

Supremo Tribunal Federal como mediador político na ditadura militar brasileira: proposta de estudo das ações de controle abstrato de constitucionalidade

Heloisa Fernandes Câmara, Email: heloisafcamara@yahoo.com.br

Mestre e Doutoranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná e Professora de Direito Constitucional no Centro Universitário Curitiba, participante dos grupos Constitucionalismo e Democracia, e direito e Subjetividade (UFPR). Líder do grupo de pesquisa sobre sistema Interamericano de Direitos Humanos (UniCuritiba)

Área temática: Instituciones políticas y conflicto interinstitucional

Trabajo preparado para su presentación en el VII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP).
Bogotá, 25 al 27 de septiembre de 2013

Supremo Tribunal Federal como mediador político na ditadura militar brasileira: proposta de estudo das ações de controle abstrato de constitucionalidade¹

Resumo

O Supremo Tribunal Federal tem sido objeto de vários estudos que buscam identificar se a Corte é ativista e como a judicialização das relações sociais tem influenciado a atuação do tribunal. Entretanto, a atuação do STF antes de 1988 costuma ser relegado a pesquisas históricas que não o consideram como um ator político, ao menos não um ator relevante. A invisibilidade torna-se crônica quando tratamos de períodos excepcionais. Um das explicações para relevar o STF a papel coadjuvante é a crença de que em momentos excepcionais vigeria um “Estado sem direito”, o que é parcialmente falso, especialmente considerando o alto grau de legalidade dos atos excepcionais da ditadura de 1964. No caso brasileiro, houve, inclusive, ampliação da competência do STF através da criação da representação abstrata de inconstitucionalidade. É a tentativa de compreender o motivo do regime ditatorial ter criado tal ação de julgamento do STF – enquanto a tendência geral era justamente a redução de competências, especialmente transferindo-as para a justiça militar – é o objetivo deste trabalho. Aventa-se que apesar das constantes tentativas de controlar o judiciário, e seu órgão de cúpula, ainda assim houve espaços de contestação que influenciaram no perfil repressivo do regime, bem como no padrão de transição pós-ditadura.

1 Introdução

O tema da judicialização da política e do ativismo judicial costumam ser identificadas com a ampliação dos poderes das Cortes de analisar ações abstratas de constitucionalidade. No Brasil este processo desenvolveu-se especialmente a partir da Constituição de 1988, a qual: i - ampliou os legitimados para a propositura das ações, ii – ampliou o número de ações (em 1993 foi inclusive criada ação chamada de Ação Declaratória de Constitucionalidade), e também, constitucionalizou vários direitos e questões envolvendo governabilidade. Com efeito, o fato da constituição de 1988 ser analítica é um dos principais motivos apontados para o aumento de importância da jurisdição constitucional pós-88.

Assim, para a maior parte dos autores (por todos WERNECK VIANA, 1999) o processo de judicialização da política e o processo de ampliação de poderes do Supremo Tribunal Federal teria ganhado fôlego após a Constituição de 1988. Entretanto resta incompreendido o papel deste tribunal, especialmente no que diz respeito a sua atuação política, nos períodos anteriores à 1988. A maior parte dos trabalhos que tratam do STF antes da atual Constituição o faz em uma perspectiva bastante estática, geralmente abordando a partir da sociologia das profissões a formação dos ministros, ou ainda analisando as decisões e momentos mais relevantes da Corte.

Resta insuficientemente estudada a atuação do STF enquanto ator político que mediava (ou eventualmente não o fazia) os conflitos entre Executivo e Legislativo. Esta lacuna torna-se ainda mais patente no que diz respeito à atuação do STF (e do judiciário

¹ Este trabalho faz parte de uma pesquisa em curso sobre a atuação do STF na ditadura (tema da tese de doutorado). Assim, neste trabalho serão apresentados resultados provisórios e a exposição inicial da questão.

como um todo) em momentos de autoritarismo. Neste tema a ausência de trabalhos torna-se ainda mais patente na medida em que vige o raciocínio de que em momentos de autoritarismo não há quaisquer direitos aplicáveis.

Este trabalho parte desta ausência para compreender a atuação do STF no período da ditadura militar (1964-1985).

2 Relação entre direito e autoritarismo

O estudo de períodos autoritários e totalitários costuma prescindir da análise da formação e aplicação do direito como forma de compreender os padrões repressivos. Assume-se que o Direito, tanto o produzido pelo legislativo, quanto o aplicado pelo judiciário, representa apenas um encobrimento das verdadeiras relações políticas: a atuação da força. Na Ciência Política isto ocorre porque o direito é visto como uma arena que simplesmente submete-se às relações de poder existentes e, assim, parte-se do silêncio quanto ao campo jurídico. Já no Direito, em geral, a análise é feita exclusivamente no campo normativo em abstrato. Assim, quando se pesquisa sobre o direito normalmente é sobre a criação dos novos tipos normativos (como os Atos Institucionais, decreto-lei e Ato Complementar) e as mudanças nas “regras do jogo”. Ademais, adota-se de início a tradicional distinção entre “Estado de Direito” e “Estado sem Direito” para excluir a possibilidade de que um estado autoritário tenha no campo jurídico um de seus alicerces.

Segundo Lemos (2004: 4):

A atuação do Judiciário durante a ditadura militar tem recebido pouca consideração sistemática por parte das ciências sociais. Tende-se a estudar o regime militar brasileiro, como forma de dominação política, exclusivamente em seus aspectos coercitivos: práticas policiais, legislação autoritária etc. As instituições do Estado são analisadas como mecanismos de implantação e reprodução de relações políticas autoritárias. Pouco se discute, contudo, o alcance da insistência que a corrente civil-militar que empolgou o poder político em 1964 demonstrou em manter funcionando, mesmo que sob estrito controle do Executivo, instituições democráticas, como o Judiciário, o Legislativo e o sistema partidário.

Seguindo as indicações de Neal Tate² (1993) e, especialmente, as de Anthony W. Pereira (2010), mesmo em períodos autoritários o direito e o judiciário não são excluídos – embora o grau de manutenção ou modificação dependa de vários fatores. A permanência do judiciário em momentos autoritários poderia parecer a primeira vista um ato paradoxal, pois seria a manutenção de um lócus de questionamento dos atos do regime e possibilidade de utilização dos direitos fundamentais como proteção contra atos repressivos. Entretanto este paradoxo logo se desfaz pois:

A maioria dos estudos sobre o autoritarismo parte do pressuposto de que os regimes chegam ao poder através da força, não podem se basear na lei para manter a sociedade sob controle ou para conferir

² Tate (1993) analisou os casos das Filipinas, Índia e Paquistão para compreender o papel das cortes em períodos de crise. Segundo o autor, o padrão é a diminuição dos poderes dos juízes sem abolir diretamente o judiciário. É possível a substituição de juízes por outros mais leais, diminuição do poder do judiciário em assuntos politicamente relevantes deixando somente “assuntos de rotina”. Esta trajetória pode ser vista no judiciário brasileiