberais da história do Supremo” (FONTAINHA E OUTROS, 2015, p. 51).

Houve a declaração de inconstitucionalidade do artigo. Sintomático que a inconstitucionalidade não tenha sido declarada a partir de um caso apresentado, mas em decisão do Plenário em sede de questão regimental²⁰⁴. A sessão ocorreu em 30/11/1956, logo em seguida da publicação da lei (24/11/1956). Em resolução de 26/10/1959²⁰⁵, o Senado Federal suspendeu a execução da lei. Logo, a importância do regimento interno do STF já estava assentada, de maneira que seria de se esperar que o *court-packing* fechasse essa possibilidade, estabelecendo critérios mais restritos para a organização do tribunal.

Ainda segundo Evandro Lins e Silva, a estratégia (do *court-packing*) teve eficácia reduzida pela existência de relações prévias entre os antigos e novos ministros:

Em outubro de 1965 foi editado o AI-2, que aumentou o número de ministros do Supremo Tribunal Federal de 11 para 16. Qual foi o impacto disso?

Quando se falou nisso, ainda antes do AI-2 todo mundo sabia que havia um projeto -, o Tribunal se reuniu administrativamente e se manifestou oficialmente contrário ao aumento do número de juízes. Dizia-se que o aumento do número seria para neutralizar a influência daqueles considerados adversários da Revolução. **Mas se enganaram, porque os cinco nomeados chegaram lá e passaram a votar absolutamente de acordo conosco nos processos políticos.**

(...) E como era a relação de Aliomar Baleeiro e Prado Kelly, que eram da UDN, com os ministros mais próximos de Jango, entre os quais o senhor se incluía?

Era excelente a relação entre nós todos. Hermes Lima era muito amigo do Aliomar havia muitos anos, eram homens quase da mesma geração na Bahia. Eu me dava muito bem com eles. **Era um antigo advogado, e eles eram juristas ilustres, eminentes. Havia diferenças pequenas. Diferenças jurídicas, na aplicação das leis e da Constituição, praticamente não havia; eram todos liberais.** O próprio Baleeiro, por exemplo, se tornou um juiz extremamente liberal em matéria de habeas-corpus. Ficou famoso por isso. Carlos Medeiros não era liberal como os outros, não tinha a mesma formação de um Baleeiro, mas já Prado Kelly era um liberal. Trigueiro era muito severo em matéria de habeas-corpus, porém todos julgavam com absoluta correção (LINS E SILVA, 1997, p. 393-4, grifos meus).

²⁰⁴ Conforme busca no site <www.stj.jus.br> e resposta enviada em 12/08/2015 pelo setor de Pesquisa de Jurisprudência do Tribunal. DJ de 1.12.1956.

²⁰⁵ “RESOLUÇÃO Nº 23, DE 1959. Suspende a execução da Lei nº 2.970, de 24/11/1956. Artigo único - É suspensa, nos termos do art. 64 da Constituição Federal, a execução da Lei nº 2.970, de 24 de novembro de 1956 que modifica o art. 875 (caput) do Código de Processo Civil, em virtude de haver sido, em acórdão de novembro do referido ano, do Supremo Tribunal Federal, julgada infringente do art. 97, nº II, da mesma Constituição.” Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=112677&tipoDocumento=RSF&tipoT exto=PUB>>. Acesso em 25 nov. 2015.

A Constituição de 1967 ampliou o poder do tribunal em sua organização ao prever que a competência do plenário e turmas seria estabelecida regimentalmente (art. 115). Este tema foi proposto em emenda (inexitosa) à EC 16/65 pelo deputado Oliveira Brito²⁰⁶. Conceder a possibilidade de regulação de sua competência por meio de regimento é, também, uma forma de conferir poder ao STF²⁰⁷.

Seguindo o exposto, a análise do processo de modificação do STF via AI-2, EC 16 e CF de 1967 deve ser visto como um processo dinâmico que trouxe tanto a diminuição de autonomia, quanto o aumento de determinadas prerrogativas. O *court-packing* parece ter sido pouco eficaz para controlar o STF, entretanto a modificação de competência via aposentadoria dos ministros em decorrência do AI-5 parece ter sido mais eficaz, como veremos quando da análise das representações de inconstitucionalidade.

4.2.2 Ministros indicados para o STF no período 1965-1968

Um dos pontos centrais do AI-2 foi a indicação de cinco ministros para compor a Corte. Daí se supor que os indicados fossem de perfil alinhado aos militares e, portanto, “defensores do regime” na corte. Fortalece essa interpretação o fato dos indicados²⁰⁸ terem ligações com a UDN. Aliomar de Andrade Baleeiro²⁰⁹,

²⁰⁶ A emenda tinha a seguinte redação “O Supremo Tribunal Federal, disporá em seu Regimento, sobre a observância de sua jurisprudência e disciplinará a admissão e o processamento dos recursos e petições que lhe forem dirigidos”.

²⁰⁷ “Com a Constituição vigente o direito regimental ganha, no Supremo, proporções muito amplas. Passa de supletivo da legislação processual emanada do Congresso, a direito principal e exclusivo na disciplina dos feitos da competência originária da corte, bem como no recurso extraordinário (SEABRA FAGUNDES, s/d, p. 9)”.

²⁰⁸ Segundo o CPDOC no verbete “Aliomar Baleeiro” o cargo foi recusado por “Milton Campos, Pedro Aleixo e Aducto Lúcio Cardoso, em sinal de protesto contra o AI-2”.

²⁰⁹ Embora tenha trabalhado como advogado e jornalista, Baleeiro tinha perfil político, tendo ocupado vários cargos pela UDN. Ao ser nomeado era deputado federal. Desde abril de 1964 até a indicação ao STF foi um dos mais próximos colaboradores e conselheiros do presidente Castelo Branco. Sobre o perfil liberal de Baleeiro aponta-se que foi um dos críticos do “endurecimento” do regime: “Em 7 de fevereiro de 1973, ao deixar a presidência do STF, Baleeiro defendeu a volta ao estado de direito e a imediata concessão de garantias para o livre exercício profissional dos advogados de presos políticos. Ainda em 1973, proferiu voto de grande repercussão ao solicitar a absolvição dos frades dominicanos acusados de ligação com o líder comunista Carlos Marighella (...) Graças ainda à jurisprudência estabelecida por Baleeiro, vários réus deixaram de ser condenados pela acusação de portarem jornais clandestinos” (*Dicionário Histórico - Biográfico Brasileiro*, da FGV apud http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CelsoMello/Discursos/Proferidos/2005_out_14.pdf.) Acesso em 07 dez 2015.

Carlos Medeiros Silva²¹⁰, José Eduardo Prado Kelly²¹¹ e Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello²¹² tiveram atuações pronunciadas na esfera política. Somente Adalício Coelho Nogueira²¹³ não tinha relação direta com o partido.

Entretanto, esta interpretação desconsidera que o perfil dos indicados para o cargo de ministro do STF envolvia atuações políticas, mesmo antes de 1964, como podemos perceber na tabela abaixo. Dos onze ministros, três já tinham exercido funções ministeriais (educação e relações exteriores), e dois tinham sido PGR. Outras ocupações também expressam proximidade com a esfera política, como o caso de Victor Nunes Leal, que foi Consultor-Geral da República e Chefe da Casa Civil da Presidência da República (dentre outros cargos).

TABELA 1 - COMPOSIÇÃO DO STF EM 01/04/64

	Nome	Ingresso	Saída	Presidente	Ocupação antes STF
1	Ribeiro da Costa	30/1/46	5/12/66	José Linhares	Juiz e chefe de polícia DF
2	Lafayette de Andrada	08/11/45	3/02/69	José Linhares	Juiz do TSE
3	Hahnemann Guimaraes	30/10/46	3/10/67	Eurico Gaspar Dutra	PGR
4	Luiz Gallotti	22/09/49	16/08/74	Eurico Gaspar Dutra	PGR
5	Candido Motta	02/05/56	18/09/67	Juscelino Kubitschek	Min. da Educação e Cultura
6	Vilas Boas	20/02/57	25/11/66	Juscelino Kubitschek	Desembargador TJ/MG
7	Gonçalves de Oliveira	15/02/60	03/02/69	Juscelino Kubitschek	PGR
8	Victor Nunes	07/12/60	16/01/69	Juscelino Kubitschek	Advogado
9	Pedro Chaves	26/04/61	05/06/67	Jânio Quadros	Presidente TJ/SP
10	Hermes Lima	26/06/63	16/01/69	João Goulart	MRE
11	Evandro Lins	04/09/63	16/01/69	João Goulart	MRE

Fonte: site STF e OLIVEIRA, 2012.

Neste sentido, o perfil dos indicados via AI-2 não é particularmente distinto do perfil dos ocupantes do cargo antes do golpe militar.

²¹⁰ Carlos Medeiros Silva teve importante papel de difundir a análise jurídica sobre os atos institucionais, especialmente enquanto editor da Revista de Direito Administrativo e da Revista Forense. Ao ser indicado era Delegado do Brasil às Conferências internacionais de Ciências Administrativas.

²¹¹ Prado Kelly também foi um udenista com carreira política, tendo inclusive sido presidente da UDN. Participou da constituinte de 1946. Em 1959 representou o Brasil na Conferência Interamericana pela Manutenção da Paz e Segurança no Continente. Foi presidente do Conselho Federal da OAB. Segundo Oliveira (2011, p. 183), antes de assumir no STF Prado Kelly era advogado, entretanto esta informação não é mencionada no verbete do CPDOC.

²¹² Trigueiro era Procurador-Geral da República no momento da indicação ao STF (havia sido indicado em 1964 pelo presidente Castello Branco). Obteve grau de mestrado em Ciência Política nos EUA em 1940. Teve alguns cargos na OAB, inclusive no Conselho Federal. Assumiu, também, cargos de embaixador.

²¹³ Adalício Nogueira tinha o perfil mais técnico dentre os indicados, tendo sido promotor público, juiz de direito e ao ser indicado, era desembargador do TJ/BA.

TABELA 2 - MINISTROS INDICADOS ENTRE 1965-1968

	Nome	Ingresso	Saída	Presidente
1	Adalício Coelho Nogueira	16/11/65	24/02/72	Castelo Branco
2	José Eduardo do Prado Kelly	16/11/65	18/01/68	Castelo Branco
3	Carlos Medeiros Silva	16/11/65	18/06/66	Castelo Branco
4	Aliomar de Andrade Baleeiro	16/11/65	02/05/75	Castelo Branco
5	Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello	16/11/65	03/01/75	Castelo Branco
6	Eloy José da Rocha	22/08/66	03/06/77	Castelo Branco
7	Djaci Alves Falcão	01/02/67	26/01/89	Castelo Branco
8	Adaucto Lucio Cardoso	14/02/67	10/03/71	Castelo Branco
9	Raphael de Barros Monteiro	23/06/67	03/05/74	Costa e Silva
10	Moacyr Amaral Santos	06/10/67	25/07/72	Costa e Silva
11	Themístocles Brandão Cavalcanti	06/10/67	14/10/69	Costa e Silva
12	Carlos Thompson Flores	16/02/68	27/01/81	Costa e Silva

Como é possível verificar na Tabela 2, 12 ministros foram indicados entre 1965 e 1968. Se considerarmos o período total da ditadura foram indicados 33 ministros (até 1985). A aposentadoria de três ministros em 1969, com o pedido de aposentadoria em apoio de Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrade levou à diminuição para onze ministros. Em 10/02/1969²¹⁴ a Corte tinha apenas um ministro em comum com sua composição de 01/04/64: Luiz Gallotti. A Corte estava completamente modificada.

Uma trajetória marcante dentre os indicados foi a de Adaucto Lúcio Cardoso. Ele foi indicado pelo Presidente Castello Branco ao STF e toma posse em 02/03/1967. Esta foi sua terceira indicação ao STF e ocorreu após ser eleito deputado federal por Guanabara, após a dramática renúncia da Câmara por não ter aceitado a cassação de seis deputados federais em outubro de 1966. Sua recusa levou ao fechamento do Congresso pelo Executivo em recesso que durou um mês. Para Lúcia Grinberg (2002, p. 259):

a sua trajetória representa exemplarmente as contradições dos "bacharéis históricos" udenistas. O apoio a um governo formado principalmente por militares representou, de certa maneira, um processo de autofagia por parte de políticos brasileiros, um processo através do qual foram minando suas próprias bases: as eleições diretas, a inviolabilidade dos mandatos eletivos, as liberdades políticas.

²¹⁴ Composição da Corte: Oswaldo Trigueiro, Luiz Gallotti, Adalício Nogueira, Aliomar Baleeiro, Eloy da Rocha, Djaci Falcão, Adaucto Cardoso, Barros Monteiro, Themístocles Cavalcanti, Amaral Santos e Thompson Flores.

Isto porque, apesar de apoiar o golpe em 1964, Cardoso e outros políticos da UDN ressentiram-se da diminuição de espaço para os políticos profissionais, processo que passou pela diminuição das liberdades políticas. O formalismo que pautou a atuação dos bacharéis começa a ser paulatinamente questionado e as contradições com o poder militar se aprofundaram, mostrando que não ocorre de forma meramente temporária. Os conflitos de parcela da UDN com os militares é parte de um processo de diminuição de espaço político, apesar do partido ter “reverências às Forças Armadas” (GRINBERG, 2014, p. 13), que, combinado com as derrotas eleitorais sofridas levou o partido a ligar-se aos militares e sustentar o golpe de 1964. O aprendiz de feiticeiro não consegue desfazer seu feitiço.

O processo de indicação de Aducto Cardoso foi controvertido, inclusive internamente à ARENA. Cardoso estava em situação de desprestígio após ter recusado-se a tomar conhecimento dos decretos com as cassações e a renúncia em novembro de 1966. Segundo Grinberg (2002, p. 255):

No folclore sobre Aducto encontra-se uma pérola atribuída ao general Castelo Branco, ele que teria dito que assim como existem crianças-problema, também há homens-problema. No entanto, o presidente Castelo Branco não puniu o deputado pelas suas atitudes na presidência da Câmara, mas conseguiu retirá-lo daquele plenário. A solução aparente fora nomeá-lo para o STF.

A indicação de membros da UDN para o STF parece neste contexto menos uma politização do tribunal, e mais uma despolitização do Congresso, além de uma mudança do perfil do partido. Segundo Carlos Castello Branco em coluna de 1974: “a verdadeira UDN: ‘se expressava através de homens que já foram tragados pela morte, pela aposentadoria ou pelo Supremo Tribunal Federal. Esses não faziam a política pela política, mas como um exercício ético e romântico de gerar condições para a criação de instituições liberais no país’” (apud GRINBERG, 2014, p. 13). Ou seja, o STF aparece aqui como um espaço em que se “neutraliza” os membros tradicionais do partido. Este mesmo entendimento é apresentado em matéria sobre Aliomar Baleeiro, em 1972: “A Revolução acabou transformando a Banda de Música em um conjunto de câmara instalado no Supremo Tribunal Federal e para lá foram três de seus mais virtuosos oradores: Olavo Bilac Pinto, Aducto Lúcio Cardoso e o próprio Baleeiro” (REVISTA VEJA, 1972, p. 24).

Se, por um lado, podemos pensar que o Supremo representa nesse contexto o “poder menos perigoso”²¹⁵, para usar a expressão de Alexander Bickel, e um aliado-crítico como Cardoso seria mais facilmente controlável no tribunal; por outro, contradiz em parte a urgência da nomeação de juristas para o tribunal através do aumento das vagas previstas no AI-2.

Ainda que houvesse diferenças importantes entre os ministros, nada comprovou que os indicados através do *court-packing* fossem particularmente mais favoráveis ao regime do que os demais ministros.

As várias fases da ditadura militar tiveram respostas distintas da Corte. Em um primeiro momento de exaltação, seguido por uma intervenção não desejada, até o processo de questionamento dos rumos da revolução. Estas fases não tiveram impacto somente no STF, mas na comunidade jurídica como um todo. E se ao início o Instituto dos Advogados²¹⁶ e a OAB²¹⁷ apoiaram o golpe, com o processo de cerceamento das liberdades e perpetuação dos militares começou a ser organizada pressão pela abertura. Daí que a luta pelo sentido de constituição incorporou a mudança da temporalidade do provisório para uma situação que tendia a perpetuar-se e, a cada momento, complexificar-se.

²¹⁵ Referência ao clássico livro de Alexander Bickel (1986). Bickel parte do Paper 78, atribuído à Alexander Hamilton, no qual se estabelece que “Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles estão separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem força nem poderio, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos” (HAMILTON et al, 2005, p. 470).

²¹⁶ Matéria do jornal *Folha de São Paulo* de 18/04/1964 (p. 10) informa que “O Instituto dos Advogados apóia o Ato Institucional” e que a Nação havia sido libertada do pesadelo em que vivia pela ação patriótica e pronta do povo e das Forças Armadas. Assim a legitimidade do AI seria uma decorrência natural da evolução.

²¹⁷ “O impacto do oposicionismo da entidade possivelmente foi de particular relevância entre os advogados, grupo tradicional no interior das classes médias, que se constituiu, como se sabe, no suporte social fundamental para a mobilização civil contra o governo. A tomada de posição da OAB deu-se em nome da preservação da ordem jurídica, um argumento a que os advogados se mostravam particularmente sensíveis. Ademais, o combate da entidade a um programa que visava à redistribuição de renda e poder alinhava-se ao comportamento político ainda predominante entre os advogados, marcado pela resistência ao aprofundamento da incorporação política e econômica das classes populares, malgrado o processo de diferenciação político-ideológica que atingia a categoria profissional, e as classes médias, de modo geral, desde a Primeira República (...)” (DE MATTOS, 2012, p. 156).

4.2.3 Poder Judiciário na Constituição de 1967

Na Constituição de 1946, o Poder Judiciário foi tratado de forma separada da Justiça dos Estados, o que se altera na Constituição de 1967. Esta constituição renova as garantias especiais da magistratura: vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade.

O STF continua com 16 ministros (o que somente será modificado pelo AI-6 de 01/02/69) e ampliou a hipótese de cabimento do recurso extraordinário, repetindo o texto da Constituição de 1891. Ou seja, desconsiderou-se os sucessivos diagnósticos do recurso extraordinário como responsável pelo sobrecarga do tribunal.

Alcino de Paula Salazar²¹⁸ apontou que as atribuições do STF foram sensivelmente ampliadas, tendo funções que anteriormente eram do Legislativo²¹⁹. Em sua análise, justifica que:

Essa transposição de atribuições, em detrimento das faculdades e prerrogativas tradicionais do Poder Legislativo, tem por fundamento a incapacidade desse órgão para a elaboração de leis sobre assuntos de natureza técnica e cada vez mais complexas, além da morosidade de sua produção, dos frequentes e tantas vezes calamitosos desvios de sua finalidade para atender a interesses ilegítimos ou conflitantes com os do serviço público e os do bem geral.

Daí o cerceamento, que é fenômeno generalizado, da capacidade e da ação dos corpos legislativos, cada vez mais numerosos e inversamente menos eficientes (SALAZAR in CAVALCANTI, 1968, p.102-3).

Como se vê, o argumento invocado por Francisco Campos, ainda na década de 1930, ou seja, o da fragilidade e incapacidade do Legislativo, serviu como mote para estabelecer o STF como um ator de veto²²⁰.

²¹⁸ Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais em 1919, elegeu-se vereador e exerceu o cargo de prefeito de Manhuaçu (MG) entre 1920 e 1930. Foi livre-docente de direito administrativo da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil em 1951. Durante o governo de Carlos Lacerda (1960-1965), exerceu o cargo de secretário de Justiça do estado da Guanabara. Em dezembro de 1965, durante o governo do presidente Humberto de Alencar Castelo Branco, foi nomeado procurador-geral da República, substituindo Osvaldo Trigueiro. Com o final do governo Castelo Branco em março de 1967, deixou o cargo, sendo substituído por Haroldo Teixeira Valadão. Foi membro do IAB, da OAB, e da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Fonte: CPDOC.

²¹⁹ Salazar menciona: a) declaração da suspensão de direitos políticos (arts. 114, e, 151), b) declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (EC 16), c) faculdade de dispor quanto à divisão do Tribunal em turmas e a sua competência, antes dependente de lei (art. 115, EC 16), regulamentação do processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal (art 115), e) iniciativa de leis (SALAZAR in CAVALCANTI, 1968, p. 102)

Ao analisar as consequências da EC 16, a qual estabelece que cabe ao PGR a propositura de representação ao STF em relação à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, Salazar retoma o mote da crise do STF. Avalia que o PGR terá “iniciativa sistemática e uniforme que envolve a necessidade de exame da abundante e volumosa massa de leis e decretos no plano federal e no de todas as unidades federadas” (SALAZAR in CAVALCANTI, 1968, p.102-3). Desta forma, nem o PGR e tampouco o Tribunal teriam estrutura para tal, tendo o desafio de adaptar os órgãos à ampliação de suas funções.

A Constituição de 67 manteve a Justiça Federal e ampliou a competência dos juízes federais (art. 119). A ampliação da competência ocorreu tanto pela extensão de novas hipóteses de litígios e infrações, quanto pela inclusão de delitos de forma ampla (que escapam de conceituação nítida) (SALAZAR, 1975, p. 102). A reforma constitucional de 1969 (materialmente uma nova constituição) estabeleceu que algumas causas da Justiça Federal seriam de competência da estadual em caso de comarcas que não fossem sede de órgão da Justiça Federal. A ampliação da competência da JF esbarrava em sua falta de representatividade territorial.

Em 13/12/1968 foi decretado o AI-5 que marcou a fase mais repressiva e violenta do regime. O AI-5 teve reflexo direto no poder judiciário. Houve exclusão de apreciação pelo judiciário da suspensão de direitos políticos (art. 5º), suspensão de garantias legais, como vitaliciedade (art. 6º), suspensão do *habeas corpus* em casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10); e exclusão de apreciação judicial os atos praticados com base no ato institucional e atos complementares (art. 11).

No STF a repercussão maior foram as aposentadorias dos ministros Evandro Lins, Hermes Lima e Victor Nunes Leal via decreto decorrente do AI-5²²¹. Segundo Evandro Lins já se esperava que ele e Hermes Lima fossem aposentados, mas ainda havia dúvidas sobre Victor Nunes Leal. Para Curi (2010, p. 391) as aposentadorias seriam menos explicadas pelo padrão de decisão dos ministros, mas teriam relação com os presidentes que os indicaram ao STF. Victor Nunes Leal foi

²²⁰ Escreve Salazar que o Tribunal “opõe verdadeiro veto às leis, independentemente e além dos julgamentos em casos concretos” (SALAZAR in CAVALCANTI, 1968, p. 102).

²²¹ Embora os números variem, o Correio da Manhã informa que foram 43 os atingidos pelo AI. Destes, 2 senadores, os 3 ministros do STF, 1 ministro do STM (Peri Bevilacqua), um auditor, um vereador, uma pessoa não qualificada (Niomar Moniz Sodré Bittencourt) e os demais deputados federais.

indicado por Juscelino Kubitschek e Hermes Lima e Evandro Lins e Silva por João Goulart. Corroboram esta tese o fato de que Lima e Lins tiveram suas indicações aprovadas pelo Senado com pequena margem de diferença, como uma forma de pressão política contra Goulart. Merece destaque também a concessão de medalha de Alta Distinção²²² pelo STM em 03/04/67 aos ministros Luiz Gallotti, Hahnemann Guimarães, Cândido Mota Filho, Victor Nunes Leal, Antônio Martins Villas Boas, Hermes Lima, José Eduardo Prado Kelly, Aliomar Baleeiro, Oswaldo Trigueiro de Albuquerque e Melo, Adalício Nogueira e Eduardo Spíndola (aposentado) (CORREIO DA MANHÃ, 1967, p. 8). A concessão da homenagem demonstra uma boa relação (ou ao menos boa vontade) entre os ramos do judiciário militar e comum.

Em discurso na abertura do ano judiciário de 1969 Luiz Gallotti tratou das aposentadorias:

HOMENAGENS. Seguiram-se as homenagens prestadas pelo STF aos ministros Lafayette de Andrade, Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins recentemente afastados da Suprema Corte por força da aposentadoria decretada pelo Chefe do Poder Judiciário (CORREIO BRAZILIENSE, 1969, p.4).

Houve uma completa despolitização das circunstâncias da aposentadoria dos ministros, há uma igualação entre as cinco situações e o presidente da república foi tratado como “Chefe do Poder Judiciário” em uma manifestação de subordinação. Mais adiante os termos mostram-se mais enfáticos, com a defesa de que o tribunal soube garantir o direito e a liberdade, como supremo intérprete da constituição e das leis. Ao tratar dos *habeas corpus* concedidos a Octávio Mangabeira e Armando de Salles Oliveira, usa o termo “ditadura”. Há discursivamente uma alteração da maneira com que o tribunal apresentava a situação política.

Em seguida, Gallotti ressaltou que os ministros foram aposentados por serem considerados incompatíveis com a Revolução, e não por qualquer “motivo que lhes atinja a honra de magistrados, pois nenhum de tais foi apontado”

²²² Segundo informações do site do STM, A Ordem do Mérito Judiciário Militar (OMJM) foi criada tribunal em 1957 para “premiar pessoas e instituições, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras por meio da concessão de insígnias” e as insígnias são concedidas a “Magistrados, Juristas, integrantes do Ministério Público, da Defensoria Pública da União, da Advocacia-Geral da União, das Forças Armadas e de outras Instituições, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras que, pelos serviços prestados, se tenham tornado credoras de homenagem da JMU”.

(CORREIO BRAZILIENSE, 1969, p.4). No discurso foram abordadas as qualidades como juristas dos três ministros aposentados como forma de homenagem à trajetória de cada um deles.

Mesmo com as varias modificações promovidas, a narrativa de crise continuou a ser utilizada, pois nem a Constituição de 67, e tampouco a EC 1/69, conseguiam aplacar a tendência de aumento de demandas. O então presidente do STF, Min. Aliomar Baleeiro, apontou este processo nos relatórios de trabalho referentes aos anos de 1971 e 1972. Nestes anos houve aumento de demandas e o Min. vislumbrava uma maior demanda judicial devido ao aumento da população brasileira²²³. No relatório relativo ao ano de 1972, Baleeiro apontou o aumento de demandas e solicitou medidas heroicas do Legislativo para evitar o provável congestionamento de serviços (BALEEIRO, 1973, p. 476).

Em 1974 houve demanda por modificações no STF, tanto proveniente de ministros, quanto esboçada em jornais de grande circulação. O Min. Eloy da Rocha teria defendido que “ou se realiza o processo de atualização do Judiciário às nossas necessidades, ou em cinco anos teremos atingido o ápice da crise” (apud SALAZAR, 1975, p. 13). Apontou-se também que o Judiciário teria sido o único setor que não se atualizou com as reformas administrativas, mantendo a mesma estrutura de quando o país tinha 40 ou 50 milhões de habitantes.

Em 1977 foi lançado o chamado “Pacote de Abril” (EC 7/77) na esteira do fechamento do Congresso Nacional. O Pacote alterou o judiciário e centralizou os poderes no STF. A criação da ação avocatória, que permitia que o STF decidisse qualquer processo de competência de qualquer juízo quando “decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido” (art. 119, I, o²²⁴). Foi também criado Conselho Nacional da Magistratura, com poderes de punição aos juízes. Como a composição

²²³ “Mas esse resultado, a meu ver, não durará até o fim do decênio 1970/1980, porque o crescimento vegetativo da população na taxa de 3,1% ao ano e o incremento do Produto Bruto Interno, de 11%, segundo as declarações oficiais, em dezembro p.p., elevarão, em prazo breve, o número de causas até os algarismos anteriores, senão além deles” (BALEEIRO, 1972, p. 471).

²²⁴ “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente; (...)

o - as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”

do Conselho era de sete ministros do STF, na prática o tribunal passou a ter poderes disciplinares em relação aos juízes.

Foi no contexto de disputa pelas possibilidade de dizer o que é constituição que a criação da representação de inconstitucionalidade abstrata ocorreu em 1965. No próximo capítulo tratarei sobre a interpretação dada ao STF à representações de inconstitucionalidade entre 1965 e 1968. Inicialmente, farei uma exposição não exaustiva sobre as complexidades do controle judicial de constitucionalidade e as implicações nas relações entre os poderes. Em seguida, serão abordados alguns fatos da formação do controle judicial de constitucionalidade no Brasil. E por fim a análise das representações que chegaram ao STF no período.

5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: UMA NARRATIVA ACIDENTADA

A criação do controle abstrato de constitucionalidade através da EC 16/65, e sua posterior inclusão na Constituição de 1967 apresenta-se como um paradoxo. Em um regime que se tornou cada vez mais repressivo, a concessão de mais poder ao STF, em decorrência da possibilidade de declaração da inconstitucionalidade da lei em abstrato, contraria o processo de cerceamento iniciado no AI-2.

Neste sentido, compreender como a representação de inconstitucionalidade foi julgada pode prover informações relevantes sobre o STF na ditadura e, de maneira mais ampla, sobre a própria atuação do tribunal em momentos politicamente sensíveis.

Este capítulo é dividido em duas partes. Na primeira será feita uma brevíssima exposição sobre controle de constitucionalidade e as alterações sofridas no caso brasileiro. Na segunda, serão analisadas as representações de inconstitucionalidade decididas entre 1966 e 1968 pelo STF. O objetivo é verificar se a criação dessa ação foi relevante no padrão repressivo. Para isso serão avaliados os temas que foram apresentados à Corte, bem como as suas decisões. Com isso espera-se ter um material significativo para avaliar o papel do STF na construção do constitucionalismo brasileiro.

5.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle judicial de constitucionalidade é uma das questões mais relevantes tanto na teoria constitucional contemporânea, como em teorias políticas. Isto porque este tipo de controle consolidado na famosa decisão *Marbury vs. Madison*²²⁵ (1803), põe no centro do debate a relação entre maiorias (representada

²²⁵ O caso envolveu o pleito de William Marbury de ser empossado como juiz de paz, conforme a nomeação feita no final do presidente John Adams, a qual não foi mantida pelo novo presidente, Thomas Jefferson. Marbury propôs *writ of mandamus*, para que fosse reconhecido seu direito ao cargo, em meio a uma disputa política entre Executivo e Judiciário, e federalistas e republicanos. Marshall, enquanto julgador, decidiu que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle de constitucionalidade pelo judiciário, mas que não era de competência da Suprema Corte conhecer aquele *writ*, pois a competência estaria prevista em uma lei (inconstitucional) e não na constituição. Com isso, ao julgar a possibilidade de não aplicação da lei àquele caso, proferiu uma decisão conforme os interesses do novo governo, e, ao mesmo tempo, deu um passo significativo à ampliação dos poderes do judiciário.

pelo Executivo e Legislativo) e o poder contra-majoritário (representado pelo judiciário).

Embora a questão seja mais complexa, a espinha dorsal dos debates reside na legitimidade de um poder não eleito (contra-majoritário) anular decisões tomadas por órgãos majoritários. Logo, perpassa o debate sobre o sentido de democracia, relação entre os poderes, limites a estes poderes e, modernamente, tem sido acrescida à equação a proteção à direitos fundamentais.

Controle judicial de constitucionalidade (via Corte Constitucional) pode ser descrito como “poder formal de um tribunal local ou de um órgão semelhante a um tribunal para deixar de lado ou proibir legislação por incompatibilidade com a constituição nacional”²²⁶ (GINSBURG, VERSTEEG, 2013, p. 589). Esta definição é ampla o suficiente para que inclua os diferentes tipos de controle judicial: concentrado e difuso, incidental e por via de ação principal, concreto e abstrato.

A criação do controle judicial de constitucionalidade costuma ser apontada na literatura jurídica como decorrência lógica da supremacia constitucional, consolidados ambos (controle judicial e supremacia constitucional) na história constitucional americana no já citado caso *Marbury vs. Madison*. A primeira consequência óbvia da criação deste controle é o fortalecimento do judiciário, que pode limitar até mesmo o Parlamento²²⁷.

Entretanto, não há somente um único modelo possível quanto à proteção constitucional, sendo uma escolha política e jurídica da criação do controle judicial de constitucionalidade. C. A. Lúcio Bittencourt (1968, p. 9), citando Pontes de Miranda (1946), fez esse alerta ao dizer que “em vários países, particularmente na Europa continental, que possuem Constituições classificadas como pertencentes àquele grupo [rígidas], não se reconhece ao poder judiciário tal faculdade”.

Neste sentido, podemos seguir Mark Tushnet na distinção entre formas forte e fraca de controle de constitucionalidade. Na forma forte “as cortes tem a autoridade geral de determinar o que a Constituição significa. E, mais importante

²²⁶ No original: “formal power of a local court or court-like body to set aside or strike legislation for incompatibility with the national constitution”.

²²⁷ Esta foi uma das diferenças mais notáveis entre os modelos Americano e francês de constitucionalismo. Enquanto o primeiro teve como ponto central a limitação do poder, inclusive o do povo e de seus representantes; o segundo teve como elemento estruturante a vontade geral, por definição ilimitada. Com isso o judiciário no modelo Americano teve um papel significativo, enquanto que na França foi identificado ao Antigo Regime, e, portanto, visto com desconfiança (ARENDR, 2011).

para os propósitos presentes, as interpretações constitucionais das cortes tem autoridade e são impositivas sobre os outros poderes, ao menos em curto e médio prazos” (TUSHNET, 2002, p. 2784). Já a forma fraca de controle de constitucionalidade confere à Corte um papel na interpretação constitucional, mas que sem fazer esta interpretação obrigatória a curto prazo. Um exemplo é o artigo 33 da Constituição Canadense²²⁸, que possibilita que o Parlamento determine que uma lei seja aplicada, não obstante o conflito com a Constituição²²⁹ (TUSHNET, 2002, p. 2785).

Ou seja, a definição quanto ao modelo do controle de constitucionalidade é uma questão de desenho institucional, que leva em conta diversos fatores em sua construção.

O controle de constitucionalidade está, assim, no vértice entre os campos do direito e da ciência política. Longe, portanto, de um simples desenvolvimento progressivo no controle de constitucionalidade que seria intrinsecamente relacionado à proteção de direitos fundamentais, temos um panorama complexo em que os próprios motivos de sua criação passam por diversas interpretações.

Ginsburg e Versteeg (2013) sintetizam em quatro grupos as principais teorias que explicam o surgimento de corte constitucional para controle de constitucionalidade²³⁰: a – teorias ideacionais, b – teorias de coordenação e comprometimento, c – teorias de mercado eleitoral, d – teorias de difusão.

As teorias ideacionais relacionam o processo de democratização com a demanda por direitos e também a demanda local por controle de constitucionalidade. Uma versão alternativa relaciona o Estado de Direito com o surgimento do controle judicial de constitucionalidade. O mote destas teorias é que após a Segunda Guerra Mundial e o conhecimento das barbáries nazistas, houve o florescimento de demanda global de fortalecimento de direitos (tanto em plano interno quanto internacional), que acabou por estabelecer constituições mais protetivas e

²²⁸ Conforme previsão no artigo 33 da Constituição Canadense: “Section 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter”.

²²⁹ Como veremos, a Constituição brasileira de 1937 estabelecia uma possibilidade semelhante.

²³⁰ Os autores diferenciam “judicial review” e “constitutional review”, o primeiro é o controle que chamaríamos de difuso, o qual pode ser feito por todos os juízes, e o segundo seria o controle concentrado de constitucionalidade, feito por cortes constitucionais (GINSBURG, VERSTEEG, 2013, p. 589).

mecanismos para efetivação de tais direitos, impulsionando a criação e/ou fortalecimento dos instrumentos contra-majoritários.

As explicações advindas das teorias de coordenação e comprometimento sugerem que o motivo do controle de constitucionalidade é a necessidade de responder à problemas de coordenação, especialmente entre os poderes e no que diz respeito à governança multinível. Desta maneira, o judiciário seria um ator imparcial para mediar as disputas no jogo político. Os países federalistas seriam os que mais precisariam de tal controle pois tem como desafio a coordenação das competências e atribuições entre os governos nacional e subnacionais.

As teorias de mercado eleitoral sugerem que o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade ocorre como um “seguro político”. Isso ocorreria nos momentos em que o partido dominante tem a maioria da Corte e receios de perder o poder. Ran Hirschl apresenta uma explicação para a judicialização que ele chama de “preservação hegemônica”, segundo a qual o processo (que inclui o controle concentrado de constitucionalidade) seria estratégia adotada pelas elites que antecipam perda de poder. Ambas as teorias tem em comum a leitura da criação do controle concentrado de constitucionalidade como forma de preservação de poder diante de ameaças políticas internas.

Por fim, as teorias de difusão. Segundo estas teorias, quanto mais países acolham uma política ou instituição, mais provável que outros países adotem-na. A difusão pode dar-se por coerção, competição econômica, “aprendizado” ou aculturação. O mecanismo de coerção ocorre quando países mais poderosos (sejam investidores ou antigos colonizadores) impõem a adoção de determinada medida. A competição econômica processa-se quando os Estados criam determinados instituições para que possam atrair investimentos. O mecanismo do aprendizado advém através do estabelecimento de provisões constitucionais que foram bem-sucedidas em países com um sistema jurídico similar. O último mecanismo de difusão, a aculturação, ocorre da adoção de regras constitucionais estrangeiras não porque sejam bem-sucedidas, mas para que o país tenha aceitação e legitimidade internacionais.

Apesar de pesquisa em artigos da década de 1960 e 1970, não foi possível estabelecer as possíveis influência de cada uma das teorias para a criação do

controle de constitucionalidade no Brasil. Foram localizados trabalhos^{231 232} que tratam do controle de constitucionalidade na América Latina, e como não havia um modelo definido, mas a junção de tradições e influências distintas.

Esta divergência ecoou nas análises sobre esse controle na América Latina, as quais incorporam mais de um motivo explicativo e ressaltam a configuração original dos elementos históricos de controle de constitucionalidade presentes em diferentes modelos jurídicos.

Stephen Zamora (2010, p. 230) comparou os sistemas jurídicos da América Latina a catedrais barrocas no sentido que são finamente detalhados e incorporam elementos que foram desenhados em diferentes fontes. O fato de que a maior parte destes países tenha passado regimes autoritários no século XX pode ser um elemento importante para a compreensão do controle de constitucionalidade²³³.

Percebe-se aqui uma luta por sentidos não somente de controle de constitucionalidade, mas em última análise das funções a serem desempenhadas pelos três poderes. E esta disputa teve acolhimento nos países da América Latina ao estruturarem suas instituições sob a influência de um ou outro modelo (norte-americano ou francês), ou ainda variações entre estes, fazendo jus à metáfora das catedrais barrocas.

Nas décadas de 1960 e 1970 houve a feitura de várias constituições no continente²³⁴, além da estruturação de ao menos duas Cortes Constitucionais

²³¹ Em 1960 Phanor J. Eder fez um estudo comparativo analisando como os países da América Latina lidam com o controle de constitucionalidade. Na maior parte dos países há mecanismos de controle de constitucionalidade, embora diverjam em termos de estrutura e funcionamento. Eder aponta a constituição haitiana de 1843 como a primeira a prever o controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*), enquanto que a Bolívia seria o primeiro país na América espanhola a trazer esta previsão em 1861. A Constituição argentina de 1853, considerada a que mais proximamente seguiu o modelo norte-americano (EDER, 1960, p. 572) e estabeleceu o controle de constitucionalidade.

²³² Em artigo de 1974, Keith S. Rosenn apontava que todas as repúblicas latino-americanas com exceção da República Dominicana apresentavam algum tipo de controle de constitucionalidade. Entretanto, com modelos híbridos, mostrando a dificuldade de implementar o modelo norte-americano em países de tradição *civil law*, e as configurações do constitucionalismo latino-americano nem centralizado em um único órgão, mas tampouco descentralizado em todos os juízes.

²³³ Entretanto o autor não aprofunda este tema, deixando em aberto a existência de relação, e qual a influência dos dois itens.

²³⁴ Equador (1961), Venezuela (1961), El Salvador (1962), Honduras (1965), Bolívia (1967), Paraguai (1967), Uruguai (1967), Brasil (1967 e emenda constitucional em 1969).

(Guatemala, em 1965, e Chile, em 1970). A Corte Chilena teve existência abreviada, pois após o golpe militar contra o governo Allende, em 1973, o tribunal foi extinto²³⁵.

Não há consenso sobre o motivo de criação do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil (embora nos próximos itens tenhamos ao menos uma hipótese). Mas a relação entre este modelo de controle e regimes autoritários não é singular. A pesquisa de Ginsburg e Versteeg também lança dados relevantes sobre este tema:

o controle concentrado de constitucionalidade foi tanto adotado por regimes democráticos quanto autocráticos. Especificamente, no curso do período completo coberto na análise [1781-2011], 40% de todos os regimes autocráticos (e 67% de todos os regimes democráticos) tinham controle concentrado de constitucionalidade em suas constituições. Hoje [2013], não menos do que 77% de todos os regimes autocráticos tem controle judicial de constitucionalidade em suas constituições – uma proporção menor do que em democracias, mas ainda um percentual significativo²³⁶ (GINSBURG, VERSTEEG, 2013, p. 605).

Retornamos a um ponto próximo ao que foi apontado no primeiro capítulo: constituição e constitucionalismo não somente não são incompatíveis com regimes autoritários, como é possível pensar em pontos centrais do constitucionalismo moderno (como o controle judicial de constitucionalidade) em ambos os contextos.

A expansão do controle de constitucionalidade²³⁷ ocorrida no decorrer do século XX torna o panorama ainda mais complexo, pois países com tradições jurídicas absolutamente distintas tem este mecanismo. Com isso dificulta-se a análise de suas funções e resultados, inclusive porque os procedimentos podem ser bastante variáveis. Portanto torna-se imperativa a análise histórica do surgimento e

²³⁵ Segundo Rosenn (1974, p. 789) o governo Allende criou a corte constitucional para facilitar a implantação do regime socialista por intermédio de meios constitucionais. A composição era de 5 ministros, 3 indicados pelo presidente e 2 pela Suprema Corte. A competência da Corte Constitucional era avaliar a constitucionalidade de leis submetidas ao Congresso e decretos com força de lei expedidos pelo presidente da república. As disposições declaradas inconstitucionais pela Corte não se tornariam lei, e aquelas declaradas constitucionais não poderiam depois ser consideradas inconstitucionais pela Suprema Corte. Percebe-se aqui a tentativa de tirar casos politicamente relevantes da esfera do judiciário.

²³⁶ No original: "At the same time, constitutional review has been adopted by democratic and undemocratic regimes alike. Specifically, over the course of the full time period covered in our analysis, 40% of all autocratic regimes (and 67% of all democratic regimes) had constitutional review in their constitution. Today, no less than 77% of all autocratic regimes have judicial review in their constitution—a lower proportion than democracies but still a significant percentage".

²³⁷ Segundo Tom Ginsburg e Mila Versteeg em 2011, 83% das constituições previam esse controle. Em 1951 eram 38% dos sistemas constitucionais que traziam tal previsão (GINSBURG, VERSTEEG, 2013, p. 590).

modificações sofridas no controle de constitucionalidade no Brasil. Também é necessário trazer à luz os dilemas e desafios enfrentados para que se tente delinear os motivos para a construção dos mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade entre nós.

5.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No direito brasileiro não são raros relatos descritivos sobre a criação e modificações do controle de constitucionalidade. A abordagem comum tem sido a apresentação histórica do controle de constitucionalidade e suas modificações. Embora a descrição seja um ponto importante, nesse trabalho as questões principais são: i – por que a criação de controle concentrado de constitucionalidade de leis federais durante um regime autoritário? ii – como o STF fez uso dessa competência? e, ainda, iii - as decisões nessas ações foram de alguma forma relevante para o padrão repressivo existente na ditadura?

A análise da questão na história constitucional brasileira pode fornecer importantes subsídios para analisar o papel do STF e do controle na defesa da estrutura constitucional, e, dessa maneira, propiciar uma melhor compreensão do funcionamento atual do *judicial review*.

O controle judicial de constitucionalidade no Brasil surge na Constituição de 1891 e é inspirado fortemente no modelo norte-americano²³⁸, a dizer, incidental e difuso. Isso significa que qualquer juiz pode fazer tal controle quando é um incidente para a resolução do mérito. Nesta constituição previa-se a competência do STF para rever processos “quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal Estadual for contra ela” (art. 59, § 1º).

Contudo, foi na lei 221, de 20/11/1894, que foi enunciado o conceito do controle de constitucionalidade de forma categórica (BUZUID, 1958, p. 30). Conforme art. 13, § 10 (sobre competência dos juízes e tribunais federais): “Os juízes 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”.

²³⁸ A influência é notada dentre outros por Eder (1960, p. 580), quem aponta os estudos que Rui Barbosa fez acerca da Constituição norte-americana.

Segundo Buzaid, este dispositivo, fiel ao pensamento norte-americano, sagrou no Brasil a doutrina da supremacia do judiciário (BUZAID, 1958, p. 31).

A Constituição de 1934 manteve a sistemática do controle de constitucionalidade por via difusa, prevista no art. 76, III, b e c²³⁹. Estabeleceu-se também o quórum de maioria absoluta de votos para que os tribunais declarem inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 179).

Esta constituição também conferiu ao Senado Federal o poder de suspender lei declarada inconstitucional (art. 91, IV)²⁴⁰²⁴¹. Note-se que, não se estabeleceu o requisito de que a decisão seja definitiva.

Apesar das inovações acima, a Constituição de 1934 teve como ponto central no tema de controle de constitucionalidade a criação da ação de Representação (posteriormente chamada de Interventiva). Sua hipótese de cabimento (art. 12, § 2º) era a violação, por parte dos estados, dos princípios previstos no art. 7º, I²⁴². Nestes casos a União poderia intervir no estado descumpridor dos princípios constitucionais sensíveis.

Para ocorrer a intervenção haveria lei federal estabelecidora da amplitude e duração das medidas. A intervenção somente ocorreria após provocação do PGR²⁴³

²³⁹ Art 76 - À Corte Suprema compete:

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

²⁴⁰ Art 91 - Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

²⁴¹ Genésio de Almeida Moura lê esta competência do Senado como um meio termo entre a doutrina norte-americana e, a adotada pela Constituição Francesa de 1852, a qual estabelecia que competia ao Senado a função de proteção das liberdades públicas. Nessa perspectiva o Senado no Brasil funcionava como um "Poder Coordenador" na medida em que imprimia vontade geral às decisões que vigorariam entre as partes (MOURA, p. 159).

²⁴² a) forma republicana representativa;

b) independência e coordenação de poderes;

c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;

d) autonomia dos Municípios;

e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;

f) prestação de contas da Administração;

g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;

h) representação das profissões;

²⁴³ Segundo art 95 da mesma constituição, o PGR era nomeado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal, necessitando os mesmos requisitos estabelecidos para os Ministros do STF, a dizer, brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não

à Corte Suprema, que deveria declarar a constitucionalidade de tal lei. Ou seja, o papel do STF era analisar a constitucionalidade da lei de decretação da intervenção.

Ocorre, portanto, a criação de hipótese de controle de constitucionalidade concentrado. Entretanto, este controle é concreto, na medida em que não avalia a constitucionalidade da lei em tese, mas da lei que autoriza a intervenção da União no estado por ter ocorrido violação dos princípios sobre os quais se assenta o pacto federativo. É, portanto, um mecanismo de resolução de conflitos federativos constitucionais.

Victor Nunes Leal via o controle judicial de constitucionalidade como um meio de organização federativa.

O controle de constitucionalidade por um órgão diferente do poder legislativo central constitui um aperfeiçoamento do sistema. Sem êle, o poder legislativo central poderia fraudar a definição constitucional das competências federal e estadual, promulgando leis inconstitucionais, com invasão da esfera de competência dos Estados” (LEAL, 1945, p. 766).

O controle de constitucionalidade aparece como uma das formas de resolver o conflito entre leis estaduais e federais, pois a prevalência da lei federal ocorre somente quando esta é válida, ou seja, não invade a competência dos estados. Logo, afastar a presunção de constitucionalidade de lei federal²⁴⁴ implica dizer que naquele tópico a competência não é da União.

Nesse caso de recurso é autorizado com base exclusivamente na *presunção de constitucionalidade* das leis federais. A aplicação da lei estadual pelo tribunal local contra uma lei federal contém, implícita ou explicitamente, uma declaração de inconstitucionalidade da norma federal (LEAL, 1945, p. 780).

Neste mesmo sentido a manifestação do Min. Pedro Chaves na Rp 512:

O controle judicial da constitucionalidade das leis é uma imposição do federalismo, não precisamente para garantia da superioridade hierárquica da Constituição e das leis federais, supremacia que só existe em razão do conteúdo, observadas as normas das competências e que se resume pura e simplesmente no princípio da constitucionalidade, mas para a salvaguarda

devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade. Entretanto, ao contrário destes, o PGR é demissível *ad nutum*.

²⁴⁴ Princípio expresso tradicional no direito brasileiro e consagrado no art. 179 da Constituição de 1934, art. 96 da Carta de 1937, art. 200 da Constituição de 1946, art. 111 da Constituição de 1967 e art. 97 da Constituição de 1988.

dos princípios que regem as relações entre o Estado Federal e os Estados Membros, destes entre si, controle que serve também de freio para as entidades de direito público e ação delas, incidentes sobre a série de direitos assegurados coletiva e individualmente aos cidadãos (BRASIL, Rp 512, p. 6).

Esta ligação entre controle de constitucionalidade e organização federativa será tratada mais adiante, quando do enfrentamento da hipótese esboçada de que no Brasil as modificações no controle judicial de constitucionalidade deveram-se, em grande medida, à tentativa de resolução do conflito constitucional sobre a competência dos entes federados. Leitura das arguições de inconstitucionalidade mostram que um dos tópicos significativos era a criação de municípios, o que expressa uma divergência importante sobre o funcionamento do sistema federalista.

A Constituição de 1937 repetiu a disposição de que a inconstitucionalidade de lei ou de ato somente pode ser declarada por maioria absoluta dos juízes (art. 96). A inovação desta constituição é a possibilidade do Presidente da República submeter lei declarada inconstitucional pelo STF ao Parlamento²⁴⁵. Ou seja, confere-se poder enorme ao Presidente da República de tornar sem efeito ao decisão de inconstitucionalidade²⁴⁶. Para Buzaid (1958) este dispositivo “tinha a virtude de devolver ao Parlamento a competência para apreciar a conveniência de manter a lei declarada inconstitucional, resolvendo-se o equilíbrio dos poderes” .

Este conflito entre Executivo e Judiciário não é isolado, tendo, inclusive, exemplos contundentes no país do surgimento do controle judicial de constitucionalidade. Como exemplo pode ser invocada a mensagem de veto do Presidente norte-americano Andrew Jackson: “A opinião dos juízes não tem maior autoridade sobre o Congresso do que a opinião do Congresso tem sobre os juízes, e nesse ponto o Presidente é independente de ambos” (TUSHNET, 2002, p. 2783)²⁴⁷. Este conflito era conhecido pelos constitucionalistas brasileiros, tanto que A. C.

²⁴⁵ Art. 96, § único: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”

²⁴⁶ Embora a Constituição de 1937 seja indiscutivelmente de feições autoritárias e centralizadora (no Executivo federal), esta previsão traz a atual questão da relação entre os poderes na interpretação constitucional. O art. 96 apresenta o que contemporaneamente é conhecida como cláusula *notwithstanding*, já tratada anteriormente.

²⁴⁷ No original “The opinion of the judges has no more authority over Congress than the opinion of Congress has over the judges, and on that point the President is independent of both” (TUSHNET, 2002, p. 2783).

Lucio Bittencourt apresenta esta situação como um dos três momentos²⁴⁸ na história norte-americana em que a doutrina da guarda judicial da constituição esteve “a pique de perder sua eficácia” (BITTENCOURT, 1968, p. 15).

Getúlio Vargas utilizou-se da previsão do citado art. 96 para revisão de decisão do STF ao menos uma vez²⁴⁹. O caso envolvia a confirmação de leis da União que dispuseram sobre o pagamento de imposto de renda em relação aos salários recebidos por servidores públicos estaduais e municipais. A questão teve vários momentos de debates. Inicialmente, a Constituição de 1891 (art. 10) estabelecia que era vedada a cobrança por parte de um ente federado de bens e rendas decorrentes a cargo de outro. Um dos pontos da questão diz respeito ao pagamento de impostos por magistrados. Em 1929, o Consultor-Geral da República faz parecer em processo, no qual Joaquim Xavier Guimarães Natal, ministro aposentado do STF, solicita restituição de impostos descontados em sua folha de pagamento, a partir do argumento da irredutibilidade de vencimento de magistrados. O parecer é pela negativa, sob o argumento que magistrados devem pagar os mesmos impostos que demais servidores públicos²⁵⁰. Ainda, o parecer menciona a Circular 64, de 1927, que estabelece que “os vencimentos dos funcionários dos Estados e dos Municípios estão sujeitos ao imposto sobre a renda, em que incide toda e qualquer remuneração, proveniente de qualquer título que, quem quer que seja, perceba no território nacional”²⁵¹. O Consultor-Geral da República indica que a despeito do texto advindo da reforma constitucional (1926) e das decisões administrativas, o STF tem tido decisões que apontam a inconstitucionalidade dos descontos efetuados na folha de pagamento de magistrados.

Em 1931, foi expedido o Decreto 19.723 que, no art. 8º, estabeleceu que “são passíveis do imposto sobre a renda os vencimentos de todos os membros da

²⁴⁸ Os outros dois momentos foram: 1 – a sugestão de Marshall, diante do processo de impeachment do justice Samuel Chase, de criação de um tribunal no Congresso, fora e acima das cortes regulares; 2 – a recusa de Lincoln de obedecer a decisão que negava liberdade ao escravo Dred Scott, bem como a desobediência à decisão da corte quanto a manutenção do *habeas corpus*, suspendendo a garantia durante a Guerra da Secessão (BITTENCOURT, 1968, p. 16).

²⁴⁹ Não consegui localizar nenhuma outra situação em que Vargas invoca a possibilidade de rever decisões judiciais. Foi feita pesquisa no site do STF tendo como critério de busca o número da lei e do decreto.

²⁵⁰ Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/passado-limpo-imunidade-imposto-rendajuizes>>. Consulta em 27 ago 2016.

²⁵¹ Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/passado-limpo-imunidade-imposto-rendajuizes>>. Consulta em 27 ago 2016.

magistratura da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre, bem como os do funcionalismo público dos Estados e dos Municípios”. O judiciário decide ações questionando a constitucionalidade da cobrança²⁵². Através do DL 1.564, de 5/09/1939²⁵³, Vargas, fundamentado no art. 96 da Constituição, confirma a constitucionalidade da cobrança dos impostos. O que, em um primeiro momento, pode ser lido como a derrota do STF neste cabo de força, mostra uma faceta mais dúbia quando somos apresentados ao debate travado no STF: se o Decreto 1.564 tem efeitos retroativos (e, portanto, todas as decisões judiciais que determinaram a não cobrança de impostos por inconstitucionalidade seriam nulas) ou somente prospectivos (o que, evidentemente, fragiliza sua eficácia). Em 24/11/1939, foi noticiado em *O Jornal* que havia as duas posições distintas no tribunal. A primeira capitaneada pelo Min. Carlos Maximiliano, e a segunda defendida por Laudo de Camargo²⁵⁴.

Maximiliano partiu da doutrina americana para ressaltar o papel das Cortes na cúpula do regime²⁵⁵ e manifestou a impossibilidade de recorrer ao direito comparado para interpretar o alcance do art. 96 pois não há mecanismos similar em outros países. A análise de Maximiliano é a de que a atuação do Presidente da República no controle de constitucionalidade equivale a embargos infringentes à decisão. Por fim, considerou que o Decreto 1.564 confirmou tanto as regras atuais como pretéritas (que o tribunal havia fulminado por inconstitucionalidade). Assim, defendeu que todas as manifestações quanto à inconstitucionalidade seriam revogadas, tendo, portanto, efeitos retroativos (O JORNAL, 1939, p. 4-5).

O Min. Laudo Camargo argumentou que a decisão deveria ser válida a partir daquele ano. O argumento é que a irretroatividade da lei era um “dogma rígido, contra o qual nada poderia o legislador ordinário, porque não resulta do mandamento da lei comum, mas foi adotado como regra constitucional” (O JORNAL, 1939, p. 4).

²⁵² Em consulta ao site e ao setor de jurisprudência do STF não foram localizadas as ações referidas.

²⁵³ Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 22 ago 2016.

²⁵⁴ E pelos Min. Carvalho Mourão, Octávio Kelly, Eduardo Espínola.

²⁵⁵ Escreve o Ministro “A Constituição de 1891 incorporou o Brasil ao systema democrático americano – o do governo de leis em vez do governo de homens; entre nós, como nos Estados Unidos e na Republica Argentina, a cupola do regimen achava-se na Côrte Suprema (...)” (O JORNAL, 1939, p. 4).

Prevaleceu a posição do Min. Carlos Maximiliano, favorável a Vargas. Deve ser notada a oposição existente no tribunal, especialmente se considerarmos que no momento do julgamento, dos onze ministros que compunham o tribunal, dez foram indicados por Vargas²⁵⁶. Ainda, o Tribunal havia passado por alterações ordenadas pelo Executivo tanto no Governo Provisório quanto no Estado Novo (conforme capítulo 3), o que presumivelmente afetou sua independência. E a questão dos impostos manteve-se com decisões desfavoráveis ao governo, demonstrando que, ainda assim, o STF teve capacidade de divergir do Presidente.

Mas a questão ainda não estava encerrada. Em 26/10/1953 o STF julgou o RE 22.435 no qual decidiu que o art. 8º do Decreto 19.723 tornou-se insubsistente em face do art. 17, X, da CF 34. Assim, ordenou-se a restituição das quantias indevidamente pagas (a discussão jurídica foi invocada por Procurador-Geral do Distrito Federal que alegou débito indevido relativo ao ano de 1935).

Percebe-se que o percurso de formação do controle de constitucionalidade é acidentado, com avanços e retrocessos. Tal como o do próprio STF. Por isso a dificuldade de expor as modificações legais como sinal de que o tribunal foi “amarrado”.

A Constituição de 46 mantém a sistemática do controle judicial de constitucionalidade difuso e o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei. Subsistiu o papel do Senado Federal para suspensão de lei declarada inconstitucional (art. 64), mas agora a suspensão somente poderia ocorrer após decisão definitiva do STF.

A representação novamente foi prevista como meio de possibilitar a intervenção federal. O art. 8º²⁵⁷, § único, que estabelece a arguição, teve origem no substitutivo Clodomir Cardoso, com a seguinte redação “No caso do n. VII, uma vez decretada a intervenção, será submetida pelo PGR ao Supremo Tribunal Federal, e só será levada a efeito se este a declarar inconstitucional”.

²⁵⁶ Carvalho Mourão, Laudo de Camargo, Octavio Kelly, Carlos Maximiliano, Armando de Alencar, Cunha Mello, José Linhares, Washington de Oliveira, Barros Barreto e Eduardo Espínola. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenaria.asp?id=855>>. Acesso em 28 ago. 2016.

²⁵⁷ Art 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

A intervenção federal teve mudança fundamental em relação à sistemática estabelecida na Constituição de 34: somente poderia ser decretado após a decisão do STF acerca da violação dos princípios constitucionais sensíveis por ato do estado. A decretação da intervenção era de competência do Presidente da República (e não mais do Congresso Nacional). A alteração na ordem (o STF decide sobre o ato e não sobre a lei de intervenção) foi proveniente de emenda ao projeto de constituição e teve como pano de fundo a preocupação com a relação entre Legislativo e Judiciário (DUARTE, 1947, p. 339-343).

Havia duas possibilidades de intervenção federal. A primeira a do Presidente da República decretá-la nas hipóteses de guerra civil, invasão estrangeira ou entre estados, guerra civil, garantia exercício poderes estaduais e assegurar execução de ordem ou decisão judicial (art. 7º, I a V). Nestas hipóteses²⁵⁸ o presidente decretava e posteriormente passava pelo controle do Congresso Nacional. Estas hipóteses escapavam à apreciação do judiciário por serem o que o Min. Castro Nunes designou como “matéria de índole meramente política” por “supor a perturbação da ordem jurídica por fatos e não sob a forma de leis” (STF, Rp 94).

A segunda possibilidade ocorria se o motivo fosse o descumprimento dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, VII)²⁵⁹. Nesta situação, o rito da intervenção era a provocação do PGR ao STF com a alegação de que ato estadual havia violado tais princípios. Se o STF considerasse a demanda procedente, informaria ao Congresso para que tomasse as providências cabíveis. O Senado tinha a competência de suspender a execução dos dispositivos impugnados e, se a suspensão fosse suficiente para o reestabelecimento da situação anterior, seria desnecessária a intervenção (art. 13). Desta forma, a criação da representação interventiva na prática perderia a centralidade como mecanismo constitucional capaz de dar respostas à situações de crise política envolvendo a federação.

²⁵⁸ Com exceção das hipóteses de garantia de poderes estaduais ou decisão judiciais (que deveriam ser solicitadas).

²⁵⁹ “a) forma republicana representativa;
b) independência e harmonia dos Poderes;
c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;
e) autonomia municipal;
f) prestação de contas da Administração;
g) garantias do Poder Judiciário”.

Houve debates substanciais na Assembleia Constituinte de 1946 acerca destas disposições. Inicialmente, os constituintes expressaram um conflito entre as visões americana e argentina de federalismo. Enquanto a primeira caracteriza-se como “princípio constitucional” e tem como premissa a diretriz rigorosa de não-intervenção, o segundo pauta-se pelo “princípio federal”, que se direciona pela intervenção da União nos estados (DUARTE, 1947, p. 322). Nos trabalhos constituintes mencionou-se a experiência brasileira de uso da intervenção de forma abusiva, quase sempre em desrespeito aos aspectos legais. A representação interventiva e as modificações efetuadas na Constituição de 1946 devem ser entendidas em um sentido mais amplo de concessão de competência para o STF conhecer questões políticas²⁶⁰.

A representação interventiva foi lida como tendo sido pouco relevantes, especialmente antes do regime constitucional de 1988 (BARROSO, 2016, p. 368). Entretanto, mesmo com poucas hipótese de intervenção federal sob a Constituição de 1946, a ação fez do STF um verdadeiro moderador de conflitos federativos e possibilitou que o tribunal estruturasse sua jurisprudência acerca do controle de constitucionalidade de lei em tese.

Os casos analisados no período pós 46, e entre 1965 e 1968, sugerem a hipótese de que a progressiva diminuição no uso de estado de sítio e intervenção federal levou ao aumento de ações que permitiram maior atuação do tribunal como mediador político. Neste contexto, a pouca utilização de intervenção federal é um sintoma do sucesso da ação (pois da declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF poderia haver a suspensão da lei sem a necessidade da intervenção ocorrer) e não de seu fracasso.

Somente em 1954, a lei 2.271 regulamentou o processo de intervenção (art. 8º, CF 1946). O legitimado para a propositura era o PGR, sempre que tomasse conhecimento da existência de ato que infrinja os preceitos previstos no art. 7º da Constituição de 1946. Este rol de princípios não constava na Constituição de 1891, a

²⁶⁰ “A Constituição de 1934 dispunha: ‘É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, proibição que a Constituição de 1937 manteve no art. 94. Agora, a de 1946 banuiu-a. Precisamente porque **confiou ao Supremo Tribunal Federal, nos casos em que mencionou, competência exclusiva para conhecer de questões políticas uma vez que lhe cabe a palavra sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato que implique na violação dos princípios cardeais enumerados no inciso VII e alíneas do art. 7º**” (DUARTE, 1947, p. 338, grifos meus).

qual estabelecia de maneira genérica que cada Estado se regerá “pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União”. Na reforma constitucional de 1926 colocou-se a termo a indefinição ao especificar os princípios cujo descumprimento possibilitava a intervenção federal²⁶¹. O rol amplo teve a tutela atribuída ao Poder Legislativo, o qual poderia decretar a intervenção no Estado em caso de ofensa por parte do Estado-membro.

Pontes de Miranda apontou que a decisão do STF em representação deve sempre ser *in concreto* e não tem o poder de suspender a execução da lei. Para que isso ocorra seria necessária a intervenção do Senado (PONTES DE MIRANDA, 1960, p. 398-9).

Buzaid já trazia a questão fundamental acerca da propositura da ação pelo ser de caráter discricionário ou vinculado²⁶².

Um exame superficial pode levar a crer que o Procurador, havendo representação da parte interessada, deva sempre e necessariamente arguir a inconstitucionalidade. Mas essa interpretação não se compadece com a natureza de sua função. O Procurador-geral da República só deve arguir a inconstitucionalidade quando disso estiver convencido. Sua missão não é de mero veículo de representações. Recebendo a manifestação do interessado, o Procurador-geral da República a estudará, apreciando se tem ou não procedência. Convencendo-se de que o ato arguido é inconstitucional, proporá a ação; em caso contrário, determinará o arquivamento (BUZAID, 1958, p. 110).

A lei que regulava a representação foi revogada em 01/06/1964 pela lei 4.337, a qual mantém a competência do PGR para a propositura da ação e, em seu artigo 2º, parece encerrar a debate acima exposto sobre a obrigatoriedade do PGR propor a ação ao dispor que: “Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar

²⁶¹ “Art. O Governo federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo: (...) II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionaes:

- a) a forma republicana;
- b) o regime representativo;
- c) o governo presidencial;
- d) a independência e harmonia dos Poderes;
- e) a temporariedade das funções electivas e a responsabilidade dos funcionários;
- f) a autonomia dos municípios;
- g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição;
- h) um regimen eleitoral que permita a representação das minorias;
- i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irredutibilidade dos seus vencimentos;
- j) os direitos políticos e individuaes assegurados pela Constituição;
- k) a não reeleição dos Presidentes e Governadores”

l) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretal-a;

²⁶² Esta questão será apresentada mais adiante neste capítulo, especialmente a partir do debate retratado por Mendes (1997).

de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal”²⁶³.

Aliomar Baleeiro fez diagnóstico da jurisprudência do STF acerca do julgamento das representações de inconstitucionalidade:

A observação dos 20 anos de vigência a Const. de 1946 mostra que as representações dos arts. 7º., VII e 8º, dela, tinham como autores, em sua maior parte, ora o governador do Estado, contra a invasão da iniciativa na criação de empregos e aumentos de vencimentos, ora as Prefeituras desfalcadas de algum distrito. Os governadores não tem interesse na intervenção federal. Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem agido com prudência na execução da Lei nº 4.337, de 1964, de sorte que suasóriamente obtém o resultado sem as graves consequências da intervenção federal (BALEIRO, 1968, p. 96).

Como veremos nos próximos itens não houve alterações substanciais nos temas julgados pelo STF nos primeiros anos após a EC 16/65. As questões federativas, especialmente aspectos do processo legislativo e questões municipais mantiveram-se como principais questões arguidas.

5.2.1 A EC 16/65 – criação do controle abstrato de constitucionalidade

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade teve um passo fundamental em seu desenvolvimento com a EC 16/65, que trata do poder judiciário e cria o controle abstrato de constitucionalidade. A emenda somente foi aprovada devido à mudança do quórum estabelecida pelo AI-2, de maioria qualificada para maioria simples (KOERNER, 2012, p. 30).

Como cautela inicial devemos ter em conta que o sentido do controle de constitucionalidade na década de 1960 não é o mesmo atribuído pós Constituição de 1988. Andrei Koerner (2010, p. 304) aponta que: “a análise dos formatos institucionais postos nos textos legais devem ser feitas com muitas reservas”, isto porque a atribuição de competência ao STF para julgamento de controle concentrado de constitucionalidade não significou simplesmente o papel de defensor da Constituição. Apesar do aumento dos poderes de controle do STF das normas produzidas pelo Congresso, os governos militares reservaram-se a

²⁶³ Em 1971 esta questão será abordada na Rcl 848, conforme será apresentado nos próximos itens.

prerrogativa legislativa e administrativa de manter a “revolução”. Desta forma, ao mesmo tempo em que houve a já citada ampliação da competência do STF, os Atos Institucionais foram excluídos da apreciação judicial, ao menos em aspectos de mérito.

A EC 16/65 é proveniente da PEC 6/65, proposta pelo Presidente da República, Castelo Branco, e foi votada em 23/11/1965. A emenda foi apresentada como “instrumento de adaptação do AI-2 ao estatuto básico do país”²⁶⁴ (BRASIL, DCN, 1965, p. 4073). E, nesse sentido, o reestabelecimento dos juízes da Justiça Federal atenderia ao princípio federativo²⁶⁵. Ainda no tema da alteração do judiciário em vista de adequação à federação, a emenda teria como uma de suas funções “instituir o ajustamento do repositório legislativo municipal aos princípios constitucionais” (BRASIL, DCN, 1965, p. 4073).

A proposta de criação de mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade já havia sido aventada no projeto de Reforma Judiciária feita por Comissão do STF²⁶⁶, citando, inclusive, o caso *Marshall* e o papel do STF em ter a última palavra em interpretação constitucional (STF, 1965, p. 485). A proposição consistia em incluir na competência do tribunal: “a - uma representação de inconstitucionalidade de lei federal em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, a semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, § único, CF 1946)”; e “b – uma prejudicial de inconstitucionalidade a ser suscitada exclusivamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República em qualquer processo em curso perante outro juízo”. Nesta proposta a limitação da iniciativa foi justificada para evitar abusos (embora não se mencionem quais seriam).

²⁶⁴ “Com a edição do Ato Institucional 2 consumou-se quase que inteiramente e chamada reforma judiciária limitada ao simples aumento da composição numérica de três tribunais e ao reestabelecimento dos antigos juizes federais como primeira instância do Tribunal Federal de Recursos. (...) foi na ampliação do número de ministros do Supremo Tribunal Federal que residiu, até sua solução, como fato consumado, pelo edito revolucionário, o centro da crise entre dois dos poderes constitucionais do Estado” (DCN, 1965b, p. 4073).

²⁶⁵ “De margem à última inovação, que melhor atende ao princípio federativo e a respeito da qual não se fizeram presentes maiores restrições (...)” (DCN, 1965b, p. 4073).

²⁶⁶ A Comissão Coordenadora era composta por Ministros Luiz Gallotti, Cândido Mota Filho e Victor Nunes Leal. Juntamente com o então Presidente do STF, Min. Ribeiro da Costa, entregaram o projeto ao Min. da Justiça, Milton Campos, em 10/06/1965, portanto cerca de cinco meses antes da aprovação da EC 16/65.

Ainda, o projeto previa a faculdade de o Supremo Tribunal definir a controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientaria outros processos (STF, 1965, p. 485). Entretanto, a EC 16/65 foi além do apresentado pelo STF, pois a representação não se limitou a ter como parâmetro de controle os princípios previstos no art. 7º da Constituição Federal. Para Seabra Fagundes, a inovação no controle de constitucionalidade adveio da sugestão do Min. Victor Nunes Leal nos debates acerca da reforma do STF (SEABRA FAGUNDES, s/d, p.9).

A criação desta representação estaria relacionada à reforma tributária engendrada por Otávio Bulhões e Roberto Campos e estabelecida pela EC 18 (1/12/65) (SLAIBI FILHO, s/d; KOERNER, 2012, p. 14).

A criação desta forma de controle de constitucionalidade em um contexto de regime militar, especialmente após interferências no judiciário, fez com que a interpretação prevalecente seja a de que, ao criar este mecanismo de controle de constitucionalidade, o Presidente da República poderia controlar o Congresso Nacional em mais um lócus. Esta situação é explicada por Sarmento (2010, p. 61) nos seguintes termos:

Pode parecer paradoxal que um governo de exceção tenha querido instituir novo mecanismo de controle de constitucionalidade, que, afinal, representa instrumento de fiscalização do respeito aos limites do exercício do poder político. Mas não havia paradoxo algum. É que 'o diabo mora nos detalhes': a representação de inconstitucionalidade só podia ser promovida pelo Procurador Geral da República, que, à época, era funcionário de confiança, escolhido e exonerado livremente pelo Presidente. Assim, não havia qualquer risco de que as suas ações viessem a contrariar os interesses do regime (...). Por outro lado, como as decisões na representação de inconstitucionalidade possuíam eficácia *erga omnes*, tal ação, na prática, diminuía os poderes dos juízes e tribunais ordinários na jurisdição constitucional, transferindo-os para o STF, que, pela sua composição política, era tido como mais confiável pelo governo. E, além disso, pela representação era possível o controle dos atos normativos dos Estados, que podiam eventualmente ser governados pela oposição.

Koerner (2012) trata da questão em um sentido mais sofisticado. Para ele um aspecto que deve ser considerado na criação desta representação é que vigorava o sistema de binarismo partidário (criado pelo AI-2) o que alterava o funcionamento do Congresso Nacional. Desta forma, em caso da base governista ser minoritária poderia solicitar ao PGR a propositura da demanda. O que faria com

que representação de inconstitucionalidade fosse “uma extensão da extensão da participação do Presidente da República no processo legislativo” (KOERNER, 2012, p. 33). Além do aumento de competência do Executivo no processo legislativo, foi criada uma nova etapa em que, ao menos virtualmente, caberia somente ao Presidente, via PGR, acessar. Assim mantém uma vantagem nas negociações com o Congresso, pois aquelas que fossem mais custosas poderiam ser desviadas ao STF.

Para Koerner:

Em suma, a centralização do controle da constitucionalidade no Brasil não é gradual, e o aspecto mais relevante de sua criação não é sua relação com o controle difuso, mas as transformações políticas do autoritarismo e as relações entre os poderes do Estado no pós-64. Além disso, se foi criada para evitar a sobrecarga de trabalho no STF, o foi na medida em que era compatível com o fortalecimento dos poderes do Presidente da República de atuação no processo legislativo, de intervenção nos Estados e de suspensão dos direitos e garantias individuais. Mais especificamente, o STF foi investido no papel de instância conformadora dos poderes do Congresso, dos estados, da administração e de outros juízes, ao mesmo tempo em que foi desvestido de seu papel de garantir os direitos políticos da oposição e da contestação política. (KOERNER, 2012, p. 34)

Vanessa Schinke parece seguir esta perspectiva ao considerar que o controle de constitucionalidade era um ponto central da maneira como a Doutrina de Segurança Nacional apresentava as funções do judiciário (SCHINKE, 2016, p. 73). É no sentido de centralidade do judiciário para a DSN²⁶⁷ que Schinke interpreta a afirmação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que “o controle sobre a lei se traduz pela verificação da constitucionalidade, considerada básica para a sobrevivência do regime constitucional” (SCHINKE, 2016, p. 134).

Entretanto, nas obras do período não foram encontrados demandas acerca da criação desta forma de controle de constitucionalidade e/ou de seu papel na defesa do constitucionalismo. Somente após a constituição de 1967 o tema parece assumir relevância nos debates jurídicos. Esta hipótese fundamenta-se também na maneira como o STF recebeu a EC 16/65.

²⁶⁷ “Desde seu início, o golpe articulou conceitos destinados a forjar um projeto constitucional, cuja defesa dos seus princípios, dentro da estrutura institucional do Estado, caberia ao poder judiciário” (SCHINKE, 2016, p. 134).

5.2.1.1 EC 16/65 vista pelo STF

Na sessão de 07/12/1965 houve debate acerca da competência para julgamento de *habeas corpus* pelas turmas (art. 5º, EC 16), entretanto não houve quaisquer referências à competência no controle de constitucionalidade (STF, Relatório de Atividades de 1965, p. 147-152). Daí se concluir que no STF a criação do controle concentrado de constitucionalidade não foi considerado um tópico relevante, ao menos em um primeiro momento.

A EC 16/65 também restringiu a possibilidade de recursos de decisões do Tribunal Superior do Trabalho, os quais somente seriam cabíveis se contrariassem a CF (art. 122, § 1º). No Agravo de Instrumento 37.055/CE, decidido em 01/06/1966, o tema foi enfrentado pelo Plenário da Corte. O caso foi submetido ao Plenário por solicitação do relator, Min. Pedro Chaves, que argumentou que seria uma oportunidade para o STF enfrentar seu entendimento anterior de impedir o seguimento de recursos trabalhistas. O ponto arguido é que apesar da restrição de recursos trabalhistas ao STF ser proveniente da proposta elaborada pela própria Corte, a maneira como ocorreu gerou uma situação imprevista pois que o ponto central da disposição da EC 16/65 não foi a restrição ao tipo de recurso, mas da instituição de onde proveria o recurso. Desta maneira debateu-se o cabimento de mandado de segurança em casos em que não houvesse recurso previsto, como em execução trabalhista. Neste sentido, houve divergência entre os ministros, especialmente entre o bloco formado por Evandro Lins e Silva, Pedro Chaves, Victor Nunes Leal de um lado, e Hermes Lima, de outro. Aqueles lembraram que em decisões anteriores²⁶⁸ o STF havia decidido que a EC havia excluído os recursos extraordinários em execução trabalhista, quando não envolvida matéria constitucional. Entretanto, recursos extraordinários provenientes de decisões de outros órgãos (como dos Presidentes dos tribunais regionais do trabalho) não estariam incluídas na emenda.

Para o Min. Hermes Lima a emenda (16/65) deveria ser interpretada no sentido de “(...) visava que as questões trabalhistas corressem, se decidissem, se consumassem dentro da esfera trabalhista”. E questionou o que considerou a

²⁶⁸ RE 55600, RE 56.676 a 59.746 (julgamento 13/04/1966).

“abertura de uma válvula de escape” e que na “dialética do advogado” haveria uma ampliação do uso de recursos trabalhistas que chegariam ao STF. Para Lima o “Tribunal chega, nesses casos, a estar legislando” (Agl 37.055/CE). A posição de Hermes Lima é do que poderíamos designar como auto-restritiva, como ficará claro na análise das representações de inconstitucionalidade.

A decisão final foi unânime pela improcedência do recurso, mas nas razões de decidir a possibilidade do uso do mandado de segurança para suprimir a falta de recursos em execução trabalhista. O Min. Carlos Medeiros Silva apontou a possibilidade de emenda regimental para tratar da questão, mas não consta que tenha sido feita.

Este caso é emblemático para perceber que a EC 16/65 não foi vista pelos ministros como uma intervenção completamente externa. Isto porque sua genealogia foi identificada a proposta elaborado pelo tribunal²⁶⁹ a qual em grande medida pautou-se pela narrativa da crise do judiciário²⁷⁰. O tribunal organizou-se como forma de dar uma resposta às modificações ocasionadas pela EC. A interpretação mais restritiva foi substituída pela que oferece pequena margem de abertura.

Um dos debates existentes no período acerca do controle de constitucionalidade envolve a possibilidade do Presidente da República não aplicar a lei, sem decisão judicial, com o argumento que seria inconstitucional.

Este debate chegou ao STF em diversos momentos, sendo marcantes as discussões ocorridas no julgamento do MS 15.886²⁷¹. Neste mandado de segurança, os impetrantes solicitaram que o Presidente da República aplicasse a lei 4.449/1964 que dispôs sobre quadro de pessoal de autarquias. A lei foi parcialmente vetada pelo Presidente da República por inconstitucionalidade e por inconveniência à

²⁶⁹ “Victor Nunes Leal: Sr. Presidente, **o anteprojeto de emenda constitucional do Supremo Tribunal era perfeitamente lógico** sobre a matéria que estamos discutindo. Ele também suprimia os recursos trabalhistas para esta Corte, salvo quando a decisão ofendesse a Constituição. Mas também previu o caso das execuções trabalhistas, da mesma maneira que o das decisões de alçada do Justiça Comum (...)” (Agl 37.055/CE, grifos meus).

²⁷⁰ “Sem dúvida, a intenção que motivou a reforma foi a um tempo desafogar o Supremo Tribunal Federal, da avalanche de recursos referentes as questões trabalhistas e enfatizar a finalidade de Justiça do Trabalho, de tão completo e custoso organismo, para o pronto atendimento de seus julgados, instrumentos de paz social, cuja procrastinação, através de recursos e recursos, só concorria para a intrangilidade e incerteza no âmbito das relações entre o capital e o trabalho” (Agl 37.055/CE).

²⁷¹ Este debate é trazido em artigo publicado na Revista de Direito Público por Clénio da Silva Duarte, Consultor Jurídico do DASP, para quem o Presidente da República não pode negar cumprimento à lei por alegada inconstitucionalidade.

administração pública, mas os vetos foram derrubados pelo Congresso. Neste contexto o Presidente recusou-se a aplicar as partes vetadas alegando inconstitucionalidade²⁷².

O marco temporal é de particular importância para analisar este caso. Isto porque a lei foi sancionada em 29/10/1964, e promulgada em 31/03/1965. Em 26/11 do mesmo ano foi promulgada a EC 16/65. O mandado de segurança foi julgado em 26/05/1966. Ou seja, a criação da representação alterou o panorama ao estabelecer um mecanismo de provocação judicial acerca da inconstitucionalidade. O próprio parecer do Consultor-Geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa, exarado em 07/05/65, apontou o não cumprimento da lei como alternativa possível do presidente, vez que inexistia mecanismo de controle de leis federais.

18. Nesta oportunidade, permito-me lembrar ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a necessidade de estudar a possibilidade de emenda constitucional, para que se estenda também às leis federais o processo de representação, tal como prevista para a hipótese de leis estaduais (Lei 4.337, de 1 de junho de 1964), já que outro remédio inexistia para salvaguarda do ponto de vista do Poder Executivo.

19. A outra solução alvitrada neste expediente é o de se não dar cumprimento à lei, por sua manifesta inconstitucionalidade (CGR, Parecer H-184, p. 249).

No voto do Min. Relator, Victor Nunes Leal, aparece a questão prejudicial sobre a possibilidade de o Presidente deixar de aplicar lei reputada inconstitucional. Nunes Leal defende uma mudança jurisprudencial acerca do tema. Isto porque o Tribunal classicamente entendia que cabia “ao Executivo a opção entre provocar a manifestação do Judiciário, ou não cumprir a lei que repute inconstitucional, e ao Legislativo a de anular leis ofensivas da Constituição” (STF, MS 14.886, p. 322). E em tal entendimento cita vários precedentes²⁷³. Para o Ministro Relator este panorama alterar-se-ia com a EC 16/65, na medida em que o Presidente tinha a possibilidade de informar ao PGR para que propusesse a representação, não subsistindo, assim, justificativas para a não aplicação da lei.

²⁷² Inconstitucionalidade seria por aumentar despesas sem a iniciativa do Executivo, em desconformidade com o art. 4º do AI (1); e por efetivar funcionários interinos sem concurso, em violação do art. 186 da Constituição de 1946.

²⁷³ Rp 322 (1957), RMS 4.211 (1957), RMS 5.860 (1958), MS 7.234 (1960), Rp 512 (1962), RE 55.718 (1964), RMS 14.557 (1965).

Na leitura de Leal, a criação da representação de inconstitucionalidade forma um sistema harmônico que deve ser lido a partir das competências que cada poder tem no processo legislativo.

Teremos, assim, um mecanismo coordenado e harmônico no que respeita à inconstitucionalidade das leis. O Presidente da República manifestará o seu entendimento através do veto e, se este for rejeitado, poderá reiterá-lo através da representação de inconstitucionalidade, a ser formulada pelo Procurador Geral, titular de sua imediata confiança. O congresso, por sua vez, dará o seu pronunciamento, primeiro, quando votar o projeto e, depois, quando tiver de apreciar o veto. Finalmente, o Judiciário, guarda e equilíbrio dos poderes, solucionará a controvérsia, pela voz do Supremo tribunal, ao julgar a representação (BRASIL, MS 14.886, 1965, p. 323).

Este mandado de segurança teve densos debates jurídicos nos quais foram abordados dentre outros itens: a – efeitos da declaração de inconstitucionalidade (temporais e afetação da lei no plano de existência), b – função do Presidente da República no que diz respeito à proteção da Constituição, c – diferenças entre interpretar a constituição e declarar lei inconstitucional; d – aplicação da EC 16/65 aos fatos ocorridos antes de sua promulgação, e – possibilidade dos Governadores de Estado de atuação na hipótese de leis inconstitucionais. Neste contexto o Relator foi vencido por pequena margem²⁷⁴. O Min. Carlos Medeiros Silva concordou com o relator. Medeiros construiu seu argumento retomando sua discordância com a tese de que o Presidente poderia não aplicar a lei por motivo de inconstitucionalidade, retomando inclusive parecer exarado enquanto Consultor Geral da República. A decisão de Silva poderia causar surpresa, especialmente se considerarmos que foi uma das principais figuras jurídica de defesa da “revolução” e tenha defendido expressamente a importância de modificar o processo legislativo, em claro fortalecimento do papel do Executivo. Entretanto, o que se percebe é que mesmo os indicados via AI-2 não atuaram de maneira marcadamente política na Corte, mas em vários momentos concordaram com os ministros posteriormente aposentados forçadamente.

A questão acerca da possibilidade de não aplicação de lei reputada inconstitucional volta a ser enfrentada no MS 16.003. Neste mandado de segurança,

²⁷⁴ Seguiram seu entendimento os Ministros Carlos Medeiros Silva, Evandro Lins e Silva, Gonçalves de Oliveira e Vilas Boas. Votaram de forma contrária os Ministros Candido Motta Filho, Aliomar Baleeiro, Prado Kelly, Pedro Chaves, Luiz Gallotti e Adalício Nogueira.

que em muito assemelha-se e faz referência ao MS 15.886, tratou-se da possibilidade de o presidente não cumprir lei inconstitucional, cujo veto foi derrubado, e com isso deixar de gerar efeitos pecuniários a servidores públicos. O mandado de segurança foi denegado por questão processual (considerou-se que não é a forma processual adequada para tratar de questões de legalidade e por não permitir a individualização das situações jurídicas). O julgamento ocorreu em 30/11/1966, e com exceção do Min. Aliomar Baleeiro, que adotou posição considerada política²⁷⁵, os demais ministros interpretaram limites à possibilidade do presidente não aplicar leis consideradas inconstitucional.

A posição mais enfática foi defendida pelo Min. Oscar Saraiva²⁷⁶, cujas arguições colocaram em primeiro plano questões fundamentais como a relação entre os poderes, o processo legislativo e a quem cabe a interpretação das leis:

(...) mas se descermos na escala do Poder Executivo, a todo membro integrante da Administração Pública, passando pelos Ministros de Estado e pelos funcionários, todos competentes para a interpretação da lei, teríamos instituída a desordem legislativa, numa hermenêutica semelhante ao liberalismo protestante, o da livre interpretação da Bíblia pelo crente. No caso, teríamos a livre interpretação da Constituição pelo seu aplicador, *in rasu* com a preterição manifesta do Poder Judiciário, que é o único órgão constitucionalmente capaz de dizer se a lei é ou não inconstitucional (...)

Quanto ao processo legislativo, foi aventado que, em caso de sanção do presidente da república, ele não poderia invocar inconstitucionalidade da lei. O ponto nebuloso na argumentação dos ministros é justamente quando, a despeito do veto, a lei foi promulgada (ou seja, com a derrubada do veto pelo parlamento). Alguns ministros, como Gonçalves de Oliveira, votaram no sentido que, sendo lei, vige o princípio da presunção da constitucionalidade. Desta maneira, apesar do resultado de improcedência, o debate sobre o impacto da EC 16 foi bastante profícuo, e não especialmente alinhado ao que se seria o interesse do Executivo.

²⁷⁵ “A meu ver, o Presidente da República pode, como qualquer cidadão, aceitar o risco de não cumprir uma lei, sob color de que é inconstitucional. (...) A par disto, êle corre o risco a que me reporto, o risco mais importante, que é o político. Se o Poder Legislativo, principal prejudicado com isto, afora o particular, no interesse de seus direitos subjetivos, quizer reagir, poderá aplicar o *impeachment*, de acôrdo com a Lei n. 1.079, de 10.4.50, risco que o Presidente da República aceitou. O julgamento é político e se metade dos Deputados vier a considerar recebida a Representação, para decretá-la perante o Senado, o Presidente da República ficará imediatamente afastado do seu emprêgo. Portanto, o Presidente da República pode fazer isto e não adianta dizermos se pode, ou não, porque êle fará se quizer, sempre aceitando êste risco” (BRASIL, STF, MS 16.003).

²⁷⁶ Ministro do Tribunal Federal de Recursos, foi convocado para cumprir o quórum regimental.

A existência de debates internos à Corte é um item importante para compreender a criação do controle abstrato de constitucionalidade. O argumento de Sarmiento é que a criação deste controle serviria para redução da autonomia do Congresso, em outra esfera, especialmente se STF for lido como o “poder menos perigoso”. Entretanto, foi uma aposta arriscada pois colocou na pauta a modificação do entendimento tradicional de que o Presidente não estava obrigado a cumprir lei reputada inconstitucional. O STF mostra-se espaço de debates jurídicos robustos e não apenas de referendo das teses do PGR ou do presidente. É possível considerar que estes debates saíram do Plenário da Corte e foram reverberados em outros espaços. Um exemplo é o discurso de Josaphat Marinho no Congresso Nacional, no qual abordou a controvérsia sobre a possibilidade de não aplicação de lei por motivo de inconstitucionalidade e a EC 16/65²⁷⁷:

Não lhe cumpria, porque tal não lhe é permitido, suspender, por sua deliberação exclusiva, lei votada e mantida pelo Congresso Nacional, pois que este recusou o veto. Só o supremo Tribunal Federal tem competência constitucional para fulminar a eficácia da lei, impedindo-lhe a execução ou as consequências nela previstas... Se quisesse obter regularmente a suspensão da vigência da lei, o governo tinha, como tem, o caminho certo previsto na Emenda Constitucional n. 16 (MARINHO, 1989, p. 98).

Marinho (1989) fez um apanhado dos debates sobre a possibilidade do chefe do Executivo não cumprir a lei por inconstitucionalidade (o autor discorda veementemente desta possibilidade) e cita textualmente o voto dissidente de Leal no MS 15.886, demonstrando a existência de uma comunicação entre instituições, ainda que não seja possível mensurar o seus alcance.

5.2.2 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1967

O controle de constitucionalidade é alçado a uma questão importante na Constituição de 67 (art. 114) e pelo já citado DL 216. Para alguns, a competência do

²⁷⁷ O discurso foi feito contra a Circular n. 32 de 1966, expedida pelo Gabinete Civil da Presidência da República que ordenou o não cumprimento da lei 4950-A, a qual alterava padrão de remuneração de determinadas atividades. Menciona-se no texto que o discurso foi publicado no Diário do Congresso Nacional de 19/06/1966, entretando em buscas no site <<http://legis.senado.gov.br/diarios/PublicacoesOficiais?>> não consegui localizar tal discurso.

STF para fazer tal controle é “o mais importante poder conferido pela Constituição de 1967 ao Supremo Tribunal Federal” (GONÇALVES DE OLIVEIRA, 1967, p. 32).

Como veremos no próximo item, ao analisar as representações de inconstitucionalidade, foi somente a partir da Constituição de 1967 que a representação em relação às leis federais é decidida pelo STF. Isto sugere que antes desta constituição não houve relevância do instituto.

Tal como apresentado no capítulo 3, o debate sobre a lei e poder de fazê-la foi uma questão central na década de 1960. Neste sentido, o controle de constitucionalidade abstrato pode ser lido como mais uma etapa do processo legislativo, com a segunda possibilidade de veto da lei, mas sem a inconveniência de posterior reversão pelo parlamento. Esta relação entre controle de constitucionalidade e veto é expresso pelo Min. Gonçalves de Oliveira em avaliação sobre o STF na Constituição de 1967:

Geralmente esta alta autoridade [PGR] tomará tal iniciativa por solicitação do Chefe do Executivo federal, como as que tem tantas tomado por solicitação dos Governadores dos estados, quanto a leis estaduais, quando há veto e o veto é rejeitado. O Supremo, em tal hipótese, julga em tese e seu pronunciamento é levado ao conhecimento do Senado para suspender a vigência da lei (GONÇALVES DE OLIVEIRA, 1967, p. 32).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar do processo legislativo, dispõe sobre o controle judicial das leis. Para o autor, a Suprema Corte americana faria tal controle sob a cláusula aberta do *due process of law*, enquanto que o STF pautar-se-ia no princípio da isonomia. E, contra as críticas de que este controle conduziria ao governo dos juízes, Ferreira Filho rebate que seria improvável, pois as condições que permitiram o caso mais extremo – a atuação da corte americana no *New Deal* – seriam muito difíceis de serem repetidas (FERREIRA FILHO, 1968, p. 242-243).

Esta questão chegou também aos jornais. Em 07/06/67 o *Correio da Manhã* publicou nota tratando de situação semelhante aos MS 15.886 e 16.006 (ou seja, veto e sua derrubada em lei que trata de servidores públicos). A nota menciona a EC 16 e a mudança que estabeleceu no sistema de controle constitucional e cobra regulamentação do artigo 114 para que seja previsto prazo para a propositura da representação de inconstitucionalidade e com isso barrar o “discrecionalismo administrativo” (CORREIO DA MANHÃ, 1967, p.6).

Ainda que no novo regime, a interpretação dada é a de que a decisão pela inconstitucionalidade demanda também resolução do Senado para suspensão da lei (MAGALHÃES, 1967, p. 306).

A mudança do regimento do STF para inclusão da representação de inconstitucionalidade foi feita somente em 17/03/1967 (dois dias após o início da vigência da constituição de 1967).

As mudanças posteriores nas constituições tiveram impacto no controle de constitucionalidade, tanto pelas alterações via novas constituições e emendas emendas, quanto pelas próprias modificações do tribunal no período, especialmente quanto a seus integrantes.

No relatório das atividades do STF referente ao ano de 1971, o Min. Aliomar Baleeiro traçou um panorama do controle de constitucionalidade na Corte.

A atividade do Supremo Tribunal tem sido intensa e exuberante na polícia das inconstitucionalidades. Se pecou, nessa matéria, tem sido por excesso de zelo em impor às Constituições e leis estaduais a letra e não apenas o espírito do texto da Carta Federal. Por isso mesmo, já se observou que, nos últimos 25 anos, declarou mais dispositivos inconstitucionais do que a Corte Suprema dos Estados Unidos em quase dois séculos.

De certo, como já ponderou agudamente o Sr. Oswaldo Trigueiro, isso decorre das freqüentes reformas e emendas constitucionais, além da instabilidade e expansão de nossa frondosa floresta de Leis, Leis Delegadas, Atos Institucionais, Atos Complementares, Decreto-leis e Regulamentos. Mas, às vezes, - comenta-se - a fidelidade à Carta Federal tem descido ao ponto redacional e de técnica legislativa das Constituições Estaduais, coibindo-lhes quaisquer veleidades de regular seus problemas de maneira adequada às peculiaridades, convicções, conveniências e propensões locais sem substancial agressão aos princípios e disposições da Constituição Federal (BALEEIRO, 1972, 472).

Em 1971 já se esboçava o diagnóstico de excesso do STF na atuação no controle de constitucionalidade. Como veremos no próximo item, houve diversas lutas internas à Corte quanto ao sentido de constituição enquanto da construção de parâmetros nas representações de inconstitucionalidade.

5.3 REPRESENTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DECIDIDAS ENTRE 1965-1968

5.3.1 Definição dos casos

Um ponto central deste trabalho é analisar como o STF decidiu casos envolvendo a recém criada representação de inconstitucionalidade, entre 1965 e 1968. Interessa verificar quais os assuntos que chegavam à Corte, a decisão, e também, se havia divergências significativas no tribunal. Isto porque, conforme foi trazido na parte anterior deste capítulo, o controle judicial de constitucionalidade está intrinsicamente relacionado à relação (conflituosa) entre os campos político e jurídico. A hipótese é que a representação pode ser lida como um sintoma dessa conflituosidade, e, portanto, a análise desses processos permite chegar ao papel da corte em momentos politicamente controvertidos.

A Constituição de 1967, ao mesmo tempo em que estabeleceu indubitavelmente a competência do STF para o julgamento da representação de inconstitucionalidade, complexificou o panorama, ao prever o uso desta representação quando houvesse inconstitucionalidade no processo de adaptação das constituições estaduais. Vários dos casos decididos em 1968 referem-se a este tema, o que nos leva à importância da representação e sua relação com a teoria constituinte desenvolvida naquele momento.

Os casos foram definidos pelo critério temporal e tipo de ação. Em consultas ao site do STF, foi feita a pesquisa de jurisprudência com a expressão “representação de inconstitucionalidade” e o período entre 26/11/1965 (data da EC 16/65) até 31/12/1968²⁷⁸. Nesta pesquisa foram encontrados 82 acórdãos²⁷⁹.

Em segunda consulta, buscou-se afunilar estes resultados para incluir somente as representações, excluindo-se assim as demais classes de ações. Após esta exclusão restaram 65 casos, sendo: i - 22 decididos em 1966; ii – 20 em 1967,

²⁷⁸ Foi definido como período 1968 pois houve a compreensão de que o AI-5 (13/12/1968) alterou substancialmente o STF, comprometendo o resultado da pesquisa.

²⁷⁹ Pesquisa feita em 26/09/2016.

e, iii – 23 em 1968, conforme tabela 3. Estes dados contrariam os apresentados por Gilmar Ferreira Mendes (2006, p. 69), conforme Anexo 4²⁸⁰.

Estes números não mostram um aumento em relação ao julgamento das representações em períodos anteriores. Como comparação, entre 1962 e 1964 foram julgadas 49 representações.

TABELA 3 - REPRESENTAÇÕES ANALISADAS/ANO

	1966	1967	1968
1	583/AL	653/GO	762/DF
2	644/SE	727/RS	725/RS
3	672/DF	709/GO	712/MA
4	656/RN	676/GB	705/DF
5	581/PI	604/RN	764/ES
6	664/SC	689/GB	746/GB
7	688/MG	588/AL	745/DF
8	632/PB	658/SC	760/PE
9	654/BA	700/SP	656/RN
10	640/GO	710/PE	750/SP
11	667/SP	622/RN	739/RS
12	665/SP	642/RN	772/PA
13	609/SP	728/DF	702/GB
14	605/PR	707/GO	743/MG
15	675/SP	697/SP	741/SP
16	670/GB	680/GB	753/SP
17	687/GB	751/GB	718/RN
18	610/SP	669/SP	761/CE
19	686/GB	657/RN	732/SP
20	634/AC	701/RS	698/RN
21	623/RN		775/ES
22	699/GB		671/MA
23			749/RS
TOTAL	65 representações		

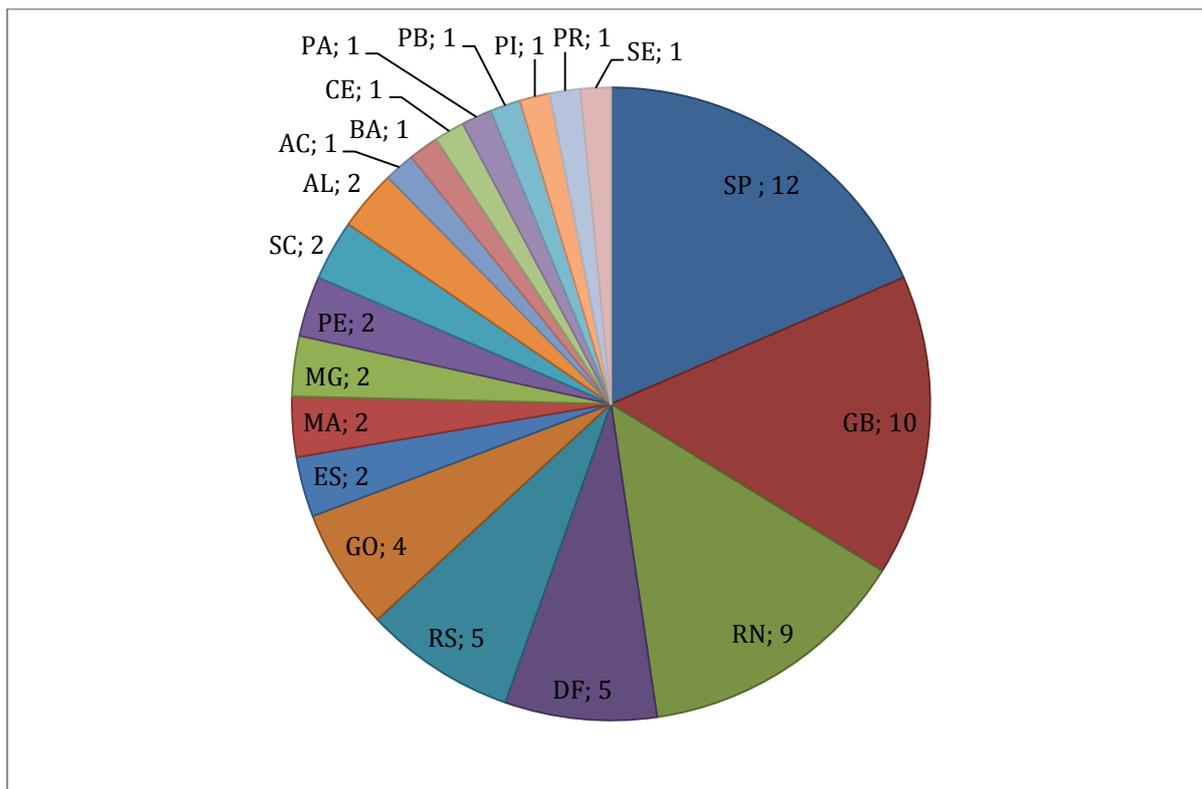
Como última advertência, deve-se alertar que nos números apresentados acima não se distingue entre as representações interventivas e as criadas pela EC 16/65 (as “representações abstratas”). Isto ocorre porque todas as ações eram nomeadas no STF como “representação”. Mesmo nas petições iniciais não ficou claro na maior parte dos casos, qual o tipo de ação proposta, pois a lei que tratava do rito processual (lei 4.337/64) era utilizada para ambas as situações. Desta forma a distinção ocorreu pela matéria (quando a arguição era acerca da inconstitucionalidade de lei federal claramente era hipótese de representação

²⁸⁰ Não foi possível verificar o motivo da divergência pois não foi apresentado os critérios da pesquisa.

abstrata) e pela menção na petição inicial dos instrumentos constitucionais que regiam a representação abstrata.

Do ponto de vista da distribuição por estados, a relação foi:

FIGURA 1 - DISTRIBUIÇÃO POR ESTADO DAS REPRESENTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE



Há claro predomínio do estado de São Paulo com 12 ações, seguido pela Guanabara (10), Rio Grande do Norte (9)²⁸¹ Distrito Federal (5), Goiás (4), Minas Gerais, Maranhão, Espírito Santo, Pernambuco, Santa Catarina, Alagoas (2 cada) e os demais estados (Acre, Bahia, Ceará, Pará, Paraíba, Piauí, Paraná e Sergipe) com 1 ação cada.

Embora não se objetive abordar as condições políticas dos estados, deve ser feita referência a Guanabara. O estado surgiu com a mudança da capital do país para Brasília, em 1960²⁸², composto da cidade do Rio de Janeiro. As demais cidades

²⁸¹ Destes, quatro referem-se à criação de municípios.

²⁸² Lei San Tiago Dantas (3.752/1960). A lei não previu quaisquer indenizações ao nascente estado da Guanabara. O art. 3 dispunha que: "Art. 3º Serão transferidos ao Estado da Guanabara, na data de sua constituição, sem qualquer indenização, os serviços públicos de natureza local prestados ou mantidos pela União, os servidores nêles lotados e todos os bens e direitos nêles aplicados e compreendidos".

formaram o estado do Rio de Janeiro. Em 1961, houve constituinte para a criação da constituição da Guanabara. A alta proporção de representações (especialmente se comparadas com o território reduzido do estado) por ser lida pela necessidade de estruturação administrativa, constitucional e legal do estado. Deste modo, a existência das representações demonstra ordem jurídica e política novas, especialmente em um ambiente de divergências políticas.

O estado existiu até 1975, quando foi unido ao Rio de Janeiro mediante proposta do Executivo federal²⁸³, sem que houvesse consulta à população. A curta vida do estado pode ser explicada pela prevalência do MDB no estado²⁸⁴. Desta maneira, a fusão com o Rio de Janeiro diminuiria sua importância política.

5.3.2 Hipóteses iniciais

A partir das mudanças constitucionais, legislativas e no próprio STF, tratadas nos capítulos antecedentes, uma das primeiras hipóteses aventadas acerca da criação do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade é a de que a representação ampliava o poder do Executivo federal e, por isso, seria mais um modo de controle. Esta hipótese é apresentada por Daniel Sarmento, conforme visto

²⁸³ A fusão foi feita através da Lei Complementar 20 (de 20/07/1974).

Art. 8º - Os Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara passarão a constituir um único Estado, sob a denominação de Estado do Rio de Janeiro, a partir de 15 de março de 1975.

Parágrafo único - A Cidade do Rio de Janeiro será a Capital do Estado.

Art. 9º - A Assembléia Constituinte do novo Estado será eleita a 15 de novembro de 1974 e se instalará a 15 de março do ano seguinte, sob a presidência do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Guanabara até a eleição de sua Mesa.

§ 1º - Para todos os efeitos de direito, os atuais Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara constituirão circunscrições eleitorais distintas e terão número de representantes igual ao de Deputados de suas atuais Assembléias Legislativas, corrigido na conformidade do que dispuserem as leis em vigor.

§ 2º - São aplicáveis a essa eleição as normas de direito eleitoral que disciplinam a de Deputados às Assembléias Legislativas dos Estados.

Art. 10 - Para os primeiros quatro anos de existência do novo Estado, o Presidente da República, nomear-lhe-á o Governador, atendidas as condições do art. 4º desta Lei Complementar.

Parágrafo único - O Governador, nomeado a 3 de outubro de 1974 na forma deste artigo, tomará posse a 15 de março de 1975.

Art. 11 - O Poder Judiciário será exercido pelo Tribunal de Justiça constituído pelos Desembargadores efetivos dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara e por seus Tribunais e Juízes.

Parágrafo único - O Governador do Estado estabelecerá em decreto-lei, o número de membros do Tribunal de Justiça e os critérios de aproveitamento e dos atuais Desembargadores, assegurada aos demais a disponibilidade a que alude o art. 144, § 2º, da Constituição federal."

²⁸⁴ A eleição de 1966 registrou 63,38% dos votos válidos no estado para o MDB. Como comparação, os dados nacionais foram de 30,51% (TSE, 1971, p. 25).

anteriormente. Nesta linha, o STF serviria como um moderador do conflito entre Executivo e Legislativo. Considerando que o STF também havia passado por modificações pelo regime, o STF seria um espaço já controlado, e, portanto, alinhado (ou, ao menos, permeável) à lógica do poder Executivo.

Outra hipótese é a de que, diante das alterações substanciais feitas no STF, a criação da representação de inconstitucionalidade seria uma maneira de conferir uma percepção de aumento de poder da Corte, mas sem efetivamente fazê-lo. Considerando que, em muitos países estava-se debatendo a criação de cortes constitucionais, a previsão de representação seria uma concessão à Corte, mas, possivelmente, sem impacto expressivo (até porque o PGR poderia não propor as demandas consideradas politicamente relevantes).

Tanto a primeira quanto a segunda hipótese podem ser reforçadas pela proximidade cronológica entre o AI-2 (27/10/65) e a EC 16/65 (06/12/65). Assim, em menos de 45 dias passa-se de uma situação em que o STF é alterado à revelia, para a ampliação de seus poderes a partir de projeto capitaneado por comissão composta por seus ministros. A Corte definitivamente foi vista como um ator importante na dinâmica de poder.

Entretanto, a dificuldade em localizar debates substanciais acerca da criação da representação abstrata faz surgir uma terceira hipótese: a de que a criação da representação foi feita como uma concessão aos juristas civis e não teve, ao menos no primeiro momento, grande repercussão na esfera jurídica. Antecipando os resultados, a leitura dos casos mostra que a propositura de demandas que tinham por objeto lei federal ocorreu quase um ano após a EC 16/65 (o primeiro caso identificado é a Rp 728/DF, proposta em 21/11/66 e julgada em 13/09/67). Isto demonstra que, mesmo que consideremos que a representação tenha sido criada para conter o Congresso Nacional, esta não foi sua utilização nos primeiros momentos. E isto nos levaria a duas explicações: a primeira é a de que o Congresso Nacional já estava devidamente controlado através das cassações e da criação do sistema bipartidário e, portanto, alinhado ao Executivo federal. Desta feita não haveria litígios relevantes a serem apresentados ao STF. A segunda hipótese é a de que o expediente somente seria utilizado em situações extremas, em uma análise de que algumas pequenas derrotas no Congresso não ameaçariam o regime. E não houve tal situação em curto espaço de tempo.

Embora não seja possível aferir com segurança o motivo de criação desta ação, é possível ao menos verificarmos qual a maneira que foi utilizada, especialmente ao examinar quais os tipos de conflitos que chegavam ao STF.

Para isso é importante avaliar: i - quem solicitou a propositura da ação²⁸⁵, ii - se foi utilizada prioritariamente em relação à leis federais ou estaduais, iii – qual a questão arguida.

Estes critérios permitem vislumbrar como a representação foi utilizada e decidida no STF. Desta maneira é possível estabelecer se efetivamente o STF foi um mediador em questões políticas sensíveis e, em caso positivo, qual o seu alcance.

5.3.3 Personagem central: Procurador Geral da República

A representação de inconstitucionalidade, até a Constituição de 1988, tem como figura central o PGR, na medida em que cabe a ele a propositura da ação. Segundo a lei 4.337/64²⁸⁶ (art. 2º), se o PGR tiver conhecimento da inconstitucionalidade por representação de qualquer interessado, proporá a demanda em 30 dias.

No regime da Constituição de 1946 o PGR era o chefe do Ministério Público Federal, indicado pelo presidente da república e aprovado pelo Senado Federal (art. 126). O PGR “funciona perante o Supremo Tribunal Federal. Como Chefe do Ministério Público Federal representa os interesses da União e fiscaliza a execução e o cumprimento da lei em todos os processos sujeitos a seu exame” (art. 6, DL 9.608/46). A competência do PGR era uma mescla do que hoje é desempenhada pela função e a parte contenciosa de competência do Advogado Geral da União.

No período analisado desempenharam a função de PGR cinco juristas, quatro se considerarmos que Candido de Oliveira Neto exonerou-se logo após o golpe militar.

²⁸⁵ O PGR em geral recebia a demanda para a propositura da ação de cidadãos ou de figuras-chave de outros poderes. Como exemplo: a maior parte dos casos envolvendo criação de municípios foi apresentado pelo prefeito do município desmembrado.

²⁸⁶ Esta lei de 01/06/1964 revogou a 2.271/54. A lei 4.337/64 foi elaborada para regular a representação interventiva, mas, na ausência de norma específica para regulamentar a representação abstrata, continuou a ser usada também para essa nova modalidade de ação.

TABELA 4 - PROCURADORES-GERAIS DA REPÚBLICA ENTRE 1964-1969

Nome	Ingresso	Saída	Ocupação anterior	Ocupação posterior
Cândido de Oliveira Neto	12/02/63	06/04/64	Min. Justiça	Sem informações
Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello	06/05/64	16/11/65	Embaixador, advogado, Min. TSE	Min. STF
Alcino Salazar	02/12/65	10/03/67	Secretário Justiça Guanabara	Não há informação profissional
Haroldo Valladão	30/03/67	13/11/67	Consultor Geral da República	Consultor Jurídico MRE
Décio Meirelles de Miranda	24/11/67	30/10/69	Advogado, juiz substituto, juiz TSE	TFR, Ministro STF

Fonte: CPDOC, sites do STF, da Procuradoria da República.

Há relação entre os cargos de PGR e Min. do STF. Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello e Décio Meirelles de Miranda foram nomeados ao STF após terem exercido cargo de PGR. O primeiro deixou o cargo de justamente para tomar posse no STF, já o segundo foi nomeado ministro do STF em 1978, após ter sido Min. do Tribunal Regional de Recursos e já havia sido Min. do TSE antes de ser indicado ao STF pelo presidente Ernesto Geisel.

Embora este trânsito profissional não afeta diretamente os julgamentos, pois os ministros estão impedidos de julgar casos que propuseram, esta circularidade de carreiras faz com que posições jurídicas contrapostas sejam apresentadas na Corte. Em algumas das representações os ministros fundamentaram com menções expressas à sua atuação enquanto PGR.

5.3.3.1 Propositura da representação: discricionária ou vinculada

É indiscutível que a competência para a propositura da representação era privativa do PGR. E, na maior parte dos casos, isso ocorria a partir de solicitação de interessados. Entretanto, um ponto que não estava na legislação e de fundamental importância, é se, uma vez recebida a solicitação, o PGR era obrigado a propor a demanda ou não. Na prática, em muitos casos o PGR fazia a propositura e, em seu parecer, opinava pela improcedência do pedido. Esta questão é politicamente relevante para verificar se o PGR funcionava como filtro prévio ao STF. Desde a CF

1946, houve diversas manifestações sobre o tema, tanto na literatura jurídica quanto no âmbito do STF.

Ainda nos primeiros momentos da Constituição de 1946 o tema foi tangencialmente abordado na Rp 96. Na ementa ficou assentado que “O Tribunal conhece de todas as arguições submetidas ao seu exame e não apenas daquelas sobre as quais tenha ele [PGR] opinado pela procedência da inconstitucionalidade arguida (...)” (STF, Rp 96). Como pode ser percebido, na ementa não se tratou acerca da obrigatoriedade de propositura, mas da possibilidade de conhecer itens que não foram considerados inconstitucionais pelo PGR. Entretanto, no voto do relator a redação é diversa: “Todas as vezes, (...), chegar ao conhecimento do Procurador Geral da República a existência de ato que infrinja algum dos preceitos constitucionais, assegurados pelo art. 7º, VII, da Constituição, cabe-lhe trazer o fato ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal” (STF, Rp 96).

Na Rp 654/BA, julgada em 14/04/66, a propositura da ação foi feita pelo então PGR Oswaldo Trigueiro, e a sustentação oral foi feita por Alcino Salazar, que considerou a ação improcedente. Diante deste cenário, o parecer de Salazar foi no sentido de que haveria duas manifestações do PGR. Uma, liminar, em que se verificaria se as informações recebidas enquadravam-se nas hipóteses da propositura da ação. E a segunda, após o recebimento das informações da Assembleia Legislativa, em que se manifestaria acerca do mérito da ação.

Neste caso [do PGR se pronunciar na propositura acerca da representação] chegaríamos ao arbítrio: quando o Procurador entendesse que a arguição era improcedente, não a encaminharia; e ela só poderia no Tribunal por mãos do Procurador. Então, ele se tornaria um julgador ou, pior do que isso, trancaria o processo. A Procuradoria Geral da República seria uma antecâmara de onde não poderiam passar as representações. Cairíamos, evidentemente, no arbítrio injustificado, praticamente supressivo da competência deste alto Tribunal, e sempre que o Procurador Geral entendesse improcedente e infundada a arguição.

Os Ministros concordaram acerca da possibilidade de que o(s) PGR(s) mudem de opinião, desde que não desista(m) da representação já proposta (voto de Victor Nunes Leal, Rp 654).

Como exemplo, na Rp 699, julgada em 01/12/66, Alcino Salazar manifestou que adotou o critério de encaminhar sempre as representações recebidas, sem que no início opinasse sobre o mérito.

Na Rp 705/DF, julgada em 22/08/68, foi arguido o impedimento do PGR, Haroldo Valadão, o que permite avaliar como os ministros do STF tratavam a posição e atribuições do PGR. Nesta representação arguiu-se a inconstitucionalidade da lei 4.404/64 que criou hipóteses de nacionalidade nata a menores estrangeiros.

O Min. Adalício Nogueira arguiu o impedimento do PGR por ele ter opinado na questão como Consultor Jurídico do Ministério de Relações Exteriores. O Min. Themístocles Cavalcanti foi contra o impedimento e invocou sua experiência como PGR em que levava ao conhecimento do tribunal questões com seu parecer contrário à representação. O Min. Oswaldo Trigueiro, também ele ex-PGR, votou contra o impedimento por considerar que o papel do PGR de opinar no processo legislativo não geraria impedimento, que ocorreria somente se ele fosse o julgador. O próprio Min. Trigueiro foi impedido no julgamento de vários casos por ter atuado no processo como PGR.

Dentre os argumentos defendidos pelos que declararam o impedimento está o de que o regimento interno do tribunal não trata propriamente de impedimento do PGR, mas o CPP equipara o PGR aos juízes, para fins de suspeição e impedimento. Também foi argumentado que o PGR é parte no processo, e não “somente” um opinador.

O Min. Victor Nunes Leal defendeu que um interessado poderia alegar impedimento se o PGR recusasse-se a submeter uma demanda ao STF por ter elaborado parecer anterior contrário à tese:

Quando o Procurador-Geral tem a iniciativa da representação, ou deixa de a formular, exerce atribuição privativa, uma das mais relevantes da Procuradoria-Geral. Nenhuma outra autoridade tem legalmente o poder de forçar S. Exa. a proceder de outro modo. Ele, portanto, a rigor, julga, privativamente, da conveniência, ou não, de formular a representação. A importância desse ato inicial, que é quase um julgamento, por ser privativo, parece-me que gera o impedimento. Peço vênias ao caro Mestre Valadão (não está em causa sua pessoa), mas parece-me que S. Exa. está impedido (STF, Rp 705).

O Min. Gonçalves de Oliveira foi ainda mais explícito e considerou que os interesses pessoais envolvidos no julgamento fizeram com que o PGR não pudesse atuar, pois colocaria em risco sua independência funcional: “É que S. Exa. faz a defesa do ato seu, parecer seu que foi acobertado pelo Chefe do Poder Executivo.

S. Exa. não terá a compreensível liberdade de ação, porque o seu parecer tendo sido aprovado pelo Chefe do Executivo não poderá ser alterado nesta altura. As partes tem direito a um pronunciamento absolutamente livre do Dr. Procurador Geral” (STF, Rp 705).

A decisão foi pelo impedimento do PGR. Aqui temos uma manifestação da importância da propositura da representação, considerada por Nunes Leal como ato vinculado. Pontes de Miranda endossa esta interpretação (PONTES DE MIRANDA, 1967, p. 41).

Em 1970, no conhecido episódio do decreto-lei que estabeleceu censura prévia em periódicos²⁸⁷, o STF decidiu que a propositura da ação é um ato discricionário. O MDB solicitou que o PGR propusesse representação contra o DL 1.077/70. Como o então PGR Xavier de Albuquerque²⁸⁸ em seu parecer entendeu não haver inconstitucionalidade no referido decreto e não apresentou a representação, o MDB propôs ao STF a Rcl 849.

A ação de reclamação foi espaço de amplas considerações por parte dos ministros e do próprio PGR (que teve seu parecer integralmente transcrito no relatório do acórdão). A primeira questão (preliminar) é se a ação de reclamação, criada pelo regimento do STF²⁸⁹, era o meio hábil para invocar o tema, vez que, na

²⁸⁷ O STF já havia decidido sobre censura no RMS 11.687, já sob o regime de 1964. O filme Os Cafajestes foi proibido no estado de Minas Gerais, embora liberado para exibição no resto do país. No RMS foi debatida qual ente federativo teria a competência para fazer esta avaliação. Com votos contrários de Victor Nunes Leal, Evandro Lins, Hermes Lima e Vilas Boas, o tribunal entendeu que o estado detinha tal competência por ser residual. Os votos contrários foram no sentido de que fazia parte dos poderes implícitos da União (ALMEIDA, 2006, p. 76-83).

²⁸⁸ Xavier de Albuquerque exerceu o cargo de PGR entre 1969 e 1972, quando deixou o cargo para tornar-se Min. do STF, onde permaneceu até 1983.

²⁸⁹ A ação é uma criação via emenda ao regimento do STF proposta pelo Min. Ribeiro da Costa e aprovada na sessão de 01/10/1957. A justificativa foi "a medida processual, de caráter acentuadamente disciplinar e correccional, denominada reclamação, embora não prevista, de modo expresse, no art. 101, I a IV, da CF 1946, tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, exercendo-se, nesses casos, sua função corregedora, a fim de salvaguardar a extensão e os efeitos de seus julgados, em cumprimento dos quais se avocou legítima e oportuna intervenção. A medida da reclamação compreende a faculdade cometida aos órgãos do Poder Judiciário para, em processo especial, corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridades judiciárias, ou de serventários que lhes sejam subordinados. Visa manter em sua inteireza a plenitude o prestígio da autoridade, a supremacia da lei, a ordem processual e a força da coisa julgada. É sem dúvida meio idôneo para obviar os efeitos de atos de autoridades, administrativas ou judiciárias, que, pelas circunstâncias excepcionais, de que se revestem, exigem a pronta aplicação de corretivo, energético, imediato e eficaz que impeça a prossecução de violência ou atentado à ordem jurídica. Assim, a proposição em apreço entende com a atribuição concedida a este Tribunal pelo art. 97, II, da Carta Magna, e vem suprir omissão contida no seu Regimento Interno" (STF, DJ, 1957, p. 12642).

Rcl 624, decidiu que a ação somente poderia ser utilizada em casos de violação da competência do STF cometida por autoridade judicial.

Recebida a demanda, foi considerada improcedente, com o voto divergente de Aducto Cardoso. Dentre os argumentos estão: se o PGR fosse obrigado a propor a demanda a competência não seria privativa, pois, em realidade, seria de todos os que poderiam encaminhar a solicitação. Outro argumento trazido é o de que somente cabe ao STF (e ao judiciário) julgar a ação quando já é uma demanda, a dizer, não lhe cabe analisar antes da propositura. Uma terceira ordem de considerações é que, apesar de não ser obrigatório que o PGR proponha demandas quando lhe são apresentadas, isso não implica a ausência de medidas jurídicas eficazes. Conforme voto do Min. Thompson Flores o “importante é escolher o caminho certo, o procedimento adequado, não a ação direta, pois essa é de iniciativa única da Procuradoria Geral da República, e de apreciação originária e privativa desta Corte”. Seguindo esse raciocínio, Oswaldo Trigueiro (que não menciona sua experiência anterior como PGR) diz que:

(...) considero a questão de certo modo acadêmica (...) se o Procurador-Geral não acolhe a arguição de inconstitucionalidade, os prejudicados poderão recorrer aos meios ordinários, que, para esse efeito, poderão ser até mais eficazes porque comportam medidas liminares.

O único a argumentar pela procedência da reclamação foi Aducto Cardoso em um voto enfático no qual alegou, em síntese, que, ao negar a propositura da ação, o PGR atuou em substituição ao tribunal ao afirmar de pronto a constitucionalidade da lei. Também Cardoso foi único que abordou o caso para além da questão de técnica processual.

Considero o argumento de V. Exa. [Luiz Gallotti] com o maior apreço, mas com melancolia. Tenho observar-lhe que, de janeiro de 1970 até hoje, não surgiu, e certamente nem surgirá, ninguém, a não ser o Partido Político de Oposição, que a duras penas cumpre o seu papel, a não ser ele, que se abalance a arguir a inconstitucionalidade do decreto-lei que estabelece a censura prévia. (...)

V.Exa. está argumentando com virtualidades otimistas, que são do seu temperamento. Sinto não participar de suas convicções e acredito que o Tribunal, deixando de cumprir aquilo que me parece a clara literalidade da L. 4.337, e deixando de atender também à transparente disposição do §1º, do art. 174 do regimento, se esquivou de fazer o que a Constituição lhe atribui e que a L. 4.337 já punha sobre seus ombros, que é julgar a constitucionalidade das leis, ainda quando a representação venha

contestada na sua procedência, na sua fundamentação, pelo parecer contrário do Procurador-Geral da República (STF, Rcl 849).

Depois de diversos casos em que se debateu no STF argumentos para ampliar sua competência (e a própria criação da ação de reclamação constitucional), eis que no plenário da corte minimiza sua função e acata o parecer do PGR na sua integralidade. Diante da derrota, Adauto Cardoso solicita sua aposentadoria. A situação foi publicada na capa do jornal O Estado de São Paulo. A matéria *Censura leva Crise ao STF; Adauto sai*, na qual relata que, depois da derrota, Adauto despiu a toga e deixou o plenário para sinalizar sua saída do tribunal. Mesmo após intervenção de Aliomar Baleeiro (presidente da corte), Thompson Flores, Djaci Falcão, Amaral Santos, Luiz Gallotti e Bilac Pinto, Cardoso manteve sua posição e somente retornou à sessão para esclarecer que a situação não era pessoal com nenhum ministro.

A página 20 do jornal foi dedicada integralmente ao tema. Uma das colunas citou palestra do presidente da Associação dos Editores Americanos na Editora José Olympio, e como a censura poderá trazer prejuízos econômicos, vez que a leitura antes da publicação seria lenta.

Foi publicada manifestação atribuída à Luiz Gallotti:

Foi uma coisa inesperada. Uma surpresa para todos. Isso nunca havia acontecido antes no Tribunal: um ministro deixar a Corte por ter sido voto vencido (...) Será que não haverá nenhuma [editora] com coragem para fazer isso [interpor MS]? Será que não há alguém que vista calças para fazer isso? O Supremo já agiu em horas difíceis e já derrubamos atos de vários presidentes.

Em ironia involuntária o ministro solicita coragem logo após a quase unânime decisão de não recebimento da reclamação.

A partir deste caso, em 1971 pode-se considerar que o controle da ação estava definitivamente nas mãos do PGR. No período analisado a questão não chegou diretamente ao STF, mas a prática adotada pelos PGRs era de propor a ação, ainda que em seu parecer fosse pela improcedência.

5.3.4 Delineamento das características da representação

Partindo da concepção de direito como narrativa, a construção de sentido sobre a interpretação da constituição é um processo dinâmico no qual há interação entre os atores.

Embora o objetivo deste trabalho não seja o de avaliar a parte processual das representações, voltar-se a esta questão permite verificar se a corte assumiu papel criativo em suas decisões. Parte-se da premissa que a definição dos ritos é menos aberta aos ministros do que as questões materiais. Desta forma verificou-se que a definição destas questões a partir de demandas apresentadas no decorrer da lide, criou uma narrativa que em alguns momentos fez autorreferência, mas em outros não “conversou” com os casos passados. Em algumas ementas (como, por exemplo, a da Rp 94²⁹⁰) mostra-se o caráter pedagógico dos casos no desenvolvimento da função da Corte na decisão das ações de controle de constitucionalidade.

Duas questões relacionadas às características da representação, ainda que não previstas em lei, foram enfrentadas pelo STF. Uma, a intervenção de interessados no julgamento, e, a segunda, a possibilidade de solicitar diligências para ouvir interessado no processo.

Quanto a primeira questão, ao menos nas representações 670/GB (1966), 700/SP (1967), 762/DF, 727/RS e 728/DF (1968), houve intervenção de terceiros, em circunstâncias parecidas: a defesa de interesses de categoria profissional considerados ameaçados pelo questionamento de disposições que levariam ao aumento de despesas e, portanto, seriam inconstitucionais. O nosso protótipo de

²⁹⁰ “Questões preliminares: declaração de inconstitucionalidade em tese - decisão, e não parecer - que atos abrange - só alcança a matéria que puder ser relacionada com algum dos princípios enumerados n. VII do art. 7º da constituição - como deve ser entendida essa limitação - decisão executável mediante a sanção política da intervenção - caráter excepcional da nova atribuição confiada ao supremo tribunal. Termos de arguição: o parlamentarismo no estatuto sul riograndense - o secretariado como órgão do governo articulado com a assembléia no plano da confiança política - exame dos diversos dispositivos apresentados pela Procuradoria Geral da República - poder executivo uni-pessoal no governo presidencial - cisão do poder executivo no governo parlamentar - poder executivo nominal, formal ou apenas 'de jure' reservado ao chefe de estado, no sistema parlamentar - o governo parlamentar só se concilia com o princípio dos poderes separados mediante o expediente daquela cisão incompatível com as instituições federais - Montesquieu e o advento do parlamentarismo na Grã-Bretanha - o mecanismo dos poderes e governado por freios e contrapesos, que são somente os admitidos na Const. Federal - a dissolução da assembléia seria um contrapeso não cogitado e incompatível com o mandato legislativo de duração prefixada - termos em que a Constituição permite a penetração dos poderes executivo e legislativo-outros aspectos”.

amicus curiae ocorreu a partir da defesa de interesses corporativos de categorias de servidores públicos.

A Rp 670 teve por objeto o estatuto da força policial da Guanabara. A lei sofreu emendas teriam aumentado as despesas, o que motivou o debate acerca da constitucionalidade de tais emendas. Neste processo houve a intervenção de 104 “suplicantes” pertencentes ao corpo de colaboradores voluntários do departamento estadual de segurança pública. O Min. Pedro Chaves, relator do processo, admitiu a intervenção litisconsorcial para atuação dos assistentes com base no art. 93 do CPC²⁹¹. A essa intervenção opôs-se o PGR Alcino Salazar. Os argumentos de Salazar foram: inexistência de previsão na lei 4.337²⁹²; natureza especial e sumaríssima do processo de representação de inconstitucionalidade, de forma que não comportaria esse tipo de atuação que, inclusive, colocaria em risco a conveniência e oportunidade do processo. Para Salazar o processo de representação seria “apenas para declarar a inconstitucionalidade de lei, não é para atender ao interesse das partes. Não há que se cogitar de interesse ou de direitos que porventura tenham sido ofendidos” (STF, Rp 670).

O Min. Pedro Chaves respondeu que a questão já havia praticamente perdido o objeto, vez que os assistentes já tinham sido admitidos e produzido argumentos, e justifica esta aceitação na jurisprudência da Corte (embora não cite casos em que isso ocorreu) e na inafastabilidade da jurisdição, pois havia interesse jurídico justificado. Nenhum dos demais ministros tratou da questão no acórdão. Percebe-se há um debate acerca do sentido do processo de representação, se objetivo, logo sem partes, ou uma espécie de *writ constitucional*. A falta de menção do relator aos argumentos trazidos pelo PGR sobre incompatibilidade da lei 4.337 com a intervenção de terceiros mostra o casuísmo da corte no que diz respeito às normas procedimentais.

Na Rp 700 tratou-se da constitucionalidade da lei paulistana que reestruturou serviços das forças policiais do estado. Houve emendas ao projeto consideradas pelo governador como fora da competência da assembleia legislativa.

²⁹¹ “Art. 93. Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir no processo como assistente, equiparado ao litisconsorte” (DL 1.608 – CPC 1939).

²⁹² Para Salazar no regime da lei 2271/54 ainda poder-se-ia admitir a intervenção pois havia a previsão de que o rito do processo de representação usaria o do MS de forma análoga, o que não acontece em relação à 4337/64.

Os advogados dos assistentes foram Alfredo Buzaid e José Frederico Marques. O Min. Aliomar Baleeiro aceitou a intervenção dos interessados a partir da figura do *amicus curiae*.

Sr. Presidente, antes de iniciar-se a sessão de ontem, conversei com o eminente Ministro Victor Nunes - cujos labores para a reforma do Regimento Interno todos nós louvamos e apreciamos - e discutimos a propósito de o novo Regimento admitir, como faculdade e debaixo da cláusula de relevância, a critério do Presidente da Casa, a figura do *amicus curiae*, como existe na Corte Suprema dos Estados Unidos. Essa figura funciona exatamente no casos em que não é possível configurar-se a intervenção de um interessado remoto, como um assistente ou opoente em qualquer forma de litisconsórcio. Lá, nos Estados Unidos, são os Estados geralmente que têm interesse em que prevaleça uma determinada tese fiscal, defendida por um outro Estado. Outras vezes, são associações desinteressadas do ponto de vista econômico e que pretendem apenas um ideal democrático (STF, Rp 700).

Baleeiro sugeriu que seja dado aos *amici curiae* a metade do tempo designado às partes, de modo que não houvesse nenhum prejuízo a elas. Entretanto essa argumentação foi seguida apenas parcialmente nos outros casos, pois na aceitação dos interessados não se invocou o *amicus curiae*, mas os interesses jurídicos dos litisconsortes. É possível considerar que a utilização de outros fundamentos (que não o de *amicus curiae*) decorre da ausência de estrutura de coerência entre os julgamentos, que varia de acordo com os relatores pois ausente uma memória institucional forte.

Na Rp 727 a questão analisada foi a lei de organização judiciária estadual, que estaria em descompasso com os limites financeiros e orçamentários estabelecidos no AI-2. A intervenção foi feita por dois desembargadores aposentados e os assistentes foram equiparados a litisconsortes. O objeto da demanda são diversos artigos da lei de organização judiciária por desrespeito das prerrogativas do chefe do Executivo estadual em criar cargos, empregos e funções. A intervenção dos desembargadores aposentados ocorreu somente em relação ao art. 470 da lei²⁹³. A participação processual foi deferida por unanimidade. O voto do relator, Min. Prado Kelly, pautou-se no art. 93 do CPC²⁹⁴, no art. 141, § 37, da

²⁹³ O teor do art. 470 foi a concessão aos magistrados aposentados uma gratificação de 15% prevista em lei posterior à aposentação.

²⁹⁴ Então vigente o Decreto-lei 1608/1939 (CPC). Art 93: "Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir no processo como assistente, equiparado ao litisconsorte".

Constituição Federal²⁹⁵, na falta de impugnação do PGR sobre o tema e no entendimento de que cabe litisconsórcio facultativo quando há razões de economia processual. O tratamento dado pelo relator ao pedido de intervenção é relacionado a direitos fundamentais dos desembargadores.

Na Rp 728 tratou-se de inconstitucionalidade de lei federal de 1961, que estabeleceu a possibilidade de que funcionários da União e de autarquias federais que participaram da Guerra Mundial na Força Expedicionária, nas Forças Aéreas ou na Marinha, pudessem aposentar-se aos 25 anos de serviço. Houve intervenção da Associação dos Ex-Combatentes do Brasil defendendo a constitucionalidade do ato impugnado. Não houve qualquer consideração sobre a aceitação ou não dos assistentes no decorrer dos votos. Mas a petição da Associação foi mantida no processo e o pedido foi considerado improcedente, mesmo com parecer do PGR em sentido contrário.

Acerca do segundo tópico (a possibilidade de diligência na representação), a Rp 656 propiciou debate acerca das características deste tipo de ação. Durante o julgamento acerca de lei que criou os municípios de Brejinho e Lagoa de Pedras no Rio Grande do Norte, o Min. Vilas Boas solicita que seja convertido em diligência para que os municípios criados possam ser ouvidos. O argumento do ministro foi o da necessidade de ter acesso às informações, as quais poderiam ser contraditórias às trazidas pelo PGR e o ato de “desfazer” um ato como a criação de município demandaria o contraditório, premissa necessária para revisão de qualquer procedimento administrativo. Também foram apresentados argumentos consequencialistas para a diligência:

(...) Mas, no caso, trata-se de pessoas jurídicas existentes, exercendo a sua capacidade. As populações respectivas estão no gozo de sua autonomia e uma decisão do Supremo Tribunal Federal pode dar o resultado que deu a da criação do Município de Osasco, em São Paulo. Naquela ocasião, eu e o Ministro Cândido Motta votamos pela constitucionalidade do lei, mas o Tribunal cassou a autonomia do Município. O resultado disso foi que a população do Osasco elegeu o "Cacareco" para vereador a Câmara de São Paulo, porque não foi ouvida. Para evitar consequências semelhantes, no presente caso, é que eu proponho que esses municípios sejam ouvidos.

²⁹⁵ § 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas

A solicitação de Vilas Boas gerou respostas distintas no tribunal. As oposições centraram-se no fato de que não havia previsão legal ou regimental para a oitiva dos municípios afetados, pois a lei 4337 estabeleceu, no art. 3º, que seriam ouvidos os autores do ato (a Assembleia Legislativa). A fala do Min. Luiz Gallotti sintetiza a divergência da proposta com as decisões anteriores: “Já julgamos mais de quinhentas representações e nunca procedemos assim”. O ponto central de estabelecer tal procedimento é a possibilidade de alteração da própria natureza do processo, tornando-se litígio, inaugurando um contraditório não previsto no tipo processual. O Min. Pedro Chaves (vencido) foi o mais enfático em sua oposição: “Voto contra a diligência. Considero-a subversiva da ordem legal do processo. A lei manda ouvir a Assembleia, e esta já foi ouvida”. A possibilidade delineada por Chaves é que os interessados poderiam ter atuado no processo como assistentes, hipótese que tampouco é prevista na lei 4.337.

Os argumentos favoráveis para a conversão em diligência (posição vencedora) partiram das consequências da anulação do município após mais de 3 anos de existência. Aliomar Baleeiro foi além e tratou do que considera como características e funções da própria Corte:

Sr. Presidente, eu não afastado deste problema jurídico o seu conteúdo político. Sempre me pareceu que o Supremo Tribunal Federal é um órgão político, na mais honrada expressão da palavra. A Constituição Federal cometeu ao Supremo Tribunal Federal intervir em muitas situações em que os mais altos interesses políticos do país possam estar em perigo ou em crise.

Além de serem pessoas jurídicas, no momento, esses municípios, até que se desfaça o ato, representam grupos de interesses legítimos das respectivas populações. Dois mil ou três mil habitantes que tenha Lagoa de Pedras ou Brejinho, ou outro município que se queira desmembrar daquele do Rio do Sul, há um interesse legítimo dessas populações. (...)

O STF teve várias oportunidades para posicionar-se acerca da criação de municípios, pois este foi o tema mais recorrente arguido em representações. E este padrão não se alterou nos dois primeiros anos da criação da representação abstrata, conforme veremos no próximo tópico.

A modificação da hipótese de cabimento da representação teve consequências nos próprios processos, nos quais ha um aprendizado por parte dos ministros quanto aos delineamentos da ação. Na Rp 718/RN (1968) o ministro Themístocles Cavalcanti considera que não seria caso da ação em relação ao

decreto pois estaria fora dos objetos da ação. Para ele, a Constituição de 1967 diminuiu a abrangência da ação pois ao invés de constar “ato arguido de inconstitucionalidade” (art. 8º, CF 1946), a CF 1967 (art. 114) trata de “inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Este entendimento não foi esposado por nenhum outro ministro, e Evandro Lins expressamente manifestou-se que houve a ampliação do objeto, e não sua restrição. Mas esta divergência é importante para comprovar o caráter pedagógico dos casos, em que se definiam as principais características da ação no momento mesmo do julgamento.

5.3.5 Assuntos tratados nas representações

Dos temas presentes nas representações há como ponto central questões relacionadas ao arranjo federativo e à relação entre Executivo e Legislativo nos estados. Das questões federativas presentes há desde relação entre Executivo e Legislativo estadual, criação de municípios e emendas legislativas que ocasionaram aumento de despesas.

TABELA 5 - REPRESENTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ASSUNTO

1966	1967	1968	LEGENDA:	TOTAL
583/AL	653/GO	762/DF	municipal	19
644/SE	727/RS	725/RS	aumento de despesa	13
672/DF	709/GO	712/MA	adaptações const. estadual	10
656/RN	676/GB	705/DF	judiciário	6
581/PI	604/RN	764/ES	outros	6
664/SC	689/GB	746/GB	eleições	5
688/MG	588/AL	745/DF	concurso	3
632/PB	658/SC	760/PE	lei federal	3
654/BA	700/SP	656/RN		
640/GO	710/PE	750/SP		
667/SP	622/RN	739/RS		
665/SP	642/RN	772/PA		
609/SP	728/DF	702/GB		
605/PR	707/GO	743/MG		
675/SP	697/SP	741/SP		
670/GB	680/GB	753/SP		
687/GB	751/GB	718/RN		
610/SP	669/SP	761/CE		
686/GB	657/RN	732/SP		
634/AC	701/RS	698/RN		
623/RN		775/ES		
699/GB		671/MA		
		749/RS		
			TOTAL	65

Em 1966, nenhuma das representações julgadas teve por objeto lei ou ato normativo federal. Isto nos fornece algumas questões: a primeira é que, a despeito da criação do controle abstrato de constitucionalidade, ao menos em um primeiro momento não houve grande adesão a essa modalidade de controle, seja porque não houve um “aprendizado” por parte dos juristas, seja porque não houve nenhum conflito entre Executivo e Legislativo que precisasse da mediação do STF.

Em um primeiro ciclo pode-se aferir que não houve grande mudança nos temas tratados (em comparação com a jurisprudência do tribunal), sobressaindo questões relacionadas à criação de municípios, leis que aumentem as despesas e conflitos entre Executivo e Legislativo estaduais.

Em um segundo ciclo foi marcado o questionamento acerca das adaptações das constituições estaduais à CF 67.

5.3.5.1 Criação de municípios

Um tema recorrente diz respeito à criação de municípios através de desmembramento. Em 1966, cinco casos²⁹⁶ trataram de desmembramento de municípios com a alegação de não cumprimento dos requisitos previstos em lei ou constituição estadual²⁹⁷. Em 1967, é ainda mais pronunciada. Dos 21 casos, sete tratam de questões relacionadas a municípios. Destes, seis são sobre criação de municípios por desmembramento²⁹⁸ e um relacionado à mudança da sede²⁹⁹. Em 1968, o tema perde importância. Das 24 representações decididas, apenas duas tinham como objeto o tema³⁰⁰ e ambas foram julgadas prejudicadas pelas modificações sobre o tema feitas nas constituições estaduais (adaptadas), que ratificaram as leis de criação de municípios.

Embora estes casos não sejam decorrentes da criação de controle abstrato de constitucionalidade (todos tem como parâmetro a representação interventiva), o tópico merece esclarecimento por dois motivos principais: i – faz parte da

²⁹⁶ Rps. 583/AL, 656/RN, 581/PI, 664/SC e 632/PB.

²⁹⁷ A competência para estabelecer os critérios de criação de municípios era dos estados, que poderiam fazê-lo mediante lei ou disposições constitucionais. A maior parte dos estados utilizou a primeira opção.

²⁹⁸ Rp 653/GO, 588/AL, 658/SC, 710/PE, 642/RN, 657/RN,.

²⁹⁹ Rp 707/GO.

³⁰⁰ Rp 656 (decisão final) e Rp 671/MA.

jurisprudência do STF em representação³⁰¹, e, portanto, norteia o raciocínio dos ministros sobre o tema, ii – tem amparo nos debates acerca do federalismo no Brasil, tema que perpassa todas as constituições.

A quantidade de ações envolvendo temas municipais pode ser explicada pelos “incentivos” dados no regime constitucional de 1946 para a criação de municípios. Sob este regime ocorreu o “impulso municipalista” em grande parte pela ênfase dada à autonomia municipal³⁰². O art. 28 estabeleceu a autonomia política, financeira e administrativa. O art. 21 destinou 40% das receitas tributárias ao município em que foi feita a cobrança e o art. 23 estabeleceu limites à intervenção estadual.

Criou-se o Movimento Municipalista Brasileiro que tinha como porta-voz a Revista Brasileira dos Municípios editada pelo IBGE.

Sob este regime constitucional (1946) houve ampliação de número de municípios. Segundo o IBGE, em 1940, havia 1574 municípios no Brasil³⁰³ (IBGE, 1940), em 1950, já eram 1890, e em 1960 existiam 2767 (IBGE, 1960). Entre 01/07/60 e 01/01/64, houve a criação de 1454 municípios, totalizando 4235 unidades. Ou seja, no período de 24 anos houve o aumento de 269%. O impulso municipalista manifestou-se, entre outras medidas, pela criação de novas unidades e através do processo de urbanização. Neste sentido, a quantidade de casos que chegou ao STF é amostra bastante reduzida das mudanças político-administrativas.

A Constituição de 1946 não estabeleceu regime específico para a criação de municípios e, considerando que os estados tinham competência residual (art. 18, §1º), cada estado regulava em sua constituição ou leis os critérios para a criação de novos municípios. Dentre os critérios mais comuns estabelecidos estava a existência de mínimo de habitantes no município criado, bem como de estrutura mínima (composta dentre outros por cemitério, moradias, matadouro, mercado e receita tributária mínima). O ponto central das representações era a alegação que o novo município não cumpria estes itens, ou que houve falha formal no processo de

³⁰¹ Em pesquisa no site do STF verificou-se que no período de 1946 à 1964 houve o julgamento de 188 representações, destas, 94 tinham na ementa a menção à criação de municípios. Pesquisa feita em 18/02/2017.

³⁰² É neste contexto que Hely Lopes Meirelles escreve a obra clássica “Direito Municipal Brasileiro” em 1957. Ele também ministrou cursos de Direito e Administração Municipal, patrocinados pela Associação Paulista dos Municípios (AZEVEDO, 1996, p. 122).

³⁰³ Segundo a seguinte distribuição: região norte: 88, nordeste: 392, leste: 563, sul: 451 e centro-oeste: 80.

criação via lei estadual. Arguia-se que a criação violava o art. 7º, VII, (CF 1946)³⁰⁴, que resguardou a autonomia municipal, conceito aberto e de complexa aplicação.

No que diz respeito ao perfil dos solicitantes, temos que dos 13 acórdãos, envolvendo 12 casos³⁰⁵, três foram enviados ao PGR com a designação genérica de eleitor no município (ou a com a qualificação da profissão), seis foram enviados pelo prefeito do município desmembrado e três foram enviados conjuntamente pelo prefeito e vereadores do município desmembrado. Houve, portanto, a provocação do PGR eminentemente por atores políticos regionais que (supostamente) não foram capazes de barrar a criação do município nas respectivas Assembleias Legislativas.

Victor Nunes Leal defendeu na Rp 656, julgada em 16/03/66³⁰⁶, que a lei que cria município tem a mesma hierarquia da lei orgânica de municípios (estabelecadora dos critérios de criação). Conseqüentemente, a lei posterior (de criação do ente federado) revogaria os critérios não cumpridos, de maneira que não caberia falar em inconstitucionalidade ou violação da autonomia municipal por desacordo com a lei orgânica estadual. Como contrapartida para este argumento surge a questão de que a lei de criação de municípios é considerada lei de efeitos concretos, pois tem objeto específico, faltando-lhe generalidade e abstração.

Paralelamente ao aspecto técnico-jurídico, há a abordagem com argumentos políticos acerca da conveniência de criação de novos municípios, especialmente em regiões menos desenvolvidas. Esta perspectiva pode ser vista em alguns votos. Na Rp 583 há vários exemplos dessa conduta. O Min. Aliomar Baleeiro apontou que o processo de desmembramento dos municípios, a partir do “realismo político-sociológico do Brasil”, ocorre para que um distrito possa aplicar suas rendas em seu território, ou para ter melhor representação. No voto do Min. Vilas Boas: “Sr. Presidente, sou muito a favor do desmembramento de municípios, porque o progresso chega ao interior por esse processo. É um ponto de vista pessoal, não de ordem jurídica, mas que ordena o pensamento”. O Min. Victor Nunes Leal atentou ao fato de que o município estava em funcionamento desde 1963 e pergunta quais as

³⁰⁴ Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:
VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

e) autonomia municipal”

³⁰⁵ A Rp 656/RN teve dois acórdãos, um relativo à conversão em diligência e outro de decisão final

³⁰⁶ Nesta data houve julgamento em Plenário no qual se aprovou a conversão do julgamento em diligência para ouvir os municípios envolvidos, considerando especialmente que os municípios haviam sido criados em 1962 e 1963.

providências deveriam ser tomadas para “desfazer” a criação, opondo-se firmemente a que assim se faça. O resultado final foi pela improcedência da ação.

Na Rp 581/PI o Min. Vilas Boas novamente usou como critério de decisão a prosperidade do município criado (em contraposição à decadência do município anterior).

Em sentido contrário à proteção da autonomia municipal encontramos a manifestação do Min. Prado Kelly na Rp 675/SP, julgada em 01/06/66:

Creio que exageramos um pouco esse princípio de autonomia municipal. Confesso que cometi esse pecado muito grande, há cerca de 20 anos, na constituinte de 1946. Hoje, já vivi mais, aprendi muito nos fatos do país, observei bastante, e já não tenho esse grande entusiasmo pela autonomia municipal. É uma autonomia menos política e mais administrativa.

A Constituição de 1967 levou à estagnação na criação de municípios. O art. 15 estabeleceu expressamente que o tema depende de lei estadual, e a Lei Complementar 1, de 09/11/67, dispôs acerca dos requisitos mínimos e a forma de consulta prévia para este processo³⁰⁷. Raul Machado Horta considerou que a esta constituição ultrapassou sua função e podou autonomia local:

A Constituição Federal vigente não se limita a definir a autonomia municipal e fixar o seu conteúdo, o que é benéfico à defesa e preservação da autonomia (art. 15). Ultrapassou esses cuidados e concebeu lei complementar federal que dispõe sobre os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações, para a criação de Municípios (art. 14), matéria que sempre se contemplou, originariamente, na área do Direito Estadual, agora submetido ao estilo paternalístico da legislação federal (HORTA, 1981, p. 21).

O censo de 1968 mostrou a redução no número de municípios, movimento contrário ao das duas décadas anteriores. O censo contabilizou 3954 unidades no país. A diminuição do número de municípios decorreu de grande número de anulações, as quais ocorreram tanto através de leis estaduais, quanto de decisões judiciais. No período entre 01/01/64 e 31/12/68, houve 41 decisões judiciais de

³⁰⁷ "Art. 2º - Nenhum Município será criado sem a verificação da existência, na respectiva área territorial, dos seguintes requisitos:

I - população estimada, superior a 10.000 (dez mil) habitantes ou não inferior a 5 (cinco) milésimos da existente no Estado;

II - eleitorado não inferior a 10% (dez por cento) da população;

III - centro urbano já constituído, com número de casas superior a 200 (duzentas);

IV - arrecadação, no último exercício, de 5 (cinco) milésimos da receita estadual de impostos."

anulação de municípios. Destas, 15 foram do STF e o restante de TJ (REVISTA BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS, 1968, p. 249-257). Estes dados sugerem que o STF atuou como mediador importante em conflitos envolvendo a definição de entes federativos e o relativo pouco número de decisões de anulação (se comparada com outras fontes) deve ser interpretado a partir da função do tribunal como último recurso. Nos casos em que não há força política para anulação via legislativo, ainda resta recorrer ao Tribunal de Justiça. Desta maneira, o peticionamento ao PGR para que proponha representação à Corte parece ser a alternativa derradeira.

Os dados da tabela abaixo sugerem que a tendência do STF era não anular a criação de municípios, ao menos quando já estivessem em funcionamento durante um tempo. Além dos argumentos trazidos acima acerca da criação de municípios como momento de desenvolvimento, houve apontamentos sobre a segurança jurídica e os resultados negativos da volta à situação anterior.

TABELA 6 - RESULTADO DECISÃO STF EM REPRESENTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS

Procedente	Improcedente	Parcialmente procedente	Prejudicado	Convertido em diligência
632/PB	583/AL		657/RN	656/RN
658/SC	581/PI		707/GO	
642/RN	664/SC		656/RN (decisão final)	
653/GO	588/AL		671/MA	
	710/PE			
TOTAL: 14				

Os dados da tabela acima sugerem que a tendência do STF era não anular a criação de municípios, ao menos quando já estivessem em funcionamento durante um tempo. Além dos argumentos trazidos acima acerca da criação de municípios como momento de desenvolvimento, houve apontamentos sobre a segurança jurídica e os resultados negativos da volta à situação anterior.

Questões referentes à autonomia municipal chegaram ao STF em outras representações. A Rp 644/SE teve como o objeto norma da constituição estadual que concedia isenção de impostos para compra de imóveis urbanos por funcionários públicos. A ação foi julgada procedente com o fundamento de que a norma violava a autonomia municipal. A Rp 640/GO, solicitada ao PGR pelo prefeito da Cidade de Goiás, questiona a lei que erigiu o município em Cidade Monumento para

conservação de seu valor histórico e social. O argumento é que a lei violaria a autonomia municipal por desmembrar território, entretanto o desmembramento não é consequência da mudança do status do município. A demanda foi improvida por unanimidade.

Na Rp 654/BA o debate sobre autonomia municipal ocorreu a partir de lei estadual de 1961, que criou empresa para explorar a atividade de água e estabeleceu possibilidade de convênios com a prefeitura. A lei foi julgada constitucional, mas com fundamentos distintos. O relator, Min. Vilas Boas, argumentou que a autonomia municipal estava resguardada por previsão da lei que respeitaria a competência municipal no serviço. O Min. Aliomar Baleeiro esclareceu que Salvador nunca teve autonomia plena e que o serviço de águas passou por vários desafios, especialmente devido a crises financeiras do município. Para ele, o princípio de autonomia municipal seria um conceito anacrônico. O Min. Hermes Lima organizou seu voto a partir da diferença entre direito constitucional e organização constitucional. Para ele não seria possível em nome de um princípio abstrato deixar para o município um serviço que não pode manter, nunca o fez e tampouco teve capacidade de fazê-lo. Neste sentido diz “que o direito constitucional não pode ser interpretado em plano abstrato”. Vê-se aqui que Lima ampliou os termos da improcedência da ação pois não trata da lei como respeitando o princípio da autonomia municipal, mas defende que o princípio deve subordinar-se às condições fáticas. Victor Nunes Leal argumentou que, apesar da alegação do Procurador do Município (que o convênio não estaria vigente), não foi feito nenhum movimento para questioná-lo seja judicialmente, seja por via administrativa. O Min. Evandro Lins condicionou a constitucionalidade da lei à existência do convênio com a prefeitura (como forma de respeitar a autonomia municipal). O Min. Carlos Medeiros Silva votou pela inconstitucionalidade da lei por considerar que apesar da previsão em lei, a autonomia municipal não foi devidamente respeitada pois na prática o Estado explora o serviço “até se pagar”. Para Medeiros Silva o princípio de autonomia municipal seria mais político do que jurídico.

Na Rp 609/SP alegou-se a inconstitucionalidade parcial da lei estadual quanto aos municípios. O ponto arguido era a disposição de que somente haveria remuneração para os vereadores se o município alcançasse renda mínima. A ação

foi prejudicada pelo AI-2 que estabeleceu que os vereadores não receberiam remuneração.

A Rp 675/SP teve por tema a análise de lei de 1947 do estado de São Paulo, que autorizou a Câmara de Vereadores a rever atos do prefeito em grau de recurso (matéria de imposto). A controvérsia ocorrida em âmbito municipal também envolveu a interpretação acerca do princípio de independência e harmonia entre os poderes (art. 36, VII, CF 1946). Este caso gerou debates substanciais. De um lado o Min. Carlos Medeiros Silva lembrou que em sua atuação como PGR encaminhou duas representações que tratavam de casos similares (mas a análise dos atos dos prefeitos seriam feitas pela Assembleia Legislativa). Estas situações seriam resquícios do regime de tutela administrativa prevista na Constituição de 1891, a qual não definia com precisão os limites da autonomia municipal. O Min. Aliomar Baleeiro discordou por considerar que os precedentes invocados por Medeiros Silva não seriam aplicáveis ao caso (aqui tratava-se da atuação da Câmara de Vereadores e não da Assembleia) e que o controle dos recursos tributários seria legítimo. Baleeiro lembra que, na Constituinte de 1946, Raul Pila sugeriu que os municípios deviam ter sua própria carta orgânica, o que foi rejeitado³⁰⁸. A representação foi considerada procedente contra o voto de Baleeiro.

Na maior parte destes casos o solicitante foi o prefeito municipal, demonstrando que o instrumento foi utilizado como forma de proteção de interesses de atores locais.

5.3.5.2 Aumento de despesas

Leis que levam a aumento de despesas foi questão recorrente nas representações julgadas no período. Como padrão comum a estes casos há a propositura pelo governador do estado de projeto de lei que implica aumento de gastos ou criação de cargos, assembleia emenda o projeto, o governador a veta, os vetos são derrubados e o governador solicita ao PGR a propositura da ação.

³⁰⁸ Esta questão volta a aparecer na Rp 757/AM julgada em 07/08/1969. A representação tratou da incompatibilidade de diversos artigos da constituição do estado com a Constituição Federal (inconstitucionalidade da adaptação). Um dos artigos (124) estabelecia que o município de Manaus teria lei orgânica própria. Este artigo seria inconstitucional por ferir o princípio da unidade da organização municipal. A decisão foi pela improcedência da ação em relação a este artigo.

As modificações no processo legislativo, abordadas no capítulo 3, tiveram como ponto nevrálgico a centralização legislativa no Poder Executivo. Neste desenrolar, uma questão já abordada de equilíbrio entre o Executivo e Legislativo no processo de feitura de leis adquire novas cores a partir diminuição de margem de atuação do Legislativo no que concerne à competência para propositura de leis, e o cerceamento do poder de emendar projetos quando tal modificação levasse a aumento de despesas.

A centralização no Executivo do processo legislativo, no que envolve finanças públicas, não foi surge na década de 60. Desde a Constituição de 1934 leis com aumento de vencimentos, criação de empregos em serviços já organizados, ou modificação da lei de fixação das forças armadas (art. 41, § 2º) eram de iniciativa exclusiva do presidente da república. A Constituição de 1946 modificou o panorama ao estabelecer que a iniciativa de leis sobre forças armadas e matéria financeira seria do presidente e da Câmara dos Deputados.

No período ditatorial houve processo de modificação das regras legislativas sobre o tema, que ocorreu em grande medida via AIs. O AI-2 seguiu esta linha. No art. 4º estabeleceu-se que a iniciativa de leis que criem cargos, funções ou empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública e disponham sobre a fixação das forças armadas era exclusiva do presidente da república. Também se proibiu emenda que levasse a aumento de despesas. A EC de 17/11/65 constitucionalizou estas disposições.

Alguns dos estados já tinham em suas constituições limitações semelhantes ou ainda mais restritivas acerca da iniciativa de leis. O AI-2 estabeleceu expressamente que alguns dispositivos, incluindo o art. 4º, seriam aplicáveis aos estados seja por modificação das constituições, seja por decurso de prazo (art. 32). Assim, a centralização legislativa em questões financeiras foi um mote importante para que os governadores usassem a representação como último veto. Evidentemente esta hipótese de utilização de representação demonstra falta de apoio da assembleia legislativa pois, na maior parte dos casos, os governadores vetaram a(s) emenda(s), mas o veto foi derrubado pelo legislativo. Após a derrubada do veto em alguns dos casos o governador recusou a aplicação da lei por motivo de inconstitucionalidade (debate trazido em tópicos anteriores).

A atuação do governador é um ponto avaliado por alguns dos ministros. Para Aliomar Baleeiro (STF, Rp 610), se o governador tiver sancionado a lei o vício estaria sanado (embora haja posições distintas entre os autores). A súmula 5³⁰⁹, aprovada em 12/12/63, corrobora a interpretação de Baleeiro. Esta questão é central na Rp 689, em que o PGR (a pedido do governador) propõe a ação contra lei que cria o programa de rádio “A Hora da Ginástica”, pois teria aumento de gastos com o pagamento dos profissionais. O governador não vetou a lei, a qual teve sanção tácita. Para os ministros, ao não vetar a lei o governador assentiu com seu conteúdo. Para o Min. Eloy da Rocha a sanção tácita não teria esse resultado, vez que não houve propriamente uma manifestação. A questão passa pelo sentido político do veto. Para o Min. Hermes Lima “(...) quem já teve contato mais íntimo com o Poder Executivo sabe que, quando o Governador ou o Presidente não sanciona uma lei, pode não estar de acordo com ela, mas não a tal ponto que queira vetar. O que ele não quer é ter a responsabilidade” (STF, Rp 689).

Em diversos casos (RE³¹⁰, RMS³¹¹ e Rp³¹²), o STF foi instado a tratar da questão da inconstitucionalidade de emendas que ampliam despesas e teve que estabelecer parâmetros para o poder de emendas do legislativo ou, nos termos do Min. Pedro Chaves, “(...) liberar a atividade construtiva do Poder Legislativo, da força construtora decorrente da iniciativa privilegiada do Executivo” (STF, Rp 670).

Inicialmente os critérios para a aceitação de emendas legislativas ao projeto de lei eram “não extravasar o assunto constante na proposição, não quebrar a unidade da proposição e não violar os propósitos do projeto” (STF, Rp 670). A estes parâmetros são incorporados outros, decorrentes do AI-2 e da EC 17.

Houve muitas nuances técnicas acerca dos limites no processo legislativo. Um exemplo é a Rp 610, em que se decidiu acerca da alegada inconstitucionalidade de lei paulistana de 1962 que promoveu enquadramento diverso a funcionário aposentado. Um das questões arguidas foi a aplicação do AI-2 ao caso. A alegação de Alcino Salazar, PGR, era a de que a permissão de emendas teria sido alterada pelo AI-2, que a despeito de ter pertinência, proibiu qualquer emenda que leve ao

³⁰⁹ “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.” Esta posição não subsiste, pois considera-se que a sanção presidencial não tem o condão de convalidar a inconstitucionalidade da lei (ADI 2.867-7/ES).

³¹⁰ Como exemplos: RE 55. 084, 55.719, 57.037, 57.713, 58.197

³¹¹ RMS 14.405, 14.797, 15.015, 15.110, 15.048.

³¹² Rp 465, 468, 611, 670, 627.

aumento de despesa. O tema não foi muito trabalhado na Rp 610 por ter o tribunal decidido na Rp 670³¹³ que o AI-2 não se aplicaria a leis já aprovadas. Outro ponto abordado foi a criação de despesa em um contexto em que lei anterior excluiu grupo de aumento de remuneração ou enquadramento. Evandro Lins e Silva alegou que não houve abuso do poder de emenda porque a assembleia simplesmente corrigiu uma situação de injustiça anterior. Concordaram com essa interpretação Victor Nunes Leal e Gonçalves de Oliveira. Desse modo, a decisão pela procedência não teve maioria qualificada.

A aplicação do AI-2 e a relação com o direito intertemporal volta a ser abordada nas Rps 699, 689, 727 e 700. Na Rp 699³¹⁴ e na 727, o Min. Victor Nunes Leal solicitou esclarecimento acerca das datas de votação e apreciação do veto para verificar se o AI-2 seria aplicável ao projeto. Entretanto, a questão não foi adiante pois foi possível decidir por outros fundamentos. Nos dois casos houve a utilização de normas da constituição estadual como fundamento da decisão. O uso dos preceitos da constituição estadual e não da federal como parâmetro de controle não era compatível com o uso da representação. Na prática, o que ocorreu foi um controle de constitucionalidade por parte do STF no exercício de uma competência que não dispunha.

A Rp 700 envolveu questão de aumento de despesas por emendas ao projeto de lei apresentado pelo governador. O projeto tratava de órgãos de segurança estadual. O governador Ademar de Barros enviou projeto de lei com cinco artigos em que estabelecia gratificação a alguns membros da polícia militar. Após emendas da Assembleia Legislativa, o projeto ficou com 25 artigos e ampliou as gratificações à Força Pública, que, juntamente com as polícias civil, militar e feminina, totalizavam 65 mil beneficiários.

A questão da aplicabilidade do AI-2 ao caso é ainda mais complexa pelas datas envolvidas. As emendas da AL foram votadas em 30/09/65, a redação final

³¹³ Como já citado, a Rp 670 teve por objeto lei do estado da Guanabara acerca de força policial. A decisão foi pela improcedência da demanda contra os votos dos Min. Aliomar Baleeiro e Prado Kelly, que julgaram parcialmente procedente.

³¹⁴ Voto de Victor Nunes Leal: "(...) apenas, faço uma ressalva: como o Estado da Guanabara sustentou a aplicabilidade, ao caso, do Ato Institucional nº 2, pondero que, na Rp 670 o Tribunal negou a aplicação retroativa daquele ato em relação aos Estados, no que toca à iniciativa de despesas. No caso, entretanto, basta o art. 7º, § 1º, da Constituição estadual, para fundamentar a conclusão do eminente Relator, que, aliás, se apoiou neste dispositivo e não no Ato Institucional nº 2" (STF, Rp 699).

ocorreu em 24/10/65, e no dia 28 do mesmo mês, foi editado o AI-2. Para o relator, Min. Victor Nunes Leal, o AI-2 não seria aplicável ao caso por já ter encerrado a fase de emendas, a que seria afetada pelo ato. Ele votou pela inconstitucionalidade de alguns artigos por terem feito reestruturação de cargos, o que não era permitido. O voto de Leal foi vencedor, com três ministros com votos de inconstitucionalidade em termos mais amplos.

O caso propiciou debates intensos sobre o alcance de emendas legislativas e a própria função do STF. Neste sentido a manifestação do Min. Pedro Chaves que tanto apoia-se na visão de “homem liberal” para defender o papel do parlamento, quanto trata da miserabilidade em que viveriam algumas categorias de funcionalismo:

A interpretação que tenho dado ao poder de emendas não é só da convicção de jurista: é da convicção de homem liberal, que confia e sempre confiou no poder do Parlamento, que foi criado precisamente para esse fins, para resguardar a aplicação dos dinheiros públicos, para atender as necessidades da população. E não posso considerar inconstitucional a ação do Parlamento do minha terra natal, quando vai de encontro à necessidade da Força Publica de São Paulo, esquecida, às vezes, incompreendida, sempre miseravelmente paga. Essa Força Publica, que conheço desde criança, de cujos feitos me orgulho; que vi marchando para todos os recantos do País, quando o País dele precisou; desde os tempos de Tobias do Aguiar. Tem sido um elemento do ordem, de garantia de propriedade, do garantia da paz social, até de harmonia entre os Poderes, sempre obediente ao espirito de probidade a patriotismo de seus chefes (STF, Rp 700).

O Min. Aducto Cardoso também partiu de razões políticas para ler o caso, embora em sentido inverso ao apresentado acima. Cardoso defendeu que caberia ao Executivo a organização financeira e orçamentária, mesmo antes do AI-2, e mencionou sua experiência como membro da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em que “foi intransigente” com projetos que aumentassem vencimentos. Neste panorama, para Cardoso a Corte deveria ser autocontida:

(...) considero que a razão política cardeal de prevalência dos problemas financeiros do Poder Executivo que tem de orientar uma exata compreensão dos textos constitucionais. O Supremo Tribunal Federal tem de abster-se de intervir naquilo que é, pela estrutura mesmo do nosso sistema constitucional, matéria de exclusiva competência dos outros Poderes (STF, Rp 700).

Esta decisão do STF gerou importantes impactos. O governador de São Paulo teria criticado a decisão como “apressada e sem estudo”. Acerca desta manifestação, o então presidente do Tribunal, Luiz Gallotti, divulgou nota com esclarecimentos sobre o caso (STF, AgR 700). O governo do estado propôs embargos infringentes, os quais não foram admitidos. Da decisão da inadmissão foi proposto agravo. A decisão final da questão ocorreu somente em 1969. Da inadmissibilidade dos embargos pela falta de previsão em emenda regimental de 16/03/67 foram propostos agravos regimentais em que foram apresentados pareceres de Orosimbo Nonato, Pontes de Miranda, José Frederico Marques, Caio Tácito e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, pela procedência, e de Carlos Medeiros Silva em defesa da autonomia regimental do STF.

Nas 121 páginas do acórdão de deferimento dos embargos foram abordados diversos temas: a possibilidade do STF em seu regimento interno não prever este recurso³¹⁵ mesmo ante à previsão da lei 4.337; o tipo de processo da representação de inconstitucionalidade, cabimento de embargos em questões constitucionais e o próprio papel do tribunal em situações de conflito. Contra os votos de Victor Nunes Leal (relator), Hermes Lima, Evandro Lins e Silva, Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrade o plenário considerou que a emenda regimental não revogou a lei 4.337 na parte relativa ao recebimento de recursos, portanto, seria cabível a propositura dos embargos à decisão da Rp 700.

Nesse embate processual percebe-se que há uma diferença fundamental na maneira como os ministros veem a competência da Corte. Aliomar Baleeiro deixou claro em diversas situações que o STF tem atribuição política e, neste caso, considerou que se deveria evitar atritos com os outros poderes. Nisto invoca os conflitos ocorridos entre a Suprema Corte e o Executivo nos EUA (episódio com bastante ênfase em seu livro “Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”).

(...) O Supremo Tribunal não pode queixar-se, em tempo algum, de qualquer ato inamistoso do Congresso. Pelo contrário, cada vez mais o Legislativo foi transferindo atribuições e prerrogativas suas para o Supremo

³¹⁵ O artigo 17 da Emenda Regimental aprovada em 16/03/1967 estabelece que “cabirão embargos à decisão não unânime do Plenário:

I – que julgar procedente a ação penal;

II – que julga improcedente a revisão criminal;

III – que julgar a ação rescisória;

IV – que, no Recurso Criminal Ordinário, for desfavorável ao acusado” .

Tribunal (...) até esta Constituição de 1967, que nos deu o poder hoje discutido aqui e permitiu aquela terrível atribuição de declarar inconstitucional, em tese, uma lei do Congresso, e não apenas as leis dos Estados-Membros. Temo muito. Poderá haver uma reação, e termos de fazer um recuo, como a Corte dos Estados Unidos tem feito.

Digo isto com a prática de quem militou, muitos anos, no Congresso e assistiu à emoção profunda causada por aquele acórdão que declarou inconstitucional a L. 2.970, se não me engano, de 1956, - aquela pela qual os advogados poderiam falar depois dos votos dos relatores³¹⁶.

Lembro-me bem que os deputados mais novos, os mais fogosos, pretendiam, imediatamente, apresentar uma emenda restringindo as atribuições regimentais do Supremo Tribunal. Os mais velhos disseram: 'Nós sempre vivemos bem com os velhinhos. Reconhecemos a utilidade dos velhinhos. Para que exagerar essas coisas?' Aliás, 'velhinhos do Supremo Tribunal' — é uma expressão carinhosa, embora não tivesse sido bem compreendida pelo antecessor de V. Exa., Sr. Presidente, nesta Corte, numa carta que me dirigiu."

Baleeiro concordou com o argumento de que o regimento não teria revogado a lei 4.337, embora tenha optado por não se manifestar se o Regimento Interno poderia tê-lo feito. Evidentemente a questão central para ele era tentar evitar uma crise com o legislativo (o qual seria privado de competência de legislar sobre os processos de competência do STF). Em seu voto, o Min. Hermes Lima respondeu para Baleeiro: "pode-se profetizar: surgirá um conflito. É possível, mas o aparecimento desse conflito há de ser resolvido pelos meios constitucionais normais, pelo próprio mecanismo político e constitucional, que a isso se destina" (STF, AgR 700).

No voto do Min. Amaral Santos a linha argumentativa central foi de ordem processual, no sentido de que não poderia o RI abolir o recurso, como não o teria feito. Entretanto, em diálogo com o Min. Gonçalves de Oliveira apresenta outra perspectiva: "Temo que é a possibilidade da ditadura judiciária, que é a pior das ditaduras. Temo exatamente isto". Ao que o Gonçalves de Oliveira replica que o Congresso pode fazer uma emenda à constituição se considerar que o STF não usa adequadamente as atribuições. Temos uma sofisticada construção de sentido acerca da função do tribunal através de sua ampliação de competência. Percebe-se aqui a tese de que a judicialização de questões políticas é um fenômeno pós-88 é incompleta, pois desconsidera esse processo interno do STF de construção da narrativa constitucional. Essa construção é emblemática para compreender melhor

³¹⁶ Questão tratada neste trabalho no item 4.2.3

os arranjos institucionais que envolviam o judiciário, pois, apesar de, teoricamente, a corte ter ampliado suas competências na Constituição de 1967, o que se mostra no julgamento deste agravo é uma autocontenção independente de ameaças diretas ao funcionamento do tribunal.

No julgamento dos Embargos Infringentes em 27/11/68, a ampliou a decisão de inconstitucionalidade para abranger também o art. 6º da lei. O governador do estado não pagou as verbas decorrentes da lei, o que fez com que os servidores ingressassem com recursos ordinários para solicitar o pagamento.

Entretanto, o caso teve uma reviravolta no ano seguinte, com a edição do AI-6. Além de diminuir a composição do STF, voltando a 11 ministros, o ato também modificou a competência do STF, retirando a de decidir recursos ordinários. Com isso, cerca de vinte recursos foram devolvidos ao TJ/SP (CORREIO BRAZILIENSE, 1969, p. 3). A mudança da composição foi fundamental, pois os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva tiveram aposentadoria ordenada como decorrência do AI-5, e Lafayette de Andrade e Gonçalves de Oliveira solicitaram aposentadoria. Assim, todos que haviam votado contra o recebimento dos embargos estavam fora do tribunal. Este cálculo foi apresentado na imprensa: “Quanto ao governador, suas esperanças são mais concretas no STF, onde, com a nova composição, permanecem oito ministros que votaram pela procedência da Representação, declarando a inconstitucionalidade da Lei 9.271” (CORREIO BRAZILIENSE, 1969, p.3).

Em 03/12/1969, foi julgado o RE 67.983/SP acerca da falta de pagamento das vantagens concedidas pela lei 9.271/66, pois o TJ/SP considerou a lei inconstitucional. O recurso não foi provido com o argumento de que a lei violou o art. 30 da constituição estadual ao não prever as fontes dos recursos. Adicionalmente, os ministros Thompson Flores, Amaral Santos, Aducto Cardoso e Eloy da Rocha consideraram que a decisão em representação não fazia coisa julgada em sentido técnico quando a afirmação da constitucionalidade decorre da falta de quórum. Assim, a lei poderia ser aplicada, mas não se proclamaria constitucionalidade “absoluta”. Eloy da Rocha ressaltou que os artigos considerados inconstitucionais não poderiam ser revistos, somente os que não tiveram o quórum necessário. O Min. Adalício Nogueira teve o único voto vencido.

O jornal *O Estado de São Paulo* estimou que o pagamento aos 65.000 beneficiados pelas gratificações levaria a um gasto de NCr\$ 300 mi. Daí que a divulgação da decisão do STF tenha sido tratada como uma vitória do governador (O ESTADO DE SÃO PAULO, 1969, p.7).

Este caso trouxe uma complexidade ímpar em termos de questões enfrentadas. Também merece nota o uso de recursos como forma de modificação de decisões, a atuação de advogados consagrados na lide e os impactos da modificação da composição no STF. Se a ampliação do número de ministros (via AI-2) parece ter sido uma estratégia de resultado limitado, a redução via aposentadoria, aliada ao processo de hiperlegislação, trouxe resultados importantes nas decisões da Corte.

TABELA 7 - REPRESENTAÇÕES QUE TIVERAM COMO TEMA AUMENTO DE DESPESAS POR ANO DE JULGAMENTO

1966	1967	1968
667/SP	727/RS	762/DF
670/GB	689/GB	745/DF
687/GB	700/SP	743/MG
610/SP		741/SP
699/GB		732/SP
11 representações de lei estadual		
2 representações de lei federal		
TOTAL : 13 representações e 1 acórdão em recurso (700)		

Nos casos envolvendo aumento de despesas observou-se que o maior solicitante ao PGR foram os governadores de estados. Neste aspecto, destacam-se dois estados: São Paulo, com 5 ações (incluindo a Rp 700/SP, de maior repercussão), e o estado da Guanabara, com 4 ações.

Enquanto as cinco solicitações de São Paulo são assinadas por três governadores distintos (Ademar de Barros³¹⁷, Carlos Alberto de Carvalho Pinto³¹⁸ e Laudo Natel³¹⁹), três das solicitações provenientes da Guanabara são de Carlos Lacerda³²⁰ e uma de Negrão de Lima³²¹.

Ademar de Barros e Carlos Lacerda tiveram papel semelhante na “Revolução”. Ambos foram críticos de João Goulart e apoiadores do governo militar.

³¹⁷ Governou o estado entre 01/1963 e 06/1966. Assinou as Rp 667 e 700.

³¹⁸ Governou o estado entre 01/1959 e 01/1963. Foi o solicitante da Rp 610.

³¹⁹ Governou o estado entre 06/1966 e 03/1967. Foi o solicitante das Rp 741 e 732.

³²⁰ Rps 670, 687 e 689.

³²¹ Rp 699.

Entretanto, as expectativas de concorrerem à presidência e a percepção de que não teriam essa possibilidade fez com que elevassem o tom nas críticas contra o governo. Há dois diferenciais relevantes entre Barros e Lacerda. Primeiro, Barros foi visto com desconfiança pela linha dura por conta de seu perfil populista e sua fama de corrupto. A aliança com os militares nunca foi muito estável. A segunda diferença relevante foi a crise financeira em São Paulo, gerada por uma “orgia de empréstimos pelo Banco do Estado, e de uma emissão maciça de títulos da Dívida Pública, em condições inacreditáveis” como forma de desmoralizar os planos deflacionários do Governo Central (VIANA FILHO, 1975, p. 413). É nesse contexto que Ademar de Barros teve seu mandato cassado e seus direitos suspensos por 10 anos em 1966. Lacerda teve o mesmo destino após o AI-5.

A eleição para a Mesa da Assembleia Legislativa em São Paulo (AL/SP) em 1966 teve como eleito Francisco Franco, eleito com 64 votos contra 49 do candidato governista (Lopes Ferraz), apesar da ARENA ter em sua bancada 90 deputados (VIANA FILHO, 1975, p. 411). Somado ao fato de que as primeiras cassações na AL/SP foram de deputados da ARENA demonstra-se a falta de coesão do partido no estado. Esta falta de coesão, aliada à desconfiança com o governador, pode explicar parcialmente porque os vetos eram rejeitados na Assembleia e a necessidade de uso da representação como forma de superar o impasse com a AL/SP.

A vitória dos candidatos opositores na eleição de 1965 fez com que o AI-2 fosse editado com a permissão para apenas dois partidos: MDB e ARENA. Complementando esse processo de intervenção nos pleitos estaduais foi decretado o AI-3 em 5/02/1966. Neste instrumento estabeleceu-se que as eleições para governadores seriam indiretas (art. 1º) e os prefeitos das capitais seriam nomeados pelos governadores (art. 4º), com o assentimento das assembleias legislativas. Nas eleições legislativas de 1966, o MDB venceu somente nos estados da Guanabara, Acre, Goiás e Paraíba. Em São Paulo a ARENA venceu, mas sem um partido hegemônico e sem Ademar de Barros (cassado), houve aumento de votos brancos e nulos (35%) (ALENCASTRO, 2014, s/p).

Em relação ao estado da Guanabara, o desacerto com a assembleia legislativa fica ainda mais evidente nos autos das representações. No parecer do PGR, Alcino Salazar, na Rp 699/GB, descreve-se que na resposta da Assembleia Legislativa alegou-se que o Governador teria agido com propósito do represália

contra funcionários da administração anterior. Salazar não nega que possa ter ocorrido tal intuito, mas considera que este não é o ponto a ser avaliado (STF, Rp 699).

Na Rp 686/GB, que tratou da lei estadual autorizativa de cessão de imóvel, no voto do Min. Evandro Lins e Silva apresenta-se o conflito entre Executivo e Legislativo estaduais. “O motivo inspirador da representação, segundo a informação da Assembleia Legislativa: teria sido uma luta política entre o Governador e o Legislativo. Por menos nobre que tenha sido a inspiração, essa não é razão suficiente para convalidar a manifesta de inconstitucionalidade da lei” (STF, Rp 686). A procedência da representação demonstrou que a análise do STF não usou como parâmetro relevante a dinâmica de poder no estado.

Na Rp 741/SP (1968) foi arguida a inconstitucionalidade de lei do estado de São Paulo que criava um Fundo para concessão de bolsa de estudo. O argumento era o de que teria havido violação do princípio de independência e harmonia entre os poderes pela intervenção em esfera de atuação do Executivo. O voto do Min. Aliomar Baleeiro é ácido ao tratar de interesses de alguns governadores: “O que se dá é que nos Estados poderosos os governadores são candidatos à Presidência da República e, então, querem a moeda da sedução para as dedicações em campanha. Falo *in abstracto*, sem me referir a ninguém” (STF, Rp 741).

O uso das representações em estados onde há conflitos políticos internos e entre o Executivo estadual e o federal nos traz um dado importante: a representação de inconstitucionalidade teve utilização limitada para resolver os conflitos entre Executivo e Legislativo federal e mais pronunciado como forma de contornar as crises no âmbito dos estados.

5.3.5.3 Concurso público

Tema relacionado ao de aumento de despesa foi o da necessidade/forma de concursos públicos. Este tema foi enfrentado nas Rps 676/GB e 701/RS (1967); e 739/RS (1968).

Na primeira representação (676/GB) houve debate intenso sobre os poderes do estado no tocante à organização de seus serviços públicos. O estado da Guanabara instituiu, em sua constituição, que o acesso ao cargo de professor

primário seria feito por seleção para a formação do professor em escola oficial e não mediante concurso público. As alegações principais deste caso diziam respeito à amplitude da norma constitucional que estabeleceu a necessidade de concurso (e a autonomia do ente federado em organizar o seu sistema) e a falta de isonomia com candidatos de outras regiões que, tendo feito sua formação em outros estados, não poderiam lecionar em escolas públicas na Guanabara. Apesar dos argumentos do relator do caso, Min. Candido Mota, sobre a ausência de competência do estado para dispor sobre este modelo de seleção, a norma foi considerada constitucional por não ter atingido o quórum mínimo para declaração de inconstitucionalidade.

Na 701/RS o tema foi a possibilidade de atribuir pontos aos candidatos por ano de exercício como interino, de modo que alterasse a classificação final do concurso (lei estadual 5.145/65). Apesar do Min. relator alegar violação do direito adquirido e ato jurídico perfeito, este item não mereceu particular atenção dos demais ministros. A decisão foi pela constitucionalidade da medida por ausência de quórum (7 ministros voltaram pela inconstitucionalidade e 6 pela constitucionalidade). O Min. Evandro Lins e Silva argumentou que havia leis de aproveitamento de interinos em vários estados, e o STF nunca havia declarado a inconstitucionalidade de tal medida.

A Rp 739/RS também tratou da efetivação de professores interinos. A lei estadual de 1966 pretendia esclarecer leis anteriores sobre o tema e acabou ampliando as hipóteses de efetivação (segundo a Assembleia Legislativa do estado, o Rio Grande do Sul não tinha concursos para professores há 30 anos). A demanda foi considerada procedente por unanimidade.

O tema também foi tratado na Rp 760/PE a ser analisada no item sobre adaptação das constituições estaduais.

5.3.5.4 Organização judiciário

O tema de organização do judiciário chegou ao STF tanto em representações de inconstitucionalidade de leis, quanto em ações que alegaram inconstitucionalidade na adaptação de constituições estaduais. Exemplos do primeiro caso temos as Rps 688/MG, 665/SP, 623/RN (1966), 727/RS e 622/RN (1967), 725/RS e 712/MA (1968). Como exemplos do segundo, temos as Rp

751/GB, 746/GB, 764/ES, 761/CE e 770/GB. Destas, algumas trataram de sistema de justiça de forma ampliada (como o TC e MP), conforme será apresentado no próximo item.

A competência para a organização do judiciário estadual era dos estados conforme art. 124 da CF 1946, e art. 136 da CF 1967.

A Rp 688/MG foi proposta em relação ao art. 47 da lei mineira 3.344/65, que criou o Tribunal de Alçada³²² no estado. O ponto principal foi o critério de promoção dos juízes estabelecido na lei, que deveria dar-se somente entre os juízes da última entrância, o que não teria contraponto na CF. À alegação da AL/MG de que o solicitante (o juiz de direito José Amado Henriques³²³) não teria legitimidade *ad causam*, o STF decidiu pela improcedência, pois foi o PGR quem efetivamente apresentou o caso ao tribunal. A decisão foi unânime pela procedência da representação.

A Rp 665/SP não teve como objeto direito o poder judiciário, mas o restabelecimento de Ofício de Imóveis e Anexos em comarca. A solicitação foi remetida ao PGR pelo bacharel de direito Francisco Amaral³²⁴ e tinha por fundamento a invasão da competência do legislativo para regular o tema por meio de lei, visto que o restabelecimento foi feito por decreto. Também foi ofendido o art. 124, da CF 1946, que estabeleceu a inalterabilidade da organização judiciária no prazo de cinco anos (salvo se proposta proveniente do tribunal de justiça estadual). Por ter sido proposta antes da EC 16/65, esta representação teve por parâmetro de análise o art. 7º, da CF 1946. A decisão foi pela procedência do pedido por unanimidade.

A Rp 623/RN foi encaminhada ao PGR por serventário de justiça que alegava a inconstitucionalidade de Código de Organização Judiciária de 1963 por não ter respeitado o quinquênio e tampouco ter sido proposta pelo TJ. Apesar dos

³²² O art. 124 da CF 1946 estabeleceu a possibilidade de criação de Tribunal de Alçada nos estados, "II - poderão ser criados Tribunais de Alçada inferior à dos Tribunais de Justiça". Houve a criação no Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Minas Gerais. A EC 16/65 alterou a redação do artigo para "I - poderão ser criados Tribunais de Alçada, com a competência que lhes fôr atribuída na lei estadual".

³²³ Em 1951 o mesmo juiz havia sido indicado como assistente (o que foi indeferido) no MS 1315 em que se alegava que a exigência do TJ de que os juízes substitutos municipais fizessem concurso de provas para tornarem-se juizes de direito seria ilegal. O MS foi rejeitado por unanimidade.

³²⁴ Francisco Amaral foi prefeito de Campinas por duas ocasiões e deputado estadual por seis legislaturas. Atuou também na ANC 87-88 (OAB Campinas, s/d).

argumentos similares ao caso acima, foi julgada improcedente por estar insuficientemente instruída.

A Rp 727/RS teve por objeto a inconstitucionalidade do Código de Organização Judiciária do estado, mas por envolver finanças públicas já foi tratada quando do aumento de despesas. O ponto a ser destacado é a apresentação da mudança do judiciário como uma decorrência do aumento demográfico, caso contrário haveria um “colapso definitivo” na organização da justiça.

Na Rp 725/RS a questão foi a inconstitucionalidade de decreto de indicação de bacharel de direito para Diretor Geral da Secretaria da Corte de Apelação da Justiça Militar do Rio Grande do Sul. O governador do estado indicou para o cargo bacharel e o ato foi tido por inexistente pela presidência da corte por violar autonomia do judiciário em sua organização. Entretanto o bacharel foi reconduzido ao cargo por mandado de segurança deferido pelo TJ/RS.

Na Rp 712/MA a questão arguida foi o vencimento dos desembargadores. A Constituição de 1946 estabeleceu (art. 124, VI) que: “os vencimentos dos Desembargadores serão fixados em quantia não inferior à que recebem, a qualquer título, os Secretários de Estado (...)”. Diante disso, no Maranhão o tribunal de justiça editou resolução incluindo na remuneração dos desembargadores os valores adicionais recebidos por secretários de estado. O governador, José Sarney, solicitou ao PGR a propositura da representação. No relatório mencionou-se caso semelhante ocorrido no Piauí. Pedido foi provido por unanimidade para considerar que a expressão “a qualquer título” referia-se aos valores recebidos enquanto secretário, e não em outras funções.

Os casos apresentados não citaram expressamente a representação criada pela EC 16/65, o que leva à conclusão que a ampliação do controle de constitucionalidade não afetou o tema judiciário. Outro ponto relevante é que a quase totalidade das solicitações foram feitas por servidores do próprio judiciário.

TABELA 8 - REPRESENTAÇÕES SOBRE JUDICIÁRIO

Procedente	Improcedente	Insuficientemente instruída/prejudicada
688/MG		623/RN
665/SP		622/RN
725/RS		
712/MA		

5.3.5.5 Eleições

No que diz respeito ao tema de eleições, foram encontradas representações que questionaram tanto normas acerca de eleições, quanto eleições específicas. Como exemplo do segundo caso temos a Rp 605/PR, na qual se arguiu inconstitucionalidade de emenda à constituição do estado para estabelecer a eleição do vice-governador Afonso Alves Camargo Neto. A decisão do STF foi que o pedido estava prejudicado, pois a norma tinha exaurido seus efeitos.

A Rp 634/AC também teve por objeto a alegação de inconstitucionalidade de emenda à constituição estadual possibilitando eleição indireta no estado. Também como o caso anterior, foi considerada prejudicada, mas aqui pela superveniência do AI-3 que estabeleceu eleição indireta em âmbito estadual. Mesmo que a eleição tenha ocorrido no sistema anterior não foi considerado ponto relevante para a decisão do tribunal. Na Rp 709/GO, solicitada por deputados estaduais, a arguição de inconstitucionalidade trata de eleição da Mesa Diretora da assembleia legislativa. A eleição teria ferido a constituição federal, a constituição do estado e o regimento interno da assembleia legislativa por vários vícios formais. A demanda foi julgada improcedente, apesar da resposta da AL/GO de que, ainda que fosse um ato inconstitucional, seria um ato não normativo, e portanto não abrangido pelo art. 7, VII CF³²⁵. Uma das alegações é que não foi respeitada a norma que estabelecia representação, tanto quanto possível, dos dois partidos, visto que não houve deputado da Arena. O voto de Aducto Cardoso expôs que:

(...) no jogo da maioria e da minoria, nas Casas Legislativas em torno do exato cumprimento do princípio constitucional da proporcionalidade da participação nas Comissões não afeta a forma republicana representativa. Trata-se de matéria interna corporis (...)

A Rp 604/RN tratou de eleição indireta para Vice-Governador do Rio Grande do Norte através de emenda à constituição do estado. Também foi julgada prejudicada³²⁶ pelo encerramento do mandato do governador.

³²⁵ A ação foi proposta em 31/05/1966 e julgada em 13/04/1967, entretanto o argumento principal é a violação do art. 7, VII, ou seja, a ação foi mais uma representação interventiva do que propriamente de controle de constitucionalidade.

³²⁶ Min. Victor Nunes Leal, relator, julgaria improcedente tendo em vista o precedente assentado na RP 600/GB (1965), entretanto julga prejudicado pelo término do mandato.

Igualmente julgada prejudicada foi a Rp 698/RN, na qual se arguia a inconstitucionalidade de emenda à constituição do estado, feita em 1947, a qual aumentava o prazo para que o vice-governador tomasse posse. A ação foi julgada prejudicada pela existência de nova constituição estadual.

Nenhum dos casos citados acima foi julgado procedente, o que nos traz algumas questões. A primeira é que mesmo na vigência do novo regime de controle de constitucionalidade foi utilizado o instrumento da representação interventiva. Possivelmente isso se deu para que pudesse arguir a inconstitucionalidade de atos concretos (eleições). Entretanto, o STF não se mostrou permeável aos argumentos, seja porque houve perda do objeto (demonstrando que seja do modo intencional ou não, a questão tempo comprometeu a intervenção mais efetiva do tribunal em conflitos políticos locais), seja porque houve recusa de atuar em questões consideradas internas.

5.3.5.6 Adaptação das constituições estaduais

Como vimos anteriormente, justificou-se a necessidade da Constituição de 1967 para conferir uniformidade ao direito, bastante alterado pela coexistência entre a legislação normal e a revolucionária. Do ponto de vista federativo isso implicava a necessidade de garantia de que as constituições estaduais seguiriam suas disposições. Nesse sentido, estabeleceu-se no art. 188³²⁷, que os estados deveriam reformar suas constituições em 60 dias para adaptá-las às normas da constituição³²⁸. Terminado o prazo, tais normas seriam consideradas incorporadas automaticamente às cartas estaduais. O Decreto-Lei 216 regulamentou este artigo utilizando em suas considerandas que: “a adaptação das Constituições dos Estados às normas da Constituição Federal promulgada a 24 de janeiro de 1967 é matéria de segurança nacional”. O DL estabeleceu que caberia aos governadores enviar até 15/04/1967 o projeto de adaptação das constituições estaduais. E, ainda, poderia o

³²⁷ No projeto enviado pelo Executivo a prescrição era ainda mais imperativa “Art. 179 - Os Estados, dentro de sessenta dias, adaptarão as suas Constituições ao disposto nesta Constituição; caso contrário será decretada a intervenção federal para êsse fim. Parágrafo único: O Governador do Estado apresentará projeto até 15 de abril de 1967.”

³²⁸ A mudança constante no ordenamento jurídico teve repercussão também no âmbito estadual. Como exemplo as disposições da EC 13/65 (art. 3), AI-2 (art. 32, § único), AC 24/66 (art. 3) estabelecendo a obrigação dos estados de adaptar suas constituições.

governador representar ao STF, por intermédio do PGR, no prazo de 60 dias sobre a inconstitucionalidade de suas disposições. Esta disposição apresenta a questão de saber se se estabeleceria uma representação de inconstitucionalidade especial, ou se seria o mesmo tipo de ação e a previsão no DL seria somente uma forma de enfatizar a existência do instrumento jurídico. Seria plausível a previsão trazida no DL se considerássemos que, anteriormente, a representação não tinha por objeto normas de constituições estaduais, somente de leis em sentido estrito, entretanto essa hipótese não procede, pois o STF já havia decidido vários casos nesta situação³²⁹.

O objetivo desta previsão foi estabelecer o controle da constituição dos estados independentemente da concordância do legislativo. Considerando que, o projeto seria enviado pelo chefe do Executivo estadual e os prazos estabelecidos foram exíguos, caso houvesse qualquer modificação por parte dos deputados estaduais seria possível barrar por via judicial. Tem-se, assim, o espaço de duplo controle: do Legislativo pelo Executivo, e do estado pela União, embora este seja menos premente, pois o envio ao PGR da solicitação seria feita pelo chefe do Executivo estadual³³⁰. A representação de inconstitucionalidade serve aqui como limite ao poder constituinte derivado, tornando-se instrumento central na sistematização e organização pretendidas.

O DL 216 foi construído para propiciar a supremacia do Executivo em âmbito estadual. Entretanto, em alguns casos a iniciativa da solicitação ao PGR foi tomada por representantes de outros poderes ou por cidadãos. Na Rp 760/PE a iniciativa foi de um cidadão; na 764/ES a solicitação foi feita pelo ministro presidente do Tribunal de Contas do estado; na 746/GB a solicitação foi feita pelo Tribunal de Alçada estadual; na 761/CE, foi do presidente do TJ/CE; na 775/ES do prefeito de Guarapari/ES; na 770/GB, foi de um promotor do estado; na 756/SE a solicitação foi feita por Deputado Estadual. Temos aqui que, dos casos que não foram apresentados pelo governador do estado houve predomínio de atores relacionados

³²⁹ Além dos casos envolvendo adaptação das constituições estaduais, que veremos em seguida, cito como exemplos: Rp 295/DF (1957), Rp 314/DF (1957), Rp 350/DF (1958), todas sobre inconstitucionalidade de normas da constituição estadual que ferem a autonomia municipal. Embora no site do STF os três casos estejam identificados como DF, a Rp 295 tratou da constituição do Ceará, a 314 da constituição do Rio de Janeiro, e a 350 da constituição de Minas Gerais.

³³⁰ Mas ao menos abstratamente é possível pensar que qualquer cidadão poderia remeter solicitação ao PGR amparado no art. 114, I, I da Constituição Federal.

ao sistema de justiça estadual. Na Rp 770 o governador de estado foi admitido como litisconsorte para fazer a defesa dos dispositivos impugnados. Houve a apropriação do instrumento para questionamento de dispositivos que contrariassem interesse de grupos específicos, mesmo quando em oposição aos interesses do governador do estado.

Esta apropriação pode ser vista na Rp 756/SE. O Deputado solicitante, Jaime de Araújo Andrade, foi líder do MDB³³¹ na Assembleia Legislativa de Sergipe. Eleito no pleito de 1966, compôs uma legislatura em que, das 32 cadeiras, 26 eram de deputados arenistas³³² (ALVES, 2015, p. 40-41, TSE, 1971, p. 163). O uso da representação foi uma estratégia de um grupo político minoritário já desfalcado pelas modificações no sistema político e partidário efetuadas no período ditatorial. O PGR apresentou a demanda e, dos oito itens arguidos por inconstitucionais, o STF considerou sete procedentes.

O tema não era inédito na jurisprudência do STF. Após a Constituição de 1946 vários casos foram apresentados pelo PGR com a alegação de incompatibilidade entre as novas constituições estaduais e a federal. Nestas decisões houve a oportunidade de delineamento acerca das próprias características da ação e sua aplicação. Dentre os temas enfrentado estavam: o controle abstrato de constitucionalidade; obrigação do PGR propor a demanda, ainda que com parecer contrário; não cabimento de embargos infringentes ao acordão; o rito da ação.

Na Rp 94/RS, julgada ainda em 1946, foi arguido que a constituição do estado do Rio Grande do Sul violava os parâmetros estabelecidos na constituição federal por ter estabelecido regime parlamentarista no estado. Proposta pelo então PGR, Themístocles Cavalcanti, foi um caso importante para delinear as características da ação. A decisão na Rp 94 ocorreu a partir da incompatibilidade do sistema parlamentarista com o art. 7º, VII, b (independência e harmonia entre os poderes). Isto porque apesar de debates acerca da declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, a previsão constitucional da representação interventiva tinha por parâmetros somente o art. 7º da então Constituição Federal.

³³¹ Deputado Jaime de Araújo Andrade, cassado no período, teve mandato restituído em sessão simbólica em 06/10/2015.

³³² Nesta eleição em Sergipe dos sete cargos de deputado estadual, seis eram da Arena.

Então, a resposta do STF não ocorreu tendo por parâmetro direto a incompatibilidade do parlamentarismo com a Constituição, mas o fato de que o modelo adotado na constituição rio-grandense prever um Secretariado que limitava os poderes do Executivo.

Neste caso foram apresentadas as percepções dos ministros acerca do papel da Corte em dirimir conflitos. O advogado João Mangabeira apelou à corte que a representação destinar-se-ia a favorecer os poderosos e que o tribunal deveria apreciar o caso com segurança e sem vacilações pela importância da questão apresentada. A resposta do Min. Hahnemann Guimarães foi que “este Tribunal não se deixa, evidentemente, impressionar pelos poderosos, nem se descuida, nas decisões que toma, a respeito dos casos que são sujeitos ao seu exame, dos supremos interesses da nação, embora lhe pertença essencialmente a aplicação da lei” (STF, Rp 94). O Min. Edgard Costa ressaltou que o julgamento não era sobre parlamentarismo, se adequado ou não como regime de governo, mas sobre a compatibilidade da norma com a constituição federal. Segundo Costa: “não predomina aqui outro interesse senão o da defesa da Constituição Federal, de cuja pureza, de cuja observância e de cuja supremacia é este Tribunal o supremo guardião (...)” (STF, Rp 94). No acórdão a Corte apresenta-se a partir de suas novas atribuições políticas, as quais assume com o conhecimento de seus ministros em direito estrangeiro (especialmente norte-americano e francês, mas com muitas referências ao constitucionalismo argentino).

A Rp 96/DF teve por objeto a verificação da constitucionalidade de preceitos da constituição do estado de São Paulo, por solicitação do governador ao PGR. Os votos fizeram menção a julgamentos relacionados a incompatibilidades de normas das constituições do Ceará e à Rp 94. Como decidido no caso rio-grandense, nesta representação o relator considera que se trata de controle de constitucionalidade sem a apresentação do caso concreto, ou seja, de controle de constitucionalidade de lei em tese. Esta interpretação contraria a que considera que a ação de representação interventiva como necessariamente concreta no sentido de somente analisar atos concretos (dentre outros CLÈVE, s/d, p. 3; BARROSO, 2016, p. 73). De acordo com a interpretação iniciada na Rp 94, “ato” é considerado qualquer ato afetado pelo estado, tanto administrativo quanto legislativo, e, inclusive, proveniente do constituinte. Assim, na interpretação do STF a representação interventiva era de

controle abstrato, mas reduzido, pois o parâmetro do controle eram somente os princípios constitucionais sensíveis e não a CF em sua integralidade. Temos assim que a EC 16/65, na parte em que altera o possibilidade de controle de constitucionalidade, é menos inovadora do que retratada na literatura jurídica contemporânea .

Em 1967, a representação abstrata assumiu neste contexto o papel de jogar ao STF a possibilidade de decidir sobre a alteração constitucional estadual com parâmetros amplos. E, com um tribunal já modificado pelas indicações feitas pelos presidentes militares a expectativa seria a de que a Corte corroborasse a tese do PGR (que, por sua vez, era em grande medida a tese dos governadores de estado).

Entretanto, a questão mostra-se mais complexa com debates substanciais acerca dos limites de alteração constitucional. No período analisado, foram dez casos: Rp 751/GB (1967), Rps 764/ES, 746/GB, 760/PE, 750/SP, 772/PA, 753/SP, 761/CE, 775/ES, 749/RS (1968). Além destes, a questão foi trazida nas Rps 748/GB, 770/GB, 747/DF, 755/RJ, 757/AM (1969) e 756/SE, 808/PR, 824/ES, 774/MG e 752/GO (1970). A Rp 753 foi tratada em tópicos anteriores vez que envolve também conflito com ato institucional. Optou-se por não incluir os 10 casos julgados em 1969 e 1970 pois a corte estava profundamente alterada e os resultados seriam afetados especialmente pela alteração na composição.

De um processo destinado a obter o controle sobre o sentido (e alcance) de constituição, surgiram diversas questões controvertidas acerca de poder constituinte, federalismo, relação entre política e direito, dentre outras. Nestas representações verifica-se também uma luta para a compreensão dos novos dispositivos constitucionais em comparação com a constituição anterior e com as sucessivas modificações promovidas no direito. Assim não são raras menções de dispositivos da Constituição de 1946, alterados por ato institucional como parâmetro de interpretação autêntica do objetivo do constituinte. Neste sentido pode ser lida a manifestação do Min. Victor Nunes Leal na Rp 760/PE:

(...) O legislador constituinte conhecia o texto da Constituição anterior, e o redator do projeto, nosso eminente colega Carlos Medeiros Silva, não ignorava o debate travado no Supremo Tribunal. Com esse conhecimento, não se limitou a reproduzir o texto anterior. Introduziu-lhe modificações, evidenciando que o assunto não lhe passou despercebido. (...)

A chave de leitura acerca da interpretação da nova constituição, ao menos para Nunes Leal, é a experiência amalhada pelo STF em debates constitucionais acerca de aspectos políticos controvertidos.

Se tomarmos por parâmetro todos os casos envolvendo adaptação da carta estadual, percebe-se que o estado da Guanabara é o que conta com mais casos (4), seguido do Espírito Santo (3), São Paulo (2) e Pernambuco, Pará, Ceará, Amazonas, Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Sergipe, Paraná, Minas Gerais e Goiás com um caso cada.

A primeira representação sobre o tema foi decidida em 19/10/1967. A Rp 751/GB foi solicitada pelo governador de estado e teve temas sobrepostos com a Rp 746, cuja solicitação foi feita pelo Tribunal de Justiça do estado. Apesar da sugestão do Min. Amaral Santos de fazer o julgamento por conexão, os ministros optaram por seguir o pedido do PGR e excluir do âmbito do julgamento da Rp 751 os artigos invocados também na Rp 746 (que seria julgada em 1968).

Todos os artigos analisados nesta representação referiam-se ao poder judiciário (competência do tribunal do júri e conselho de magistratura, critério de escolha do quinto constitucional). Sendo o primeiro processo sobre o tema decidido, percebe-se que as posições dos ministros começam a ficar claras. Como exemplo mais marcante o Min. Aliomar Baleeiro, quem expressou como “profissão de fé” que o poder do STF em declarar inconstitucionalidade de normas deveria ser usado somente quando a inconstitucionalidade fosse evidente. Com isso, negou o controle de constitucionalidade como aferição de critério estilísticos e/ou de técnica legislativa. Um dos consensos entre os ministros era o de que a Constituição de 1967 tinha vários problemas de redação. Esta premissa foi utilizada por Baleeiro para considerar que deveria ser evitado o uso do “poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, anulando o trabalho do Congresso”, poder este ampliado na Constituição de 1967³³³. O Min. Baleeiro foi vencido em todos os itens.

A Rp 764/ES teve por objeto as disposições da constituição estadual sobre o Tribunal de Contas do estado. No relatório do caso foi apresentada teoria sobre o

³³³ “Essa inclinação satânica do poder político – e este é um poder político – pode levar-nos a fricções que nunca houve, nos setenta e sete ou setenta e oito anos da vida republicana brasileira, entre Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal” (Rp 751).

limite de adaptação³³⁴ esposada pelo TC, com a qual o relator, Min. Aliomar Baleeiro, não concordou. Quanto a este ponto, não essencial à resolução da lide, discordaram os Min. Eloy da Rocha, Aducto Cardoso. A alegação no caso foi que a constituição estadual ao estabelecer a competência do TC, excluiu as contas do poder legislativo; tirou do TC a competência de prover seus cargos e estabeleceu que a solicitação ao poder legislativo para criação de cargos e aumento de remuneração deveria ser feita via Executivo. A representação foi considerada integralmente procedente e determinou-se o envio ao Senado para as providências de suspensão das disposições impugnadas.

A Rp 746/GB teve por questão central o debate acerca do poder judiciário no estado da Guanabara. A ação tratou da competência do Tribunal de Justiça na organização do Tribunal de Alçada, além de questionamento acerca de critérios de acesso/remoção ao tribunal³³⁵. Não houve debates substanciais acerca do poder de alteração da carta estadual. Ficou patente o desacordo entre os ministros sobre o sentido que deveria ser atribuído à alguns dos artigos constitucionais. A representação foi considerada parcialmente procedente.

A Rp 760/PE, julgada em 18/04/1968, teve como tópico arguido o art. 222 da constituição pernambucana que autorizava a efetivação de professores primários em atividade desde 8/12/1966 e que tivessem se submetido à concurso público. O tópico aparentemente simples gerou debates acerca da necessidade de concurso público para o cargo (o que o STF havia definido no regime constitucional anterior que cada estado estabeleceria as normas sobre a questão). Nestes debates foram apresentadas considerações sobre as diferenças federativas sobre ensino, críticas ao modelo de concursos para provimento de cargos e garantia de estabilidade, as distinções entre regimes de trabalho (CLT e estatutário) e não menos importante, as dificuldades de decidir com fundamentos de decisão distintos.

O relator, Min. Aliomar Baleeiro, votou que o dispositivo seria inconstitucional porque a Constituição de 1967 era mais rigorosa no estabelecimento do requisito de concurso, e o estado não poderia ampliar as exceções a esta

³³⁴ “Os passos dados fora desses limites pré-traçados [o que explícita ou implicitamente tiver sido modificado na CF] importam em descaminho. Nem se esqueça que a Carta Magna, de 24 de janeiro de 1967, foi promulgada em atenção a imperativos do movimento revolucionário de 31 de março de 1964, com objetivos definidos” (Rp 764).

³³⁵ Arguiu-se que os artigos 53, III, V e V, 54 e 60, III, da constituição estadual seriam inconstitucionais por contrariar os arts. 110, II, 136 e 136, III da CF.

exigência. Baleeiro também expôs sua experiência com sistemas de ensino em diversos estados e elogiou o modelo das “professoras leigas” existente no Rio Grande do Sul. Neste modelo contratavam-se professoras sem formação específica, dispensando concurso, logo sem estabilidade. O salário atribuído era metade do valor pago à professores com formação, e a despeito da evidente falta de qualidade do ensino foi considerado por Baleeiro um modelo vantajoso, pois seria preferível que os alunos aprendam mal, do que não aprendam em absoluto.

Ante a provocação de Leal de que os estados poderiam dispor sobre a questão, o Min. Amaral Santos considera que somente a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional poderia dispensar a exigência de concurso para professor primário. Há aqui concordância quanto à inconstitucionalidade, mas distinções acerca do fundamento, já que para Baleeiro nem a lei poderia dispensar o concurso. Nunes Leal vota pela inconstitucionalidade com esse fundamento como forma de deixar a questão aberta em futuras possíveis demandas.

O Min. Themístocles Cavalcanti introduziu um raciocínio que seria importante em casos futuros: o de que o art. 188 da CF não estabeleceu um poder de reforma comum, conseqüentemente para ele questões que não fossem “estritamente constitucionais” não poderiam estar nas constituições dos estados.

A Rp 772/PA, julgada em 23/05/1968, foi considerada improcedente (acompanhando o parecer do PGR) e sem grandes debates sobre o poder de adaptação da constituição estadual. Na representação, arguiu-se que seria inconstitucional a intervenção do legislativo estadual para a escolha de presidente de sociedade de economia mista. O presidente da assembleia legislativa arguiu a intempestividade da demanda visto que o caso não seria de representação de inconstitucionalidade previsto no art. 114, I, da CF; mas de ação específica prevista estabelecida no art. 188 da CF, regulada pelo DL 216. Como o DL estabelece o prazo de 60 dias para representar ao STF por intermédio do PGR, seria uma representação intempestiva por ter sido apresentada em 29/09/1967 (a constituição foi publicada em 17 de maio daquele ano). A interpretação dada pelo Min. relator é que o prazo de 60 dias para a representação diz respeito à possibilidade de efeito suspensivo da norma impugnada (art. 3º. DL 216), mas não afeta o conhecimento da ação.

Foi na Rp 753/SP, julgada em 19/06/1968, que começou a ser discutida a amplitude do art. 188 e do DL 216. Muitos dos artigos tiveram como ponto de debate o limite ao poder de reforma. Para alguns ministros, como Hermes Lima, tratava-se de mera adaptação da constituição estadual, entretanto os argumentos do Min. Victor Nunes Leal trouxeram uma nova (e vencida) perspectiva: a de que a previsão do art. 188 não tratava de hipótese de adaptação, mas de reforma, pois o fato de que as constituições estaduais devem ser compatíveis com a federal é uma premissa do direito constitucional. Assim, argumentou Leal que, se houve a previsão tanto no art. 188, quanto no DL 216, isto significa que houve autorização do constituinte federal para que se procedesse reforma como um todo das constituições estaduais, e não somente nos pontos em que a CF foi alterada³³⁶. É uma tese bastante engenhosa e mostra as dificuldades de controle político através do direito, pois, quanto mais se legisla paradoxalmente, abre-se maior margem à interpretação.

A Rp 761/CE teve como pedido a declaração de inconstitucionalidade de normas que dispunham sobre o poder judiciário estadual. Um dos artigos previa que os projetos de criação de cargos deveriam ser enviados ao Executivo (e a constituição federal estabelecia que a competência era do legislativo), o outro tratava da elevação automática de determinadas entrâncias. A solicitação foi encaminhada ao PGR pelo Presidente do TJ/CE, e a Assembleia Legislativa considerou que a representação não poderia ser recebida a não ser que o envio fosse feito pelo governador (DL 216). Esta alegação não obteve maiores considerações por parte dos ministros. A representação foi julgada procedente por unanimidade, mas com diferença de fundamentos. Enquanto os Min. Themístocles Cavalcanti, Carlos Thompson Flores e Adalício Nogueira (relator) consideraram que a elevação das entrâncias feriu a constituição porque ultrapassou o poder de reforma,

³³⁶ “(...) O art. 188, a meu ver, não obrigou os Estados a uma reforma limitada em suas Constituições. O que fez, tendo em vista a conveniência de serem introduzidas nas Constituições estaduais as inovações da Constituição Federal, foi abreviar o período em que essa reforma foi feita. Ainda que, pela Constituição estadual, de acordo com o modelo constitucional anterior, fosse necessária a aprovação em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas, a nova reforma poderia ser feita sem essa exigência, no prazo de sessenta dias. Esta, a meu ver, é a novidade do texto. Para a simples observância dos novos preceitos da Constituição Federal, não haveria, a rigor, necessidade de serem adaptadas as Constituições estaduais. Bastaria dispor que as novas normas da Constituição Federal se aplicariam igualmente aos Estados. E tanto assim era que o próprio artigo 188 dispôs: nos Estados em que se exceder o prazo de sessenta dias, aquelas inovações serão incorporadas automaticamente à Constituição estadual. Por que a Constituição Federal quis repetir o óbvio?” (STF, Rp 753).

o Min. Victor Nunes Leal votou pela inconstitucionalidade porque a organização judicial somente poderia ser feita por leis quinquenais, o que não ocorreu.

A Rp 775/ES tratou da inconstitucionalidade de um único artigo da constituição capixaba, que dispunha sobre a localização e tamanho de prédios de municípios litorâneos. A decisão foi pela inconstitucionalidade por violar a competência do município para dispor sobre urbanismo (violação da autonomia municipal) e ser uma norma sem generalidade.

A questão do alcance das adaptações torna a aparecer na Rp 749/RS, julgada em 04/12/1968. Esta representação teve como objeto vários dispositivos constitucionais, e foi considerada parcialmente procedente em acórdão com 423 páginas. Nesta representação foi arguida (a partir da solicitação do governador do estado do Rio Grande do Sul) a existência de três tipos de inconstitucionalidade: material, formal e por supressão. A material seria o conteúdo da norma da constituição estadual incompatível a constituição federal. A formal corresponderia à ampliação da reforma (ou seja, a inclusão de temas que não foram abordados na Constituição de 1967, e portanto, ocorreria quando a norma “excede os limites da adaptação”). A inconstitucionalidade por supressão, defendida pelo governador do estado, seria a omissão de dispositivos da constituição estadual de 47 sem a inclusão de artigos correspondentes.

A inconstitucionalidade material é comum na doutrina, significando que o conteúdo de uma lei contraria a constituição federal e não tem nenhuma particularidade no caso. O argumento da inconstitucionalidade por supressão foi afastado tanto pelo PGR quanto pelos ministros. O ponto mais esclarecedor para compreendermos a complexidade criada é a tese da inconstitucionalidade formal. Os Ministros Thompson Flores e Djaci Falcão reiteradamente votaram pela inconstitucionalidade de dispositivos por terem excedido o poder de adaptação. A consequência é que a constituição federal estabelece o que seriam matérias “materialmente constitucionais”, pois se a questão não estiver na CF, não poderia estar na constituição estadual, por mais que pudesse ser legislado por lei ou regimento³³⁷. Com argumentos distintos opõem-se a esse entendimento os ministros

³³⁷ Aliomar Baleeiro “A meus olhos, não há inconstitucionalidade, e continuo a dizer: não sei o que é matéria especificamente constitucional. E constitucional é o que se coloca na Constituição. Será formalmente constitucional, embora consista em matéria mais adequada à legislação ordinária. Há, na Constituição Federal de 1967, além de ofensas ao bom estilo e até ao trivial da gramática,

Victor Nunes Leal, Aliomar Baleeiro, Hermes Lima e Gonçalves de Oliveira³³⁸. Desta questão adveio debate acerca da autonomia do estado³³⁹ e a possibilidade de alçar ao status constitucional matérias que não foram tratadas na constituição federal.

A Rp 770/GB teve por questão a constitucionalidade de normas que tratam de carreiras do MP e da inclusão da Procuradoria do Estado nesta carreira. No âmbito do julgamento, encerrado em 26/02/1969³⁴⁰, houve o pedido de ordem do Min. Aducto Cardoso para que fosse alterado regimento para permitir no STF o julgamento em conselho (fechado para público, com participação somente dos ministros e MP) nas representações de inconstitucionalidade. Os ministros Gonçalves de Oliveira, Thompson Flores, Themístocles Cavalcanti, Eloy da Rocha, Oswaldo Trigueiro e Victor Nunes Leal concordaram que, se um ministro solicitasse a providência, permitiriam o pedido. Entretanto, o Min. Aliomar Baleeiro teve uma análise distinta:

inúmeras disposições impróprias do legislador constituinte. Não apenas matéria de lei ordinária, mas até de regulamento” (STF, Rp 749).

³³⁸ “que a autonomia dos Estatutos não estava suspensa, quando a Constituição Federal mandou que os Estados adaptassem suas Cartas à Carta Federal. A regra era para adaptar, não apenas para copiar. Até o Decreto-Lei n. 216 dizia ‘primordialmente’, porque a Constituição não podia indicar, mecanicamente, quais as adaptações a serem feitas. A Constituição de 67 inovou grandemente. Um sistema constitucional novo surgiu. A adaptação era ao (...) mesmo da Federação. Tanto não era automaticamente servil a adaptação, que o próprio projeto do Governador, como está dito nêle, eliminou trechos da Constituição estadual. Ora, se a adaptação era mecânica, por que o projeto do Governador, além de vir como projeto total de uma Constituição, ainda cortava trechos da Constituição anterior, votada sob o regime da Constituição de 46? Entretanto, o projeto do Governador cortou trechos, inovou, e inovou bem, porque podia fazê-lo. Não havia nenhum obstáculo. Portanto, Sr. Presidente, o problema que a adaptação trazia não era, evidentemente, copiar, não era adaptação servil. Não podia ser servil, porque as alterações da Carta Federal repercutiriam, explícita e implicitamente, nas Cartas estaduais. Não podia deixar de repercutir. As repercussões implícitas demandavam esforço diferente. (...) Se são de natureza constitucional formal, não feriam o texto da Constituição Federal, porque a formalidade, no problema da constitucionalidade decorrerá, como se disse aqui, de não quadrar bem a inovação no funcionamento do sistema constitucional da União ou do Estado. Mas o Governador, ao impugnar o art. 135, não o fez, porque o artigo ferisse a Constituição Federal” (STF, Rp 749).

³³⁹ Min. Aliomar Baleeiro “Sr. Presidente, reitero minha afirmação de que, se o constituinte federal quisesse uma cópia em papel carbono da Constituição de 67, mandaria qualquer dactilógrafo do Palácio do Planalto fazer um modelo mimeografado com uns claros para mudar os nomes e os números dos artigos de cada Estado. A Constituição, no art. 188, diz que haverá o prazo de quatro meses para a adaptação das Constituições estaduais a ela, e, decorrido êsse prazo, as normas federais ficarão automaticamente integradas no texto de cada Constituição local. O que o legislador federal quis foi proporcionar ao legislador estadual a oportunidade para fazer essa adaptação segundo suas inspirações jurídicas, segundo as peculiaridades de cada Estado, segundo as suas tradições, segundo as condições econômicas e históricas de cada um” (STF, Rp 749).

³⁴⁰ O julgamento teve alguns pedidos de vista. Na decisão da questão de ordem manifestam-se Victor Nunes Leal e Hermes Lima, que juntamente com Evandro Lins e Silva foram aposentados compulsoriamente por decreto de 16/01/1969. Assim, o término do julgamento ocorreu sem estes ministros.

Sr. Presidente, *data venia* do eminente Sr. Ministro Aducto Cardoso, discordo. S. Exa. ponderou que a temperatura tem sido horrível, em Brasília, nestes dias, e que a pressão atmosférica e outras pressões tornariam difícil êste julgamento [este trecho atribuído à Cardoso não consta no acórdão].

A temperatura de Brasília pode variar e a pressão atmosférica e o grau hidrocópico, também. Mas, as questões constitucionais - por isso que são questões políticas - fazem subir a temperatura, normalmente, e também sofrem a pressão ambiente. É o clima natural de qualquer órgão jurisdicional que tenha de resolver problemas de constitucionalidade de lei. A vida inteira, enquanto o Supremo Tribunal Federal decidir questões políticas - e política é toda a questão que diz se vale ou não vale determinada lei, em face da Constituição - êle tem de sofrer essas pressões climáticas tôdas.

Devemos discutir, de público. Não estamos, de maneira nenhuma, esmagados pela pressão. Temos o hábito de não estar, sobretudo o Sr. Ministro Aducto Cardoso, eu e outros, aqui, que viemos de outros climas muito mais ásperos e selváticos do que êste. Deve ficar tudo claro, aberto, aos olhos da Nação, em questões constitucionais.

O Sr. Ministro Aducto Cardoso - As questões de temperatura e pressão, a que me referi, são exclusivamente climáticas (STF, Rp 770, grifos meus).

A manifestação de Baleeiro traz um panorama mais abrangente que remete à icônica capa do Jornal do Brasil em 14/12/1968 (um dia após o AI-5). No canto superior da publicação havia um quadro “meteorológico” com os dizeres (conforme Anexo 5): “Tempo negro. Temperatura sufocante. O ar está irrespirável. O país está sendo varrido por fortes ventos. Máx.: 38° em Brasília. Mín.: 5° nas Laranjeiras”. A temperatura sufocante chegou ao Supremo. Hermes Lima, que votou com Aliomar Baleeiro para que não houvesse tal prerrogativa no julgamento, foi aposentado por decreto em 16/01/1969 e não participou do final do julgamento da representação.

TABELA 9 - JULGAMENTO REPRESENTAÇÕES SOBRE ADAPTAÇÃO CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS/ANO

1967	1968	1969	1970
751/GB	764/ES	748/GB	756/SE
	746/GB	770/GB	808/PR
	760/PE	747/DF	824/ES
	750/SP	755/RJ	774/MG
	772/PA	757/AM	752/GO
	753/SP		
	761/CE		
	775/ES		
	749/RS		
TOTAL: 20 casos período total			
10 até 1968			

O tema das adaptações das constituições estaduais coloca na pauta o arranjo federativo estabelecido nessa ordem constitucional. A Constituição de 1967 foi centralizadora do ponto de vista federativo. A centralização de competências na

União deixou poucas aos estados e municípios. Em entrevista ao *Correio da Manhã*, Victor Nunes Leal disse que a carta de 1967 representou a agonia das federações, mas que isso seria um fenômeno contemporâneo em todo o mundo, motivado especialmente por problemas financeiros (apud NAUD, 1967, p. 168).

Raul Machado Horta chamará o federalismo previsto na Constituição de 1967 de “federalismo puramente nominal e aparente”, “esmagado pela exacerbação centralizadora da União” (HORTA, 1981, p. 14).

Este processo de centralização é visível nos julgamentos sobre adaptação de constituições estaduais. Embora haja algumas menções que determinadas normas poderiam ser inconvenientes, mas não inconstitucionais, o padrão decisório adotado pela Corte foi de redução das competências dos estados através da tese de que somente poderiam adaptar as constituições estaduais naquilo fosse tema da CF. Os votos vencidos foram neutralizados com as aposentadorias de Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva. A representação de inconstitucionalidade foi o sucedâneo dos mecanismos clássicos de resolução de conflitos federativos, notadamente a intervenção federal. Com a diferença que aqui o principal ator não foi o presidente da república, mas o governador do estado (ou demais interessados).

A tese do excesso de adaptação das constituições estaduais foi refutada por Raymundo Faoro (1969). Faoro retomou a previsão da autonomia dos estados quanto à constituinte derivada e defendeu que, durante os 60 dias previstos para a adaptação das constituições estaduais, vigeriam as regras comuns de emenda previstas nas próprias constituições³⁴¹, com as alterações trazidas em AIs, de forma que a organização do constituinte estadual é questão *interna corporis* e não pode ser avaliada a partir de representação de inconstitucionalidade.

Na análise de Faoro a previsão do DL 216 não era o de traçar normas processuais ao constituinte estadual, mas “dotar os Estados com o efeito suspensivo da Representação, se intentada dentro em sessenta dias” (FAORO, 1969, p. 171).

³⁴¹ Cada constituição tinha autonomia para estabelecer o rito de aprovação, desde que mantivesse o quórum mínimo e não igualasse o processo ao de lei ordinária. Como exemplo a disposição prevista na constituição do estado da Guanabara: “Art 8.º - Esta Constituição poderá ser total ou parcialmente modificada mediante proposta da terça parte, no mínimo, dos membros da Assembléia.

§ 1º A proposta dar-se-á por aceita se aprovada em duas discussões, por maioria absoluta em dois anos consecutivos ou se obtiver o voto de dois terços dos membros da Assembléia, em duas discussões na mesma sessão legislativa”.

Como comparação, a CF 1946 (art. 217) estabelece que a proposta deve ser no mínimo de quarta parte dos membros da Câmara ou do Senado, e não diferencia o quórum de acordo com a aprovação ocorrer na mesma sessão ou em duas subsequentes.

As representações sobre adaptação das constituições estaduais colocaram em questão vários itens relevantes, como o papel do constituinte e o alcance da autonomia dos estados. O artigo 188 da CF 67, e o DL 216, possibilitaram que vários casos fossem apresentados ao STF, que no decorrer do tempo consolidou interpretação bastante restritiva dos poderes dos estados. A centralização federativa ganhou um importante aliado.

5.3.5.7 Leis federais

No período estudado apenas quatro representações tiveram por objeto leis federais³⁴²: as Rp 728/DF (1967), 762/DF, 705/DF e 745/DF (1968). As Rps 762 e 745 trataram de aumento de despesas e a Rp 705 tratou de lei que ampliava hipóteses de nacionalização para filhos de estrangeiros.

A pouca utilização da ação tem como hipótese principal a desnecessidade deste mecanismo de resolução de crises pela invocação de outras estratégias de controle, notadamente o cerceamento do Congresso Nacional (tanto pela progressiva centralização legislativa, como pelo expurgo dos opositores via cassação). Entretanto, esta hipótese é limitada. Adriano Codato escreveu acerca da crise de 1968:

As relações entre o Executivo e o Legislativo são também bastante precárias, visto que o primeiro não consegue estabelecer um controle sequer sobre os setores arenistas. A oposição parlamentar utiliza freqüentemente o recurso das comissões parlamentares de inquérito como instrumento de controle das atividades do governo. Ao mesmo tempo, representantes políticos da oposição compõem uma frente com a finalidade de impedir a aprovação de certos projetos do Executivo de natureza econômica, bem como pleiteiam que o presidente abandone a legislação por decreto em matérias dessa natureza. O MDB se baterá, durante todo o período, pela revogação da legislação de Segurança Nacional, pelo restabelecimento das eleições diretas, abolidas um ano antes, e pela concessão da anistia aos presos políticos e aos políticos cassados (CODATO, 2004, p. 21, grifos meus).

³⁴² Pode ser incluída neste item a Rp 672/DF proposta por José Britto da Cunha, do Diretório Nacional do PTB. O solicitante arguiu que o art. 4 da lei federal 4.738 (os que tiverem menos de 4 anos de domicílio eleitoral eram inelegíveis) era inconstitucional. A solicitação foi enviada em setembro de 1965, e o parecer do PGR em 09/11/1965. O julgamento em março de 66 foi pela improcedência por ser incabível este meio processual.

Temos aqui uma situação de ausência de consenso entre Executivo e Legislativo, e mesmo tendo à disposição o instrumento da representação, o Presidente não o invoca. Uma hipótese seria o custo do uso da ação. Mas é evidente que o custo de uso de direcionar a decisão ao STF é muito menor do que outras como a cassação de parlamentares. Logo, a pouca utilização sugere que a ação não foi vista como um instrumento estratégico nem mesmo pelo Presidente. Se esta hipótese se confirmar, reforça a interpretação de que a representação teve importância fundamental em conflitos federativos, mas relevância pífia em conflitos entre os poderes.

Na análise das representações propostas, a Rp 728/DF, conforme tratada anteriormente, foi proposta contra lei de 1961, e artigo de lei de 1950, que estabeleceram critérios especiais de aposentadoria. Houve rejeição ao veto do Presidente da República. O tribunal foi unânime ao rejeitar a representação.

A Rp 762 teve por objeto o art. 1º da lei 5.291/67. Arguiu-se que a lei elevou vencimentos e aumentou despesa pública sem a correspondente iniciativa do Presidente. O projeto foi enviado pelo Presidente e teve por objetivo corrigir a desigualdade entre servidores do Ministério da Fazenda. Houve emenda aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, pela Comissão de Finanças e pela Comissão de Serviços Públicos as quais atestaram que não haveria aumento de despesas. Após o veto do artigo pelo presidente, houve a derrubada pelo Congresso. Segundo a constituição de 1967 (art. 62, § 3º) para o veto ser derrubado deve ter o voto de 2/3 dos presentes em sessão conjunta do CN.

O ponto central do embate no STF foi se haveria ou não aumento de despesas. Em 1967 já estava consolidado o sistema via ato institucional e constituição de restrição a emendas/propositura de lei que levassem a criação de cargos ou aumento de despesas. A emenda do deputado Floriano Paixão estabeleceu que, para equiparar cargos semelhantes, haveria aumento da parte fixa do salário e, para não importa aumento de despesa, seria compensado (se necessário) com a diminuição na parte variável da remuneração, de forma que a parte fixa salarial fosse a mesma para os cargos e não descumprisse as vedações quanto ao processo legislativo. Esta emenda foi aprovada na Câmara com 238 votos favoráveis e nenhum contra.

O Min. Evandro Lins e Silva (Relator), acompanhado pelo Min. Victor Nunes Leal considerou improcedente a ação por não ter havido criação de cargos e tampouco ter ficado assentada a ocorrência de aumento de despesas, vez que haveria a compensação com a parte variável da remuneração dos servidores. Os demais ministros não aceitaram a explicação e decidiram que haveria aumento.

Para o Min. Amaral Santos o projeto teria sido desvirtuado, pois este somente atenderia aposentados, e considerou “evidente” que seriam aumentadas despesas, ainda que não explique tal evidência. Barros Monteiro concordou com a tese do afastamento da emenda do projeto primitivo. Aducto Cardoso invocou sua experiência na CCJ para afirmar que a resposta à representação que cita que “(...) não haverá rigorosamente aumento de despesa (...)” seria um sinal de disfarce, justamente por haver aumento. O Min. Gonçalves de Oliveira pergunta qual seria o interesse dos litigantes (houve assistência na ação), pois não haveria a solicitação para participar do processo se não houvesse interesse econômico. Eis a interpretação *a contrario sensu* de que, se houve assistência, isso só poderia implicar em violação do processo legislativo por aumento de despesa. Mesmo com a réplica de Leal de que se estaria acreditando nas informações do Executivo quanto ao aumento, ainda que sem comprovação do fato, houve concordância com a tese do PGR no julgamento ocorrido em 07/02/1968. Apenas em 13/05/1970 o Senado aprovou a resolução 12 para a suspensão do art. 1º, § único, da lei.

A Rp 745 teve por questão a lei 5.194/66, a qual regulou profissões relacionadas à engenharia. O ponto questionado foi o art. 82, que estabeleceu como salário-mínimo da categoria o valor de 6 vezes o salário-mínimo regional, independentemente da fonte pagadora do profissional. O presidente vetou tal item, que o Congresso Nacional derrubou.

O ponto controvertido no STF foi se haveria inconstitucionalidade total, portanto, que nenhuma categoria poderia ter seus rendimentos atrelados ao salário-mínimo. Esta é a hipótese inicial do Min. Aducto Cardoso, para quem intervir no contrato de trabalho das empresas privadas e fixar o salário profissional seria ingerência indevida na propriedade.

O relator da Rp 745, Min. Aliomar Baleeiro, partiu do que designa como “corrente clássica” para considerar que ao judiciário cabe declarar a inconstitucionalidade da lei somente quando esta é inequívoca e evidente. Desta

maneira, considera que a inconstitucionalidade do artigo ocorre quando a fonte pagadora é o estado. Logo, mantem-se o artigo quando o pagamento é feito pela iniciativa privada.

Esta posição gerou o debate acerca dos contratados pela administração pública indireta.

O problema começa com o art. 163, §2^{o343}, da Constituição de 1967 que estabelece igualdade de tratamento à administração indireta quando explorar atividade econômica. Consequentemente, se o artigo fosse considerado constitucional à iniciativa privada, deveria ter a mesma interpretação às administração indireta.

O panorama complica-se com o recém decretado DL 200, o qual dispõe sobre a organização da administração federal e traz a determinação de empresa pública, sociedade de economia mista, dentre outros. Curiosamente, o único ministro a invocar este DL foi Themístocles Cavalcanti.

Leal interpelou o ministro relator acerca das distinções administrativas entre administração direta e indireta na exploração da atividade econômica, mais complexas do que a definição através da fonte pagadora. Como resposta Baleeiro estabeleceu sua leitura acerca do papel e interpretação do direito.

O Direito, - já se disse – não é lógica; é experiência. Se formos procurar uma solução lógica, uma espécie de paralelismo, termos de reformar metade das leis, jogar abaixo a maior parte das nossas decisões aqui.

(...) Encontro um obstáculo intransponível, de modo que, ao invés de buscar uma fórmula que seria lógica, prefiro que o Governo continue, que o Congresso e o Presidente da República continuem, experimentalmente, dando as soluções pragmáticas, de acordo com cada tipo de empresa e cada necessidade nacional, em determinada conjuntura.

É assim que procedem todos os países.

Nós, que somos admiradores dos métodos anglo-saxões, sabemos que eles não tem nenhuma preocupação racionalista do Direito, como tem os países latinos. Procuram agir experimentalmente (STF, Rp 745).

A manifestação de Baleeiro nos remete ao realismo constitucional de Flávio Novelli (1967) para quem a constituição tem que ser, antes de qualquer coisa, aplicável aos dilemas contemporâneos. Baleeiro mostra uma ressalva ao que chama de fórmula “lógica”, mas que poderia ser traduzida como interpretação sistemática. A

³⁴³ “§ 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas pública, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.”

tentativa de construir uma engenharia constitucional autoritária é limitada tanto pelas contradições intrínsecas (quanto mais se legisla, mais complexo fica o sistema), quanto pela percepção de que a experiência ajuda mais a resolver os problemas que se apresentam do que a análise jurídica em sentido estrito. Compatível à visão de Baleeiro sobre a autocontenção do STF, percebe-se que ele elege como autores das soluções pragmáticas o Congresso, governo e presidente. Logo, ao tribunal caberia a posição de mediador somente quando imprescindível ao pragmatismo da política.

A Rp 705 foi proposta contra a lei 4.404/64 que cria nova hipótese de brasileiro nato. A demanda foi apresentada pelo MRE ao PGR.

Este caso foi prejudicado porque o Congresso revogou a lei arguida por inconstitucional. Entretanto, a prejudicialidade gerou questões acerca das situações já constituídas na vigência da lei. O PGR solicitou a procedência da demanda como forma de obstar que os eventuais efeitos produzidos sejam mantidos e em seu parecer, afirmou que a administração poderia recusar a execução da lei independentemente da declaração do STF (embora reconheça que este não seja um ponto pacífico entre os ministros da corte, especialmente após a EC 16). O Min. Adalício Nogueira (relator) concordou com a posição do PGR como forma de evitar “efeitos daninhos aos legítimos interesses nacionais”. Está em jogo a produção de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Nogueira cita o RMS 14.691³⁴⁴.

O Min. Oswaldo Trigueiro considerou que o objetivo da ação de representação de inconstitucionalidade era possibilitar que o Senado suspendesse a execução da lei, portanto, a declaração no caso teria fins meramente acadêmicos. O Min. Aducto Cardoso abre a possibilidade de que atos concretos decorrentes da lei possam ser atacados em outras ações. A decisão final do Plenário foi que a

³⁴⁴ Neste recurso debateram-se os efeitos de decisão de inconstitucionalidade. A constituição estadual estabelecia que a competência para convocação extraordinária da AL era do governador. O governador solicitou via MS que fosse anulada convocação feita pela AL e todas as suas deliberações. Na Rp 555 (1963) o STF julgou inconstitucional a disposição da constituição estadual. O TJ estadual considerou prejudicado o MS pela decisão do STF na Rp. Entretanto o governador recorreu ao STF arguindo, em suma, que a convocação quando feita era inconstitucional, e que a decisão posterior da corte não alterou tal fato, e que caberia à AL emendar a constituição do estado para incluir-se na competência da convocação. O relator, Min. Víctor Nunes Leal, assentou entendimento de que a partir da declaração de inconstitucionalidade feita pelo tribunal não é possível extrair nenhum efeito da aplicação da norma inconstitucional. Decisão foi por unanimidade, portanto definindo que os efeitos da declaração seriam *ex tunc*.

representação estava prejudicada, contra os votos dos ministros Adalício Nogueira, Themístocles Cavalcanti, Hermes Lima, Gonçalves de Oliveira e Luiz Gallotti.

5.3.5.8 Outros

Alguns dos casos apresentados neste item tem como hipótese atos concretos que foram arguidos como inconstitucionais. Temos as Rp 686/GB (1966), 697/SP (1967) e 718/RN (1968). O primeiro teve como objeto lei que autorizava cessão de imóvel e foi considerada inconstitucional por violação de competência do Executivo. A Rp 697/SP tratou de pensão a parlamentares cassados em decorrência de ato institucional. A decisão foi pela perda de objeto pelo encerramento da legislatura (prazo para o recebimento da pensão). A Rp 718/RN foi a que gerou o maior debate. A questão central foi a inconstitucionalidade de decreto que declarou imóveis para desapropriação para reforma agrária. O ponto arguido foi a inconstitucionalidade pois a competência seria da União. Victor Nunes Leal discorda e considera que seria competência exclusiva da União a competência para efetuar pagamento em títulos, mas se o pagamento fosse feito previamente e, em dinheiro, seria permitido ao estado. Este caso trouxe questões sobre o papel do estado³⁴⁵ no federalismo já enfraquecido da CF 67, a reforma agrária³⁴⁶ e considerações sobre o papel do STF em representações. A representação foi considerada procedente contra os votos de Victor Nunes Leal e Aducto Cardoso.

A Rp 680/GB (1967) teve por objeto lei que estabeleceu normas obrigatórias para construção de edifícios. Arguiu-se que seria uma violação de competência do Executivo. A arguição foi rejeitada, nos termos do parecer do PGR.

A Rp 669/SP tratou de normas da constituição estadual que estabeleceram participação da Assembleia Legislativa no processo de nomeação de diretores de sociedade de economia mista. Um dos precedentes invocados foi a Rp 96 (1947). A

³⁴⁵ Foram mencionados em alguns votos que no Rio Grande do Sul e em Pernambuco houve o extrapolamento da competência de maneira que dois dos ministros (Eloy da Rocha e Thompson Flores) decidiram vários casos em MS no TJ estadual. O Min. Aliomar Baleeiro cita fazendeiros que estariam armando-se para proteger a terra, desta maneira a definição sobre reforma agrária seria da competência da União.

³⁴⁶ O Min. relator, Gonçalves de Oliveira fala em mais de uma ocasião do “sagrado direito de propriedade”, enquanto que Victor Nunes Leal fala em uma ocasião sobre a diretriz dada pelo presidente Kennedy na Aliança para o Progresso” da necessidade de reforma agrária na América Latina. Cita também que próprio papa preconizaria a reforma agrária.

Corte julgou parcialmente procedente. A Rp 702/GB teve por objeto a inconstitucionalidade da ampliação da cobrança de impostos de vendas e consignação. Foi considerada prejudicada pois houve alteração posterior na regulamentação do imposto.

5.3.6 Formas de decidir

Na decisão das representações de inconstitucionalidade ocorreu disputa pelo sentido do direito e das funções do próprio tribunal, como demonstrado nos itens anteriores. A representação de inconstitucionalidade mostra-se como um espaço privilegiado para compreender tanto a atuação do tribunal, quanto os debates jurídicos do período. Várias das divergências entre os ministros tinham como pano de fundo questões mais amplas sobre as concepções entre a relação entre direito e política.

Uma questão inicial é a maneira como natureza da representação de inconstitucionalidade foi entendida na Corte, especialmente por ser um instrumento novo e sem muitos debates na literatura jurídica nacional. Uma das manifestações mais enfáticas foi a do Min. Aliomar Baleeiro no AgR da Rp 700/SP (1967):

Tenho profundo respeito e humildade aos processualistas, como quando eu era deputado tinha temor aos regimentalistas, os quais, resolvendo todos os casos, puxavam os precedentes do Congresso e esmagavam qualquer de nós.

Para mim não é uma ação, no sentido clássico, genuíno do Direito Processual. Para mim é uma instituição de caráter político, à semelhança do *impeachment*, que, por mais que queiramos pôr dentro do Processo Penal, não é processo penal. É uma medida política, pouco importando que ela adote alguns dos ingredientes processualistas, como há exemplo do Direito Administrativo, que se socorre de recursos do Direito Comercial ou Civil, a mesma coisa fazendo o Financeiro em relação ao Direito Privado.

Por isso mesmo que para mim não é processo, já me dá um ponto de apoio para a minha opinião de que, sem restringir o alcance do art. 115, cuja fecundidade foi aqui cristalina e brilhantemente exposta pelo eminente Relator, se deve conhecer do agravo e lhe dar provimento.

Não é processo. Para mim é algo diferente (grifos meus).

Neste agravo, de um caso extremamente complexo, a questão central era se cabia recursos à decisão de controle de constitucionalidade. E, de maneira indireta, se o STF detinha competência para negar o recurso em decorrência de disposição

regimental (e não prevista em lei). É nesse sentido que Baleeiro considerou que não caberia ao tribunal criar uma celeuma com os demais poderes. Já o Min. Hermes Lima seguiu Leal ao considerar que:

(...) o problema da constitucionalidade não pode chegar a ter essa complicação que o torna mais longo, mais instável, mais complexo, através de embargos. Para se declarar uma lei inconstitucional, há *quórum* especial; e quem já imaginou que na declaração de uma lei inconstitucional não possa haver divergência? Embora a lei diga que precisa haver divergência de, pelo menos, 3 votos (e eu estou arrependidíssimo de ter concorrido para ela), parece mais consentâneo com a natureza da causa que a declaração da inconstitucionalidade não possa sofrer a tortura dos embargos. Pela sua própria colocação, nos termos jurídicos em que é apreciada, ela representa decisão de tal natureza que não deveria estar sujeita à revisão de embargos, mesmo havendo divergência. **Na Côrte Suprema dos Estados Unidos, às vêzes, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade é declarada por maioria de um voto. Aqui temos necessidade de um *quórum* elevado para que a declaração de inconstitucionalidade possa ser proclamada** (AgR, Rp 700, grifos meus).

A argumentação de Lima foi técnica, no sentido de que tratou das características das ação e da sistemática norte-americana. A comparação entre os dois votos mostra um conflito entre duas linhas de argumentos, e de forma mais ampla do raciocínio eminentemente técnico e o político. Curiosamente ambos (Baleeiro e Lima) tiveram trajetórias advindas da esfera política. Portanto mostra-se precoce analisar as decisões dos ministros unicamente a partir da trajetória profissional anterior à posse no STF.

Seguindo Baleeiro, a representação seria um mecanismo de escape para resolver conflitos políticos. Podemos considerar como um substituto do estado de sítio e da intervenção federal (que por sua vez tinha por pressuposto, em alguns casos, justamente a declaração de inconstitucionalidade), e próximo do processo de *impeachment*. O que se pôde observar na análise dos casos é que a ação levou ao STF temas especialmente de direito administrativo e financeiro, o que seria esperado considerando as reformas administrativas ocorridas na década de 60 e as limitações financeiras e orçamentárias feita via atos institucionais e constituição. As grandes questões políticas chegaram ao STF de maneira tangencial, não sendo o STF o *locus* principal do debate político (ao menos via representação de inconstitucionalidade).

Como visto nos casos relatados, alguns dos ministros deixaram bastante claro o entendimento de que somente poderia haver declaração de inconstitucionalidade quando esta fosse evidente. O tema foi abordado em várias representações, e, inclusive, diferenciando redação ruim, de inconstitucionalidade. O ministro que mais frequentemente trouxe esta ordem de questões foi Aliomar Baleeiro. Devido a isso, Baleeiro foi vencido em diversos casos.

Quanto a este ponto (grau de coesão entre os ministros), temos que dos 65 casos analisados, em 39 houve decisões unânimes e em 26 houve divergência. Entretanto, isoladamente, este número não é suficiente para verificar o grau de coesão da Corte. Isto porque, deve-se considerar os seguintes fatores: i – casos com menor complexidade tendem a ter decisão unânime³⁴⁷, ii – nem sempre a concordância na decisão implica em concordância quanto aos fundamentos³⁴⁸, iii – conduta dos ministros para a construção de uma narrativa comum do tribunal³⁴⁹.

Houve pouca variação no tempo: em 1966, das 22 representações, 13 tiveram decisões unânimes. Em 1967, dos 21 casos, 13 foram unânimes. E em 1968, dos 24 casos, 13 tiveram decisões unânimes.

No decorrer do período analisado houve alteração na maneira com que os ministros viam os efeitos de decisão em controle de constitucionalidade. Na Rp 654/BA (1966) foi absolutamente negada a possibilidade de modificação no texto da norma arguida por inconstitucional. Ao avaliar lei que instituiu empresa para exploração do saneamento básico, o Min. Evandro Lins considerou que “para não dar pela inconstitucionalidade da lei – pois esta não foi a interpretação dos eminentes colegas – ressalvo que não é possível a execução desses serviços nos Municípios, sem prévio consentimento e acordo”. Ao que o Min. Carlos Medeiros respondeu que “não podemos aditar a lei”. Posição confirmada pelo Min. Gonçalves de Oliveira: “o julgamento não comporta essa ressalva. Devemos apenas julgar se é constitucional ou não”.

Na Rp 751/GB (1967), houve alteração de entendimento e foi adotada decisão acerca da exclusão de partes do texto legal para que não houvesse a

³⁴⁷ Como exemplo, dos 13 casos catalogados como prejudicados, 12 tiveram decisão unânime.

³⁴⁸ Especialmente nos casos em que houve mais debates

³⁴⁹ Pelo menos nas Rp 632/PB e 657/RN o Min. Victor Nunes Leal expressa suas discordância com a tese vencedora mas devido à decisões anterior em que foi vencido vota com a maioria em um sentido de construção de uma decisão comum.

declaração de inconstitucionalidade. O Min. Prado Kelly solicitou que fossem excluídos os termos “inspecionadora”, “instrutiva” e “coadjuvante” não por efetivamente conflitarem com a Constituição, mas “se outros termos se declaram inconstitucionais, também as suprimo, para relegar a definição da competência do legislador estadual”. A decisão final foi de acolhimento, em parte, da inconstitucionalidade do artigo (58³⁵⁰) quanto a expressão “e penal, extensiva a todos os graus de hierarquia judiciária”. Temos aqui a ampliação das possibilidades de decisão em ação de controle de constitucionalidade.

Na Rp 745/DF (1968) a questão sobre exclusão de palavra voltou a ser abordada. O Min. Aliomar Baleeiro defendeu o uso do que hoje é conhecido como “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”³⁵¹. No caso que envolvia a constitucionalidade de lei que estabelece remuneração mínima à engenheiros e arquitetos, Baleeiro defendeu que o artigo impugnado seria inconstitucional em relação à servidores públicos, mas não em relação à empregados de empresas privadas. Entretanto, a decisão da Corte foi nos termos do voto do Min. Themístocles Cavalcanti, quem considerou que a norma seria inconstitucional em relação aos funcionários da administração pública direta e indireta, com exceção dos admitidos no regime da CLT.

Esta solução voltou a ser discutida na Rp 757/AM (1969) sobre a constitucionalidade do art. 96, § único³⁵², da constituição estadual. Os ministros propuseram alteração de determinadas palavras para que o parágrafo restasse constitucional. O Min. Oswaldo Trigueiro sugeriu que fosse retirado o termo “disponibilidade”, solução apoiada pelo Min. Thompson Flores. O Min. Eloy da Rocha sugeriu suprimir a expressão “tempo de licença prêmio não gozado” no parágrafo, ao que Trigueiro se opôs porque ficaria truncado. Diante da dificuldade de modificar a redação, Trigueiro considerou que “se o dispositivo não pode ser parcialmente aproveitado, então, é inconstitucional”. Após as deliberações, a representação foi considerada improcedente em relação ao dispositivo, com o

³⁵⁰ O artigo dava competência “inspecionadora e instrutiva, coadjuvante a penal, extensiva a todos os graus da hierarquia judiciária” à Corregedoria. A inconstitucionalidade foi atribuir competências estritamente jurisdicionais ao órgão.

³⁵¹ O art. 28 da lei 9.868/99 estabelece esta possibilidade, a qual consiste em recusar a aplicação da lei para determinadas situações. A inconstitucionalidade não seria da lei, mas da aplicação em determinados contextos.

³⁵² Estabeleceu a contagem em dobro de licenças não usufruídas para fins de aposentadoria e disponibilidade.

entendimento de que “não se conta em dobro para a disponibilidade o tempo de serviço referido no parágrafo” (Rp 757/AM). Há aqui uma ampliação das possibilidades da sentença em representação de inconstitucionalidade que ultrapassa a dualidade “constitucional vs. inconstitucional”.

Esta progressiva modificação dos efeitos da representação de inconstitucionalidade representam também a ampliação do papel interpretativo do STF. Estes debates antecipam em décadas algumas das questões que se tornaram mais prementes com a Constituição de 1988.

A criação do controle de constitucionalidade não foi precedida de debates prévios consistentes, o que ajuda a questionar a hipótese de que esta ação teria sido estabelecida em uma proposta racional de controle do Congresso Nacional. Os temas objetos do controle igualmente não envolveram como questão prioritária o Executivo federal, mas arranjos federativos. Neste sentido a representação abstrata de inconstitucionalidade é a continuidade dos debates federativos por outros meios, em uma continuidade da dificuldade de coexistência e equilíbrio entre os entes federados presente em todas as constituições (especialmente a partir de 1891).

O percurso aberto durante a década de 60 no que diz respeito ao controle de constitucionalidade no Brasil mostra-se uma gênese importante para os debates que se aprofundarão na década de 90. A compreensão dos dilemas e desafios que o STF enfrenta na atualidade demanda perspectiva histórica, não no sentido de criação de fantasmas para exorcizar uma suposta falta de efetividade das constituições em períodos não democráticos, mas da retomada das gêneses destes debates constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O porco não pode ficar”³⁵³

A construção de uma ordem constitucional é apresentada como um processo de controle do futuro. Auto-restrição em troca de segurança e controle futuros, como na analogia do amarrar-se de Ulisses como forma de resistência ao canto das sereias. Entretanto, como o “porco” nos mostra, o processo constitucional é intrinsecamente mais complexo e de difícil controle. A complexidade manifesta-se também na dificuldade de circunscrever os fenômenos constitucionais aos conceitos pré-determinados. Os conceitos de *rule of law*, e seus antônimos são de pouca utilidade pois tendem a considerar os polos de constitucionalismo e autoritarismo como antitéticos, o que o caso brasileiro demonstra incorreto.

O constitucionalismo brasileiro da década de 60 demonstra a apropriação da excepcionalidade pelo discurso normal (e sua recíproca). A dificuldade de controlar o processo constitucional ocorre não somente na feitura da constituição, mas na luta pelo seu sentido, luta que acentua-se em momento de crise política. O golpe militar ocorrido em 1964 serviu como caixa de ressonância para debates jurídicos existentes desde a Constituição de 1946, e amplificados nas décadas de 50 e 60. Neste sentido, o legalismo existente no período pós golpe militar não foi somente uma máscara, mas havia, ao menos no primeiro ciclo, uma crença que através do

³⁵³ “Pela altura do artigo 55, o vice-presidente leu o seguinte:

“As leis delegadas serão elaboradas por comissões do Congresso Nacional, ou de qualquer das suas casas, ou pelo presidente da República.” Em meio a leitura, tirou os óculos e observou: “O porco não pode ficar.”

Os congressistas se entreolharam e o sr. Aguinaldo Costa indagou”

“Porco? Que porco?”

“O por comissões”- disse o sr. Pedro Aleixo.

Na opinião do sr. Aguinaldo Costa, “não havia, no texto, propriamente um cacófato, pois o linguajar brasileiro pronuncia “pur”, ao invés de “por”. Quando muito – salientou – haveria uma cacofonia quase imperceptível”.

“É – disse o sr. Arruda Câmara – mas uma Carta com cacofonia não recomenda seus autores.”

O deputado Djalma Marinho propôs a inclusão da palavra “pelas” em lugar do “por”.

“Inaceitável – frisou o senador Eurico Rezende. As intérpretes (sic) da Constituição poderão achar que a prerrogativa de elaborar leis delegadas caberia não a uma comissão qualquer, mas a todas, conjuntamente.” (...) “Pois acrescente-se ‘qualquer’ entre o ‘por’ e ‘comissões’ .

O senador Konder Reis combateu a proposta. De certa forma, entendia, continuava o cacófato. O deputado Pedro Aleixo fez novo apelo: “Precisamos tirar da Carta esse porco.”

“Mas nessa – acentuou o opositor Adolfo Oliveira – até que o bichinho fica bem”.

(...) Aqui está – declarou, vitorioso – artigo 55: as leis delegadas serão elaboradas pelo presidente da República, comissões do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas.” A proposta foi aceita. Em lugar do “porco”, segundo o opositor José Barbosa, ficou o “caco” (ANC, 1967).

direito conseguiria-se manter o regime. Neste sentido o regime militar apropriou-se dos debates sobre o direito constitucional, ressignificando-o, de maneira a construir um modelo jurídico *ad hoc* em que a inovação constitucional e legislativa convivia com atos normativos “comuns”. A linguagem da revolução era convenientemente reinterpretada conforme a situação demandava.

O campo jurídico também foi mobilizado no projeto legalista do regime. O controle da oposição (e a tentativa de sua eliminação) e o controle do tempo e da hierarquia do direito teve como substrato o controle da atividade legiferante. Por atividade legiferante entende-se não somente o processo legislativo comum, mas especialmente a ampliação do que é considerado lei: ato institucional, decretos-lei e regulamentos. A ampliação da categoria “lei” deu-se em uma continuidade dos questionamentos quanto à capacidade do direito responder aos dilemas nacionais, especialmente a modernização e complexificação do Estado. Este projeto de modernização levado a cabo pelos militares contou com o apoio das instituições jurídicas (OAB, IAB, apoio público de ministros do STF e juristas renomados), de maneira que ao menos em um primeiro momento não houve oposição ao projeto (des)constituente.

Entretanto, a aposta no controle da oposição política através do direito falhou. Tanto pela rede intrincada criada pela sucessão de atos normativos, quanto pela derrota em outras arenas (especialmente eleitoral) que fez com que a resposta jurídica fosse insuficiente. Acrescente-se a este panorama uma luta intramilitar e tem-se o contexto das mudanças começadas em 1965 que levaram à redução da autonomia do judiciário.

Atos institucionais, emendas constitucionais, decretos-lei, atos complementares e reformas (do judiciário, administrativa) sucederam-se em um país que vivia seu ciclo de “modernização” justamente no período de restrição democrática.

Neste processo um componente relevante foi a alteração no judiciário, e, especialmente em seu órgão de cúpula. As alterações no STF foram feitas com o fundamento na necessidade de debelar a crise, entendida como o excesso de demandas e a incapacidade de resposta adequada e célere aos casos apresentados. A narrativa da crise que permeou (e permeia) a atuação do STF inicia-se quase ao mesmo tempo em que o tribunal é criado. O século XX é marcado

pelo debate sobre o papel que o tribunal deveria ter, e a tentativa da corte de consolidar-se, especialmente diante dos casos políticos que lhe são apresentados. O porco definitivamente está na sala.

Diante de um contexto de crise política (e poderíamos acrescentar, jurídica) o STF atuou de modo a proteger sua autonomia. Além da já bem documentada tolerância com o golpe, e a falta de questionamento sobre a validade dos atos institucionais, os relatórios administrativos mostram um tribunal luta por recursos e ampliação de sua estrutura. A questão das diárias tem quase a mesma importância nos relatórios que a alteração de sua competência via atos institucionais. Apesar de construir sua narrativa como tribunal que defende os direitos fundamentais, sua postura é dúbia.

Evidentemente a diferença de perfil de seus julgadores ficou nítida nos acórdãos e em manifestações públicas. Mas não porque tivessem criado dois grupos apartados, como seria de se esperar após a inclusão de cinco ministros através do AI-2, mas porque os ministros viam a função da Corte com lentes distintas. A crítica atual da dificuldade de consolidar-se um único tribunal, com onze “ilhas” mostra-se cabível, a despeito do esforço de Victor Nunes Leal de criar instrumentos de maior eficiência ao tribunal. Com a aposentadoria de Leal, Lins e Silva e Lima, o tribunal modificou-se de maneira extrema. O que não tinha ocorrido com o aumento de vagas, consolidou-se com o AI-5.

Neste panorama, a criação do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de leis federais poderia ser uma estratégia política relevante. Poderia ser uma substituição dos mecanismos tradicionais de resolução de crises (estado de sítio e intervenção federal) por um modelo mais alinhado às experiências comparadas de constitucionalismo, notadamente o norte-americano, comumente citado em acórdãos do STF e na literatura jurídica. Daí que compreender como o STF atuava nestes processos poderia levar a conhecer o seu papel e sua eventual influência no padrão repressivo ditatorial.

Seguindo esta pista, o resultado deste trabalho foi a documentação do fracasso das hipóteses iniciais (que a representação de inconstitucionalidade seria um meio de resolução de questões políticas sensíveis para o Executivo federal). O que se observou é que a representação de inconstitucionalidade teve aplicabilidade bastante reduzida até 1967, quando a nova constituição expressamente

estabeleceu que a ação poderia ser usada para arguir inconstitucionalidade das adaptações das constituições estaduais. A maior parte dos casos analisados nem deixa claro se a ação é a representação interventiva ou a representação abstrata de constitucionalidade. Por isso que muitos dos temas arguidos sejam a criação de municípios e demais questões que envolvem estados e municípios.

Mesmo com os casos envolvendo a adaptação das constituições estaduais, e os debates jurídicos sofisticados que advieram dos processos, poucos casos envolveram leis federais, o que derruba a hipótese que a ação tenha sido criada como instrumento de resolução de crises. A retomada do controle de constitucionalidade mostra que houve mais uma “abstrativização” de um controle concreto (vide a Rp 96 decidida em 1947), do que o uso da ação de controle abstrato criada em 1965 como forma de mediações políticas que envolvessem o Executivo federal.

Mas como frequentemente acontece nas pesquisas, a ausência tem, ela mesma, significado. Demonstra o regime ditatorial, ainda que tenha defendido a legalidade, construiu espaço de não racionalidade, ou ao menos em que se mostra o limite de teorias racionais. O que se pretende consolidar é que, mesmo que se assuma que a postura mais racional, seja a criação da ação como forma de controle, nem sempre as decisões corroboram tal explicação. A análise do pesquisador procura explicar sentidos que, muitas vezes, são inexistentes em seu objeto. Constroem-se narrativas coerentes, mas que não são confirmadas na análise do objeto.

Apesar das lacunas (ou afastamento das hipóteses inicialmente aventadas), o trabalho trouxe algumas perspectivas importantes. A própria definição dos ritos da ação e de seus participantes fornece informações relevantes. Ao não ser considerado um processo comum (mas em alguns casos ter aplicação subsidiária do CPC) abre-se margem para decisões casuísticas. Estas decisões podem ser verificadas no tratamento dado à participação de terceiros no processo. Houve a aprovação de que categorias profissionais interviessem no processo, ainda que este não fosse considerado subjetivo (portanto sem interesse direto de partes). Nesta categoria aflora a atuação dos servidores na área de segurança pública e no sistema de justiça. A intervenção no processo de controle de constitucionalidade não surge no Brasil como uma democratização da corte inserida na perspectiva da comunidade

aberta dos intérpretes, mas liga-se à defesa de interesses econômicos e corporativistas. E ressalte-se, aceito mesmo sem previsão expressa para tal.

As representações permitiram conhecer a dinâmica da corte, o papel atribuído a outros atores (especialmente o PGR) e a maneira como o tribunal foi construindo sua atuação, ampliando sua função interpretativa na decisão quanto a inconstitucionalidade. A representação também permite aferir que mesmo em uma situação de excepcionalidade o padrão decisório da corte promoveu diálogos com precedentes de períodos “normais” e antecipa debates que tomarão força somente na década de 90.

Este trabalho encerra-se com muitas perguntas, algumas contradições e importantes descobertas. Que estas descobertas (e suas limitações) possam ajudar na construção de futuras narrativas. Narrativas que possam partir da crise, do conflito, para possibilitar a constituição de novos sentidos. Sempre sabendo que o “porco”, apesar de não poder ficar, de tempos em tempos, reaparece.

REFERÊNCIAS

A) LIVROS E PERIÓDICOS

AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT. **Law and development; annual report, 1975/1976**. Disponível em: < http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/pnaac830.pdf>. Acesso em 13 out. 2016.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. O Golpe de 1964 e o Voto Popular. **Novos Estudos – CEBRAP**, 2014. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002014000100001>. Acesso em: 06 mar. 2017.

AL-ISTRABADI, Feisal Amin Rasoul. A Constitution Without Constitutionalism: Reflections on Iraq's Failed Constitutional Process, **Texas Law Review**, v. 87, n. 7, 2009.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória Jurisprudencial Ministro Victor Nunes**, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ALVES, Mara Jane Santos. Eleições em Sergipe: Pesquisa Histórica, Museologia e Tecnologias Sociais (1964-1980). **Boletim Historiar**, n. 12, nov./dez. 2015, p. 33-47.

ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)**. Petrópolis: Vozes, 1989.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do, **Memória Jurisprudencial Ministro Aliomar Baleeiro**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ARENDDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ASSIS, Emerson Francisco de. Modelos de Representação: uma apresentação do debate atual nas Ciências Sociais. **Revista Direito GV**, vol. 3, n.1, p. 203-220, 2007.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Retrato de Hely Lopes Meirelles. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 204, p. 121-134, 1996.

AZEVEDO, Noé. A Crise do Supremo Tribunal e dos Tribunais de Apelação. **Revista dos Tribunais**, vol. 147, 19XX

BALASUBRAMANIAM, Ratna Rueban. Has Rule by Law Killed the Rule of Law in Malaysia?, **Oxford University Commonwealth Law Journal**, v. vol. 8, n., p. 211–235, 2008.

_____. Judicial Politics in Authoritarian Regimes. **University of Toronto Law Journal**, v. 59, n. 3, p. 405–415, 2009.

_____. The Disappearance of Law in the Inter-Disciplinary Study of Rule by Law,

Postcolonial Studies, n. July 2015, p. 1–9, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. Relatório dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 108, p. 468-488, 1972.

_____. Supremo Tribunal Federal - Reabertura dos Trabalhos – Relatório. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 112, p. 475-495, 1973.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARBOSA, Rui. Trabalhos Jurídicos: estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites. In: **Obras Completas**, vol. XIX, tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. **De Bacharel a Jurista: perfil dos artífices da codificação civil**. s/d. Disponível em:< <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2009/barcellos.pdf>>. Acesso em 14 mai. 2017.

BARROS, Robert, **Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. Dictatorship and the Rule of Law: Rules and Military Power in Pinochet's Chile. In: MARAVALL, José Maria, PRZEWORSKI, Adam (ed). **Democracy and the Rule of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BERG-SCHLOSSER, Dirk; MITCHELL, Jeremy (ed). **Authoritarianism and Democracy in Europe , 1919-39**, New York: Palgrave Macmillan, 2002.

BITTENCOURT, C. A. Lucio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1968.

BRITTO, Carlos Ayres. O Problema da Vigência dos Atos Complementares Posteriores a Edição do AI-5. **Revista de Direito Processual Geral**, v. 32, p. 1-18, 1977.

_____. Revogação do Ato Complementar n. 41/69. **Revista Forense**, v. 272, p. 117-123, 1980.

BUENO, Roberto. Francisco Campos e o autoritarismo brasileiro. Um diálogo oculto com Carl Schmitt. **Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas**. Vol. 19. Núm. 1 p. 77-98, 2016.

BUZUID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1958.

_____. A Crise do Supremo Tribunal Federal, **Revista Usp**, v. 55, p. 327–372, 1960.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional e suas Diretrizes**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de; ROESLER, Cláudia Rosane. O Crime de Subversão e sua Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1967/1969: uma análise argumentativa em perspectiva histórica. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 2, p. 563-586, 2016.

CASTRO NUNES, José. Delegação de Poderes. **Revista Forense**, v. 48, n. 137, p.5-10, 1951.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do Controle da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro, Forense, 1966.

CDPB. Dicionário Bio-bibliográfico. Verbetes: MARINHO, Josaphat. s/d. Disponível em: < http://www.cdpb.org.br/dic_bio_bibliografico_marinhojosaphat.html>. Acesso em 15 mai. 2017.

CHAGAS, Carlos. **A Ditadura Militar e os Golpes Dentro do Golpe: 1964-1969**. Rio de Janeiro: Record, 2014.

CHEESMAN, Nick, How an Authoritarian Regime in Burma Used Special Courts to Defeat Judicial Independence, **Law & Society Review**, v. 45, n. 4, p. 801–830, 2011.

CHEESMAN, Nick, Thin Rule of Law or Un-Rule of Law in Myanmar?. **Pacific Affairs**, v. 82, n. 4, p. 597–613, 2009-2010.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloisa Fernandes. (Des)Ordem Constitucional: Engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. **Lua Nova**, v. 95, p. 259-288, 2015.

CLARK, David S. Judicial Protection of the Constitution in Latin America. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 2, p. 405-422, 1974.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Artigo 103, caput e parágrafo primeiro**. Disponível em: < <http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/2009-artigo-103-caput-e-paragrafo-primeiro-clemerson.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2017.

CODATO, Adriano Nervo. O Golpe de 1964 e o Regime de 1968: Aspectos Conjunturais e Variáveis Históricas. **História: Questões e Debates**, n. 40, p. 11-36, 2004.

COLLIARD, Jean-Claude. El poder en el semipresidencialismo. **Cuestiones Constitucionales**. N. 20, p. 85-102, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140591932009000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 13 set. 2016.

CORREA, Oscar Dias, A Ordem Jurídica Nacional de 1930 a 1933, **Revista de Direito Administrativo**, v. 181/182, p. 1–20, 1990.

COSTA, Alexandre Araújo, CARVALHO, Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de Constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista GV**, v. 12, n. 1, p. 155-187

COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Ed. Unesp, 2006.

COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (orgs). **Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CPDOC - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. Anos de Incerteza (1930 - 1937) > Tribunal de Segurança Nacional. Disponível em <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos3037/RadicalizacaoPolitica/TribunalSegurancaNacional>>. Acesso em 29 ago 2016.

_____. **Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro pós 1930**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/biografias/auro_de_moura_andrade>. Acesso em 8 dez. 2015.

_____. Verbetes: CARDOSO, Aducto Lúcio. Disponível em <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/biografias/Aducto_lucio_cardoso>. Acesso em 19 dez. 2016.

_____. Verbetes: CARNEIRO, Nelson. Disponível em:<<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/nelson-de-sousa-carneiro>>. Acesso em 02 nov. 2016.

_____. Verbetes: MAZZILLI, Ranieri. Disponível em:<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/biografias/ranieri_mazzilli>. Acesso em 29 dez. 2016.

_____. Verbetes, RÁO, Vicente, Disponível em:<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/biografias/Vicente_Rao>. Acesso em 15 nov. 2016.

_____. Verbetes: SILVA, Luís Gonzaga Do Nascimento E. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/silva-luis-gonzaga-do>>

nascimento-e>. Acesso em 20 out. 2016.

CURI, Isadora Volpato. Juristas e o Regime Militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB. In: MOTA, Carlos Guilherme, SALINAS, Natascha S. C. (coord). **Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro (de 1930 aos dias atuais)**. São Paulo: Direito GV, Editora Saraiva, 2010.

DE MATTOS, Marco Aurélio Vannucchi Leme. Contra as reformas e o comunismo: a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no governo Goulart. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 49, p. 149-168, jul. 2012.

DIAMOND, Larry Jay. Thinking About Hybrid Regimes, **Journal of Democracy**, v. 13, n. 2, p. 21–35, 2002.

DÍAZ-ASENSIO, Juan Antonio Mayoral. ¿Por Qué los Autócratas Limitan Judicialmente su Poder?, **Revista de Estudios Políticos**, v. 158, p. 41–74, 2012.

DORIA, A. de Sampaio. Emendas à Constituição para Reformas de Base. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 72, 1963, p. 34-47.

DUARTE, Clenício da Silva. Inconstitucionalidade de Lei. Representação do Procurador-Geral da República. **Revista de Direito Público**, v. 2, p. 150-155, XXX.

DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946: exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte**. 2 vol. Rio de Janeiro: Imprensa, 1947.

EDER, Phanor J., Judicial Review in Latin America, **Ohio State Law Journal**, v. 21, p. 570–615, 1960.

FALCÃO, Alcino Pinto. **Novas Instituições do Direito Político Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1961.

FAORO, Raymundo. O Excesso de Adaptação das Cartas Estaduais à Constituição de 1967. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, vol. 12, p. 151-172, 1969.

FATTON JR, Robert. Constitution Without Constitutionalism: Haiti and the Vagaries of Democratization. **NWIG: New West Indian Guide/Nieuwe West-Indische Gids**, Vol. 74, N. 1/2, p. 5-32, 2000.

FAUSTO, Boris. **O Pensamento Nacionalista Autoritário (1920-1940)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 2, n. 2, p. 210-239, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Autonomia do Poder Regulamentar na Constituição Francesa de 1958. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1966, v. 84, p. 24-39.

_____. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Edição Saraiva, 1968.

FONTAINHA, Fernando De Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Isabel Saenger, **História Oral do Supremo [1988-2013] - Sepúlveda Pertence**, Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila, Why Do Countries Adopt Constitutional Review?, **Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 30, n. 3, p. 587–622, 2013.

GINSBURG, Tom, **Judicial Review in New Democracies - Constitutional Courts in Asian Cases**, New York: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom; MOSTAFA, Tamir (ed), **Rule by Law: the politics os courts in authoritarian regimes**, New York: Cambridge University Press, 2008.

GINSBURG, Tom; SIMPSON, Albert. **Constitutions in Authoritarian Regimes**. Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

GONÇALVES DE OLIVEIRA. Novos Aspectos da Competência Constitucional do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 4, p. 25-40, 1967.

GRINBERG, Lúcia. Aducto Lúcio Cardoso, da UDN à ARENA, *in*: KUSHNIR, Beatriz (org.), **Perfis cruzados, Trajetórias e Militância Política no Brasil**, Rio de Janeiro: Imago, 2002, p. 245–259.

_____. “O Estado Novo da UDN”: memórias da vida política partidária na Coluna do Castello, **Acervo**, v. 27, n. 1, p. 121–136, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Fernandas Dias Menezes de. Da Vigência dos Atos Complementares n. 27/1966 e n. 34/1967. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, vol. 11, p. 153-164, 1977.

HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary. As Três Versões do Neo-Institucionalismo. **Lua Nova**, vol. 58, p. 194-224, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Campinas: Russel, 2005.

HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 18, n. 72, 1981, 13-28.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estado da População - Distribuição dos municípios e das respectivas populações recenseadas - 1º-IX-1940**. Disponível em: <<http://seculoxx.ibge.gov.br/images/>

seculoxx/arquivos_download/populacao/1948/populacao_m_1948aeb_04_a_05.pdf>
 . Acesso em 18 fev. 2017.

_____. **Estado da População. População Recenseada. Distribuição dos municípios, por grupos de habitantes, segundo as Unidades da Federação, nos recenseamentos de 1940, 1950 e 1960.** Disponível em: <
[http://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/arquivos_](http://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/arquivos_download/populacao/1962/populacao1962aeb_04a06.pdf)
[download/populacao/1962/populacao1962aeb_04a06.pdf](http://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/arquivos_download/populacao/1962/populacao1962aeb_04a06.pdf)>. Acesso em 18 fev. 2017.

ISIKSEL, Turkuler, Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism, **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 702–726, 2013.

IP, Eric C, The democratic foundations of judicial review under authoritarianism: theory and evidence from Hong Kong, **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 2, p. 330–352, 2014.

JACQUES, Paulino. Os Fundamentos Filosófico-Jurídicos da Normatividade Revolucionária e a sua Hierarquização. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 109, p. 1-5, 1969.

KALHAN, Anil, Constitution and “Extraconstitution”: Colonial Emergency Regimes in Postcolonial India and Pakistan. In: RAMRAJ, Victor V., THIRUVENGADAM, Arun K. **Emergency Powers in Asia: Exploring the Limits of Legality.** Cambridge: Cambridge University Press p. 89–120, 2007.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira, **Memória Jurisprudencial Ministro Ribeiro da Costa**, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

KOERNER, Andrei, Por uma História política do Pensamento Constitucional Brasileiro (1920-1888), in: SEELAENDER, Airton (Org.), **Direito e História – Conceitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, [s.d.].

_____. Uma Análise Política do Processo de Representação de Inconstitucionalidade Pós-64. In: DUARTE, Fernanda; KOERNER, Andrei, **Cadernos Temáticos “Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito”**, Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, 2010.

_____. Sobre A “Evolução do Controle Da Constitucionalidade no Brasil”: Uma Análise Crítica, in: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **As Formas do Direito: ordem razão, decisão - experiências jurídicas antes e depois da modernidade.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 1–39.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros De. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo, **Lua Nova**, v. 88, p. 141–184, 2013.

LAMOUNIER, Bolívar. O Brasil autoritário revisitado: o impacto das eleições sobre a abertura. In: STEPAN, Alfred (org.). **Democratizando o Brasil.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism, **University of California**, v. 47, 2013.

LAW, David S., VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions. **California Law Review**, n. 101, vol. 863, 2013. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol101/iss4/1>>. Acesso em 05 dez. 2015.

LEAL, Victor Nunes. Leis Federais e Leis Estaduais. São Paulo: **Revista de Direito Administrativo**, n. 1, vol 2, 765-788, 1945.

_____. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, n. 1, vol 78, 454-759, 1964.

_____. Aspectos da Reforma Judiciária, **Revista Informação Legislativa**, 1965a, p. 15-46.

_____. Supremo Tribunal: a questão do número de juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 359, set 1965b, p. 7-21.

_____. Requisito de “Relevância” para a diminuição de encargos do Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 360, out 1965c, p. 7-19.

LEPSIUS, Oliver. The Problem of Perceptions of National Socialism Law or: Was there a Constitutional Theory of National Socialism? In: JORGES, Christian; GHALEIGH, Navraj Singh, (eds). **Darker Legacies of Law in Europe: the shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

LEUCHTENBURG, William E, The Origins of Franklin D. Roosevelt’s “Court-Packing” Plan, **The Supreme Court Review**, v. 1966, p. 347-400, 1966.

LINS E SILVA, Evandro, **O Salão dos Passos Perdidos: depoimentos ao CPDOC**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1997.

LINZ, Juan J., STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LYNCH, Christian Edward Cyril, MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma História Constitucional Brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade, **Revista Direito e Práxis**, v.8, n. 2, p. 974-1007, 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional – O Rio como (2º) Distrito Federal, **Insight Inteligência**, ano XIX, n 76, jan/fev/mar 2017, p. 19-42.

_____. O Caminho Para Washington Passa Por Buenos Aires - A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898), **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 78, p. 149-196, 2012.

LYNCH, Christian Edward Cyril. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O Constitucionalismo da Inefetividade: A Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. In: ROCHA, Cléa Carpi da (Coord.). **As Constituições Brasileiras: Notícia, História e Análise Crítica**. Brasília: Editora OAB, 2008.

MADDOX, Graham. Constitution. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. **Political Innovation and Conceptual Change**. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1995.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos. **A Constituição Federal de 1967 Comentada**. Tomo II (arts. 107 a 189). José Konfino: Rio de Janeiro, 1967.

MARINHO, Josaphat. Reforma da Estrutura Jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, 1964, p. 7-15.

_____. Inconstitucionalidade de Lei – Representação ao Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público**, vol. 12, p.150-152, s/d.

_____. **Estudos Constitucionais. Da Constituição de 1946 à de 1988**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Centro de Estudos Bahianos, 1989.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula, **A Segurança Repressão Política e Usos da Constituição No Governo Vargas (1935-1937): A Segurança Nacional e o Combate ao Comunismo**, Universidade de Brasília, 2011.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MEDEIROS, José Saboia Viriato de. A Alteração da Competência do Supremo Tribunal Federal. **Arquivos do Ministério da Justiça**, vol.10, 1944.

MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura. **Revista de Informação Legislativa**, a. 34, n. 135, p.141-152, 1997.

_____. **Caderno de Direito Constitucional**. Módulo V: Controle de Constitucionalidade. Emagis: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, 2006.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Francisco Campos, Carl Schmitt e a atuação do Estado na Economia**. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013.

MOURA, Genésio Almeida. Inconstitucionalidade das Leis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 37.

NAUD, Leda Maria Cardoso. O Federalismo. **Revista de Informação Legislativa**, 1967, p. 149-168.

NIEMBRO ORTEGA, Roberto. Desenmascarando el Constitucionalismo Autoritário. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto Niembro (orgs). **Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

NOVELLI, Flávio Bauer. A Relatividade do Conceito de Constituição e a Constituição de 1967. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 88, abr./jun. 1967, p. 1-14.

_____. O Congresso e o Processo Legislativo na Constituição de 1967. In: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Estudos Sobre a Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

O'BRIEN, Kevin. J. How Authoritarian Rule Works, **Modern China**, v. 36, n. 1, p. 79–86, 2009.

OLIVEIRA FILHO, Cândido de. A Crise do Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**, vol. 156, 1945.

OLIVEIRA, Fabiana Luci De, **Justiça, Profissionalismo e Política. O STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil**, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, Notas Programáticas para uma Nova História do Processo de Constitucionalização Brasileiro, **Revista Faculdade de Direito UFPR**, v. 51, p. 45–72, 2010.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo, **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 6, p. 57–78, 2008.

PAIXÃO, Cristiano, Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988, **Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, ano 13, n. 26, p. 146–169, 2011.

PAIXÃO, Cristiano, A Constituição em Disputa: transição ou ruptura?, *in*: SEELAENDER, Airton (Org.), **História do Direito e Construção do Estado**, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PAIXÃO, Cristiano, Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014), **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, v. 43, p. 415–460, 2014.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Os Atos Institucionais em Face do Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, a. 14, vol. 56, p. 213-238, 1977.

PESSÔA, Epitácio. Do Recurso Extraordinário. **Revista do Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro, v. XXXVIII, p. 282, março de 1922.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo V (Arts.141 § 15-38, -156). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV (arts. 113-150, §1º). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Cinquenta Anos de um Conflito: o embate entre o Ministro Ribeiro da Costa e o General Costa e Silva sobre a reforma do STF (1965), **Revista Direito GV**, v. 21, n. 1, p. 323–342, 2015.

RAHIM, Lily. Authoritarian Rule of Law: Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore. **Law & Society Review**, n. 265, p. 697–699,

RAJAH, Jothie, Sinister Translations: Law 's Authority in a Post-9/11 World, **Indiana Journal os Global Legal Studies**, v. 21, p. 107–143, 2014.

RAJAH, Jothie, Punishing Bodies, Securing the Nation: How Rule of Law Can Legitimate the Urbane Authoritarian State, **Law & Social Inquiry**, v. 36, n. 4, p. 945–970, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil** – perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Nereu. Reforma Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 46, 1956.

REVISTA BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS. Divisão Territorial do Brasil. Vol. 21, n. 83/84, p. 249-323, 1968.

ROSENN, Keith S, Judicial Review in Latin America, **Ohio State Journal**, v. 35, p. 785–819, 1974.

ROSSITER, Clinton. **Constitutional Dictatorship**: crisis government in the modern democracies. New York, Burlingame: Harbinger Book, 1963.

SALAZAR, Alcino de Paula. O Poder Judiciário na Constituição de 1967. In: CAVALCANTI, Themístocles B. **Estudos sobre a Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

_____. **Poder Judiciário. Bases para Reorganização**. Rio, São Paulo: Forense, 1975.

SANTOS, Fabricia Cristina de Sá, **Direito e autoritarismo : O Supremo Tribunal Federal e os processos de habeas-corpus entre 1964-1969**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

SANTOS, Rogério Dutra. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 281-323.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. **The American Political Science Review**, vol. 56, n. 4, 853-864, 1962.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo**. Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2016.

SCHMITT, Carl. **La Dictadura**: desde los comienzos del pensamiento. Madrid: Ediciones Castilla, 1968.

SEABRA FAGUNDES, A Organização e o Funcionamento do Poder Judiciário. **Revista Forense**, vol. 155,

_____. O Poder Judiciário na Constituição de 1967. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara**, vol. 16, p. 1-16, 1967.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite, CASTRO, Alexander Rodrigues de. Um jurisconsulto adaptável – Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos Guilherme. SALINAS, Natasha S.C. (org.), **Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro – 1930 - dias atuais**, São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHEDLER, Andreas, **The New Institutionalism in the Study of Authoritarian Regimes**, Aberdeen: [s.n.], 2009.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**: o que é o terceiro Estado? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Carlos Medeiros. As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 31, p. 1-9, nov. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12611/11489>>. Acesso em: 02 Nov. 2016.

_____. A Legislação Delegada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 71, 1963, p. 1-15

_____. Observações sobre o Ato Institucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 76, abr./jun. 1964a, p. 473-475.

_____. O Ato Institucional e a elaboração legislativa. **Revista dos Tribunais**. vol.347, setembro de 1964b, p.7-17.

_____. O Ato Institucional e a elaboração legislativa. **Revista Forense**. vol.207, setembro de 1964c, p.5-10.

_____. Seis meses de aplicação do Ato Institucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 78, out./dez. 1964d, p. 449-452.

_____. O Ato Institucional e a elaboração legislativa. **Revista de Direito Administrativo**. vol.77, setembro de 1964e, p.1-12.

_____. Observações sobre o Ato Institucional. **Revista de Direito Administrativo**. vol.76, junho de 1964f, p.473-475.

_____. Seis Meses de Aplicação do Ato Institucional. **Revista Forense**. vol.208, dezembro de 1964g, p.375-376.

_____. A Elaboração Constitucional – exposição de motivos do projeto de Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 86, out./dez. 1966, p. 1-15.

SILVA, Luiz Gonzaga do Nascimento. Delegação de Poderes. São Paulo: **Revista de Direito Administrativo**, 1965, vol. 81, p. 1-6.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. São Paulo: **Revista de Direito Administrativo**, 2009, p. 197-227.

SOMEK, Alexander. Authoritarian Constitutionalism: austrian constitutional doctrine 1933 to 1938 and its legacy. In: JORGES, Christian; GHALEIGH, Navraj Singh, (eds). **Darker Legacies of Law in Europe: the shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

SWENSSON JUNIOR, Walter Cruz. **Os Limites da Liberdade: a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de crimes políticos durante o regime militar de 1964 (1964-1979)**. Tese defendida no Departamento de História Social, Universidade de São Paulo, 2006.

TATE, C. Neal, Courts and Crisis Regimes: A Theory Sketch with Asian Case Studies, **Political Research Quarterly**, v. 46, n. 2, p. 311–338, 1993.

TATE, C. Neal; HAYNIE, Stacia L., Authoritarianism and the Functions of Courts, **Law & Society Review**, v. 27, n. 4, p. 707–740, 1993.

TRIBE, Laurence H. America's Constitutional Narrative. **Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts and Sciences**, p. 18-42, 2012.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político Institucional**. Dissertação defendida na Escola Brasileira de Administração

Pública da Fundação Getúlio Vargas, 1975.

TSEBELIS, George. Processo Decisório em Sistemas Políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e multipartidarismo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v.12, n.34, p.89-118, 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_06>. Acesso em 28 out. 2016.

TUSHNET, Mark, Alternative Forms of Judicial Review, **Michigan Law Review**, v. 101, n. 8, p. 2781–2802, 2002.

_____. Authoritarian Constitutionalism: some conceptual issues. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Albert. **Constitutions in Authoritarian Regimes**. Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

_____. Authoritarian Constitutionalism, **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, 2015.

VALÉRIO, Otávio L. S., **A Toga e a Farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)**. Dissertação defendida no Departamento de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

VIANA FILHO, Luís. **O Governo Castelo Branco**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora S.A., 1975.

VIEIRA, José Ribas. O Duplo Sentido da Administralização do Poder Judiciário no Brasil (1926-1931): a impetração do *Habeas Corpus*. In: RIBEIRO, Gladys Sabina (org.). **Brasileiros e Cidadãos: modernidade política (1822-1930)**. São Paulo: Alameda, 2008.

ZAMORA, Stephen, Introduction - Judicial Review in Latin America, **Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas**, v. 7, p. 227–233, 2000.

ZHANG, Qianfan, A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China, **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 4, p. 950–976, 2010.

B) ARTIGOS DE JORNAL

BEKMEZIAN, Hélène. Le Sénat enterre la déchéance de nationalité. **Le Monde**. Disponível em <http://www.lemonde.fr/politique/article/2016/03/17/decheance-de-nationalite-le-senat-vote-un-texte-different-de-l-assemblee_4885276_823448.html>. Acesso em 10 out. 2016.

CASTELLO BRANCO, Carlos. Candidatura Dutra e fórmula Arinos para o expurgo. **Jornal do Brasil**. 09 abr. 1964, p. 4.

CORREIO BRAZILIENSE. STF Apresenta Relatório e Homenageia Ministros. 06 fev. 1969, p. 4. Disponível em: < <http://memoria.bn.br/DocReader/>

DocReader.aspx?bib=028274_01&pesq=victor%20nunes%20leal%20hermes%20lima&pasta=ano%20196>. Acesso em 13 abr. 2017.

CORREIO DA MANHÃ. Primeira Reunião do Supremo Tribunal Federal após Reforma. Foram eleitos o presidente e vice-presidente, lavrando veemente protesto o ministro Hermenegildo de Barros. 26 fev. 1929, p. 2. Disponível em <http://memoria.bn.br/DocReader/089842_04/6034>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Arena Apresentou 150 Emendas e 81 Foram da Oposição. 25 jan. 1967a, p. 1. Disponível em <http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842_07&pagfis=79277&pesq=&url=http://memoria.bn.br/docreader#>. Acesso em 22 de out. 2015.

_____. STM Dará Medalhas na Comemoração do seu 159º. Aniversário. 2 abr. 1967b, p. 8. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842_07&pagfis=82137&url=http://memoria.bn.br/docreader#>. Acesso em 13 abr. 2017.

_____. Regulamentação. 07 de jun. 1967. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=089842_07&pagfis=35138&pesq=&url=http://memoria.bn.br/docreader#>. Acesso em 15 jan. 2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. Notícias do Rio: Punição de alunos da Faculdade de Direito de São Paulo. 02 nov. 1949, p. 14. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19491102-22843-nac-0014-999-14-not/tela/fullscreen>>.

_____. Deve o Prefeito ser Mantido no Exercício do Cargo até a Eleição e Posse do Novo Prefeito. 23 nov. 1952, p.16. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19521123-23785-nac-0016-999-16-not>>.

_____. Cavalcanti Defende Ato Institucional. 15 dez. 1960, p.5.

_____. O Expurgo no âmbito do Judiciário. 14 abr. 1964, p. 5.

_____. Governadores dão apoio total. 28 out. 1965a, p. 1. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19651028-27770-nac-0001-999-1-not>>. Acesso em 10 jul. 2014.

_____. O Presidente justifica a decretação da medida. 28 out. 1965b, p. 1. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19651028-27770-nac-0001-999-1-not>>. Acesso em 10 jul. 2014.

_____. Juracy: reincidentes serão punidos. 28 out. 1965c, p. 1. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19651028-27770-nac-0001-999-1-not>>. Acesso em 10 jul. 2014.

_____. Censura leva Crise ao STF; Aducto sai. 11 mar. 1971, p.1.

FOLHA DE SÃO PAULO. Juarez Tavora Conta à Câmara a História do Ato Institucional. São Paulo, 9 abr. 1964. Disponível em: <<http://acervo.folha.uol.com.br/fsp/1964/04/09/21>>. Acesso em 03 jul 2014.

_____. País recebe tranquilo Ato Institucional n. 2. 28 out. 1965. Capa. Disponível em:<<http://acervo.folha.uol.com.br/fsp/1965/10/28/2/#>>. Acesso em 31 out. 2016.

JORNAL DO BRASIL. Decisão Imediata. Rio de Janeiro, 9 de abr. 1964. Ano LXXIV, n. 83.

OAB CAMPINAS. Morre o ex-prefeito de Campinas Francisco Amaral. Disponível em: <<https://oabcampinas.org.br/morre-o-ex-prefeito-de-campinas-francisco-amaral/>>. Acesso em 04 abr. 2017.

O JORNAL. A Tributação do Imposto de Renda sobre os Vencimentos dos Funcionarios estaduaes. Debatendo o assumpto, o S.T.F. divide-se em duas correntes de opinião. 24 de novembro de 1939, p. 4-5. Disponível em <http://memoria.bn.br/DocReader/110523_03/53867>. Acesso em 28 ago. 2016.

C) LEGISLAÇÃO

BRASIL. Comando Supremo da Revolução. Ato Institucional de 9 de abril de 1964. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 abr. 1964, Seção 1, p. 3.193.

_____. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1965, Seção 1, p. 11.017. Retificação publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 out. 1965, Seção 1, p. 11.353.

_____. Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 fev. 1966, Seção 1, p. 1.435.

_____. Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 dez. 1966, Seção 1, p. 14.187.

_____. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 dez. 1968, Seção 1, p. 10.801.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937, p. 22.359.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 19 set. 1946, Seção 1, p. 13.059. Republicações: Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 25 set. 1946, Seção 1, p. 13.319; Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 15 out. 1946, p. 14.119.

_____. Constituição (1967). Constituição do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 24 jan. 1967, Seção 1, p. 953.

_____. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. [Cria o Supremo Tribunal Federal e declara suas atribuições]. **Decretos do Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 10, p. 2744, 1890. Decreto que organiza a Justiça federal.

_____. Decreto nº 39.855, de 24 de agosto de 1956. Cria a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos. Diário Oficial, Brasília, DF, Seção 1 - 24/8/1956, Página 16043.

_____. Decreto-Lei nº 216, de 27 de fevereiro de 1967. [Dispõe sobre a execução do art. 188 da Constituição Federal e dá outras providências]. Diário Oficial, Brasília, DF, Seção 1 - 27/2/1967, Página 2356.

_____. Lei no 4.738, de 15 de julho de 1965. Estabelece novos casos de inelegibilidades, com fundamento no art. 2o da Emenda Constitucional no 14. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 jul. 1965, Seção 1, p. 6.762.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno 1909. Art 33. Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1909/art_33_28abril1931.pdf>. Acesso em 26 ago 2016.

_____. CONGRESSO NACIONAL. Exposição de Motivos n. 976-B de 1965, do Ministro da Justiça. Diário do Congresso Nacional, Brasília, Seção I, 23 jun. 1965. p. 4761-4064.

_____. Parecer 25 de 1965 Comissão Mista para opinar sobre o Projeto de Emenda à Constituição n. 6 de 1965 que altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Diário do Congresso Nacional, Brasília, Seção II, 19 nov. 1965. p. 4073-4078.

C) PROCESSOS JUDICIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 94. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado (RS). Relator: Min. Castro Nunes. Julgamento: 17 jul. 1946.

_____. Representação 96. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado (SP). Relato: Min. Manoel da Costa Manso. Julgamento: 03 out. 1947.

_____. Recurso Extraordinário 22.435. Recorrente: União Federal, Recorrido: Fernando José Saboia Viriato de Medeiros. Relator: Min Mário Guimarães. Julgamento: 26 out. 1953.

_____. Representação 258. Requerente: Procurador Geral da República, Requerido: General Henrique Dufles Baptista Teixeira Lott e outros, Relator: Min.

Rocha Lagoa. Julgamento: 31 ago. 1956a. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263310>>.

_____. Mandado de Segurança 3.557. Requerente: José Café Filho, Requerido: EXM^o. Câmara dos Deputados e Senado Federal, Relator: Min. Hahnemann Guimarães. Julgamento: 07 nov. 1956b.

_____. Mandado de Segurança nº 15.886/DF. Requerente: Fernando Lins Vidal e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento em 26 mai. 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84353>>. Acesso em 03 nov 2015.

_____. Mandado de Segurança nº 16.003. Requerente: Hidelbrando de Araujo Goes e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Prado Kelly. Julgamento em 30 nov. 1966.

_____. Representação 602. Requerente: Procurador Geral da República, Requerido: Estado da Guanabara, Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 30 nov. 1964.

_____. Recurso de Mandado de Segurança 14.691. Recorrente: Governador do Estado da Guanabara. Recorrida: Mesa da Assembleia Legislativa do Estado da Guanabara. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 20 mai. 1965.

_____. Representação 650. Representante: Procurador Geral da República. Representada: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 34-3, dezembro 1965.

_____. Representação 621. Representante: Procurador Geral da República. Representada: Assembleia Legislativa do Estado [do Acre]. Relator: Min. A. C. Vilas Boas. Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 35-1, janeiro 1966.

_____. Representação 633. Representante: Procurador Geral da República. Representada: Governador do estado da Guanabara. Relator: Min. Hermes de Lima. Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 35-2, fevereiro 1966. p. 436.

_____. Representação 670. Representante: Procurador Geral da República. Representada: Assembleia Legislativa do Estado [da Guanabara]. Relator: Min. Pedro Chaves. Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 37, 1966. p.645.

_____. Representação 583/AL. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Alagoas. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 03 fev. 1966.

_____. Representação 644/SE. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Alagoas. Relator: Candido Motta. Julgamento: 02 mar. 1966.

_____. Representação 672/DF. Representante: José Brito da Cunha. Representado: Congresso Nacional. Relator: Vilas Boas. Julgamento: 02 mar. 1966

_____. Representação 656/RN (acórdão diligência). Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 16 mar. 1966.

_____. Representação 581/PI. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Piauí. Relator: A. M. Vilas Boas. Julgamento: 16 mar. 1966.

_____. Representação 664/SC. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Santa Catarina. Relator: Evandro Lins. Julgamento em: 16 mar. 1966.

_____. Representação 688/MG. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Relator: Min. Prado Kelly. Julgamento: 17 mar. 1966.

_____. Representação 632/PB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 31 mar. 1966.

_____. Representação 654/BA. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Bahia. Relator: Min. Vilas Boas. Julgamento: 14 abr. 1966.

_____. Representação 640/GO. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Goiás. Relator: Min. Evandro Lins e Silva. Julgamento: 14 abr. 1966.

_____. Representação 667/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Hermes Lima. Julgamento: 14 abr. 1966.

_____. Representação 665/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Lafayette de Andrade. Julgamento: 28 abr. 1966.

_____. Representação 609/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Lafayette de Andrade. Julgamento: 28 abr. 1966.

_____. Representação 605/PR. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Paraná. Relator: Min. Prado Kelly. Julgamento: 05 mai. 1966.

_____. Representação 675/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Lafayette de Andrade. Julgamento: 01 jun. 1966.

_____. Representação 670/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Pedro Chaves. Julgamento: 08 jun. 1966.

_____. Representação 687/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Adalício Nogueira. Julgamento: 25 ago. 1966.

_____. Representação 610/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Julgamento: 28 set. 1966.

_____. Representação 686/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Evandro Lins e Silva. Julgamento: 06 out. 1966.

_____. Representação 634/AC. Representante: Procurador-Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Acre. Relator: Min. Evandro Lins e Silva. Julgamento: 30 nov. 1966.

_____. Representação 623/RN. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Hahnemann Guimarães. Julgamento: 30 nov. 1966.

_____. Representação 699/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 01 dez. 1966.

_____. Representação 653/GO. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Goiás. Relator: Min. Hermes Lima. Julgamento: 05 abr. 1967.

_____. Representação 727/RS. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Pado Kelly. Julgamento: 12 abr. 1967.

_____. Representação 709/GO. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Goiás. Relator: Min. Adalício Nogueira. Julgamento: 13 abr. 1967.

_____. Representação 676/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Candido Mota. Julgamento: 20 abr. 1967.

_____. Representação 604/RN. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 26 abr. 1967.

_____. Representação 689/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Hermes Lima. Julgamento: 27 abr. 1967.

_____. Representação 588/AL. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Alagoas. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 27 abr. 1967.

_____. Representação 658/SC. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Santa Catarina. Relator: Min. Pedro Chaves. Julgamento: 03 mai. 1967.

_____. Representação 700/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 03 mai. 1967.

_____. Representação 710/PE. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Pernambuco. Relator: Min. Evandro Lins. Julgamento: 24 mai. 1967.

_____. Representação 622/RN. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Hermes Lima. Julgamento: 24 ago. 1967.

_____. Representação 632/RN. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 30 ago. 1967.

_____. Representação 728/DF. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Congresso Nacional. Relator: Min. Evandro Lins. Julgamento: 13 set. 1967.

_____. Representação 707/GO. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Goiás. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 28 set. 1967.

_____. Representação 697/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Adauto Cardoso. Julgamento: 28 set. 1967.

_____. Representação 680/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 28 set. 1967.

_____. Representação 751/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 19 out. 1967.

_____. Representação 669/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 19 out. 1967.

_____. Representação 657/RN. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 29 nov. 1967.

_____. Representação 701/RS. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Barros Monteiro. Julgamento: 29 nov. 1967.

_____. Representação 762/DF. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Congresso Nacional. Relator: Min. Evandro Lins. Julgamento: 07 fev. 1968.

_____. Representação 725/RS. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Evandro Lins. Julgamento: 07 fev. 1968.

_____. Representação 712/MA. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Maranhão. Relator: Min. Themístocles Cavalcanti. Julgamento: 15 fev. 1968.

_____. Representação 705/DF. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Congresso Nacional. Relator: Min. Adalício Nogueira. Julgamento: 22 fev. 1968.

_____. Representação 764/ES. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Espírito Santo. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Julgamento: 06 mar. 1968.

_____. Representação 746/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 07 mar. 1968.

_____. Representação 745/DF. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Congresso Nacional. Relator: Min. Themístocles Cavalcanti. Julgamento: 18 abr. 1968.

_____. Representação 760/PE. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Pernambuco. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Julgamento: 18 abr. 1968.

_____. Representação 656/RN. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Hermes Lima. Julgamento: 15 mai. 1968.

_____. Representação 750/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. Julgamento: 16 mai. 1968.

_____. Representação 739/RS. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Djaci Falcão. Julgamento: 22 mai. 1968.

_____. Representação 772/PA. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Pará. Relator: Min. Aducto Cardoso. Julgamento: 23 mai. 1968.

_____. Representação 702/GB. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa da Guanabara. Relator: Min. Hermes Lima. Julgamento: 23 mai. 1968.

_____. Representação 743/MG. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Relator: Min. Aducto Cardoso. Julgamento: 29 mai. 1968.

_____. Representação 741/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Julgamento: 06 jun. 1968.

_____. Representação 753. Representante: Procurador Geral da República. Representada: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Djaci Falcão. Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 46-2, novembro 1968.

_____. Representação 718/RN. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 22 ago. 1968.

_____. Representação 761/CE. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Ceará. Relator: Min. Adalício Nogueira. Julgamento: 04 set. 1968.

_____. Representação 732/SP. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa de São Paulo. Relator: Min. Victor Nunes Leal. Julgamento: 25 set. 1968.

_____. Representação 698/RN. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Lafayette Andrade. Julgamento: 24 out. 1968.

_____. Representação 775/ES. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Espírito Santo. Relator: Min. Lafayette Andrade. Julgamento: 24 out. 1968.

_____. Representação 671/MA. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Maranhão. Relator: Min. Hermes Lima. Julgamento: 19 nov. 1968.

_____. Representação 749/RS. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Adalício Nogueira. Julgamento: 04 dez. 1968.

_____. Recurso em Mandado de Segurança. Recorrente: Josípio da Silva Lustosa. Recorrido: Estado do Piauí. Relator: Min. Evandro Lins e Silva. Julgamento: 28 nov. 1966.

_____. Reclamação 849/DF. Reclamante: Movimento Democrático Brasileiro. Reclamado: Procurador Geral da República. Relator: Min. Adalício Nogueira. Julgamento 10 mar. 1971.

_____. Recurso Extraordinário 68.464. Recorrente: Estado do Amazonas. Recorrido: José Ribamar Prazeres Coelho. Relator: Min. Antonio Neder. Julgamento: 08 fev. 1973. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/38966/37708>>. Acesso em 11 nov. 2016.

D) DOCUMENTOS

ARQUIVO NACIONAL. Correspondência de Luiz Viana Filho e discursos de Castelo Branco. (BR AN, RIO RH.0.0.66). 1972. Disponível em: < http://sian.an.gov.br/sianex/Consulta/Pesquisa_Livre_Painel_Resultado.asp?v_CodReferencia_id=1197967&v_abas=2>. Acesso em 28 dez. 2016.

_____. BR RJANRIO TT.0.MCP, PRO.81 - processo secom nº 11.220.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Anais da Assembleia Constituinte 1946. Vol. II. Biblioteca Digital Câmara, 1946.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. **Special Memorandum 29-65**. Subject: The Political Situation in Brazil: the meaning of the Second Institutional Act. Disponível

em: < https://www.cia.gov/library/readingroom/docs/DOC_0000007986.pdf>. Acesso em 10 ago 2015

CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Parecer H-184**. Lei 4.449/64. Inconstitucionalidade. Cabe ao Poder Executivo o direito de não executar lei que julgar inconstitucional e, aos particulares prejudicados com a não execução, o de pleitearem ao Judiciário, a proteção que lhes adviria da lei não executada, 1965.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parecer: Ato Institucional — Vigência do Ato Institucional n. 8 e dos Atos Institucionais e Complementares, em Geral, em Face do Artigo 3o. Da Emenda Constitucional No. 11, de Outubro de 1978. **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, a. 3 n. 7, 1/15 abr. 1979, p. 311/316. Disponível em: < <http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/download/390/357>>. Acesso em 13 jan. 2017.

SENADO FEDERAL. Anais do Senado Federal 1967. Livro 1. Brasília, 1967. Disponível em: < http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/PQ_Editado.asp?Periodo=3&Ano=1967&Livro=1&Tipo=9&Pagina=1>. Acesso em 20 out. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Supremo Tribunal Federal - Reforma Judiciária, **Revista de Direito Administrativo**, v. 81, p. 476–490, 1965.

_____. Ata da trigésima sessão em 02 de outubro de 1957. DJ, 3 de out. 1957, p. 12642. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/1957_outubro_3.pdf>. Acesso em 09 fev. 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Dados Estatísticos: Eleições Federais e Estaduais realizadas no Brasil em 1965 e 1966**. v. 8. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1971.

ANEXO 1: FOTO DA VISITA DE CASTELO BRANCO AO STF EM 17/04/1964

Em companhia do Ministro Milton Campos, o Presidente Castelo Branco visita o Supremo Tribunal Federal depois de assumir a Presidência. Entre o Presidente e o Ministro da Justiça, está o Dr. Ribeiro da Costa, Presidente do Supremo. À esquerda, vêem-se os Ministros Gonçalves de Oliveira, Cândido Mota Filho e Luís Gallotti. (Foto Manchete)

FONTE: VIANA FILHO, 1975, p. 46.

ANEXO 2: COMPOSIÇÃO DO SUPREMO COM 16 MINISTROS, EM 1965

Da esquerda para a direita, sentados: Ministros Victor Nunes, Vilas Boas, Lafayette de Andrada, Ribeiro da Costa (Presidente), Candido Motta Filho (Vice-Presidente), Luiz Gallotti, Gonçalves de Oliveira.

Na mesma ordem, de pé: Ministros Aliomar Baleeiro, Oswaldo Trigueiro, Prado Kelly, Evandro Lins, Pedro Chaves, Hermes Lima, Adalício Nogueira, Carlos Medeiros e Dr. Alcino Salazar (Procurador-Geral da República). Ausente o Ministro Hahnemann Guimarães

Fonte: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/2004mar/golpea.jpg>>.

ANEXO 3: JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO, 15 DE MARÇO DE 1966.

Rejeitadas denúncias

De Sucessos

RIO. 14 — O Superior Tribunal Militar negou provimento, na sessão de hoje, ao recurso do promotor da Auditoria da 5.ª Região Militar e manteve o despacho do auditor, que rejeitou as denúncias oferecidas contra o coronel Eurico de Carvalho Nogueira, tenente-coronel Humberto Molinaro, major Milton Maciel e sargento Jorge Quadros.

Os oficiais mencionados pertenciam ao 13.º Regimento de Artilharia de Costa, e foram acusados de montar um dispositivo comuno-peleguista estruturado no esquema de João Goulart e Leonel Brizola, visando subverter a ordem política e social no País.

O promotor Benedito Felipe Rauem, autor da denúncia, diz ainda em sua promoção que os militares prenderam oficiais democratas que se insurgiram contra a posse do sr. João Goulart, aderindo à campanha feita na época pelo sr. Leonel Brizola a favor de seu cunhado. O auditor rejeitou a denúncia sob o fundamento de que não havia crime a punir, e sim, uma ocorrência disciplinar.

Deliberou o STM mandar excluir dos autos as expressões ofensivas ao juiz-auditor e empregadas pelo representante do Ministério Público em seu recurso.

Foi relator do processo o ministro Ribeiro da Costa, que sustentou a improcedência do recurso, afirmando que "criminosos eram os revolucionários, que estavam contra o governo da época, e não os que com o mesmo estavam solidários".

Subversivos

Ainda na sessão de hoje, do STM, outro recurso do promotor Benedito Felipe Rauem, da 5.ª Região Militar, teve provimento denegado, sendo mantido o despacho do auditor, que recebeu em parte a denúncia oferecida contra os civis Vitor Horácio de Souza Costa, Miguel Salomão, Nilandes Dutra dos Santos, Joaquim Alberto de Castro, Francisco João dos Santos e outros, todos acusados de liderarem o movimento comunista no Paraná. O processo teve como relator o ministro Ribeiro da Costa. Referindo-se ao civil Joaquim Alberto de Castro, observou o ministro que o mesmo era considerado o líder de todas as greves naquele Estado pelo seu vasto conhecimento das leis trabalhistas e arrematou: "Hoje, conhecer as leis trabalhistas constitui crime". Quanto a Francisco João dos Santos, jornalista profissional e filiado ao sindicato de classe, acrescentou: "Ser jorna-

lista sindicalizado hoje também é crime" e votou negando a ordem, no que foi acompanhado pela maioria de seus pares. Foi também negado provimento ao recurso criminal, interposto pelo promotor da Auditoria da 3.ª Região Militar, do R. G. do Sul, na denúncia oferecida contra o ex-capitão do Exército, Aécio Colombo da Silva, que servia no 6.º Esquadrão de Reconhecimento Mecanizado, e apontado como responsável pela subtração de documentos lidos como sigilosos. Foi relator do processo o ministro Ribeiro da Costa, que, após fazer minucioso relato dos fatos, esclareceu que, causado pela Revolução de março de 1964 e expurgado das fileiras, somente depois de decorrido mais de um ano veio o oficial a ser acusado como autor do desvio de documentos secretos que passaram pelas mãos de vários oficiais, inclusive daqueles que, no processo, figuraram como testemunhas de acusação, e que constitui grave irregularidade processual. A medida foi negada por unanimidade.

**ANEXO 4: TABELA COM DADOS DE REPRESENTAÇÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADE JULGADAS ENTRE 1966 E 2004**

TABELA III
Ações Diretas de Inconstitucionalidade - Quadro Geral
do Número de Processos instaurados no período de 1966 a 2004*

Ano	Processos	Ano	Processos	Ano	Processos
1966	22	1979	15	1991	232
1967	31	1980	40	1992	165
1968	1	1981	42	1993	162
1969	26	1982	37	1994	197
1970	15	1983	26	1995	211
1971	23	1984	55	1996	159
1972	20	1985	70	1997	206
1973	17	1986	81	1998	181
1974	-	1987	114	1999	189
1975	18	1988	202*	2000	253
1976	24	1989	159	2001	210
1977	20	1979	15	2002	226
1978	29	1990	256	2003	288
				2004**	174

* a estatística considera as RPs e as ADIns (sendo 11 ADIns e 191 RPs)

** atualizada até 10.08.2004 (ADIn nº 3.281) Fontes: STF/PGR/AGU

Fonte: MENDES, 2006, p. 69.

ANEXO 5: DETALHES DA CAPA DO JORNAL DO BRASIL DE 14 DE DEZEMBRO DE 1968 (UM DIA DEPOIS DO AI-5)

Tempo negro. Temperatura sufocante. O ar está irrespirável. O país está sendo varrido por fortes ventos. Máx.: 38°, em Brasília. Mín.: 5°, nas Laranjeiras.

Ontem foi
o Dia
dos Cegos
(Página 12)

*Govêrno baixa Ato Institucional e coloca
Congresso em recesso por tempo ilimitado*



ANEXO 7 : CAPA DA REVISTA VEJA DE 13/04/1977

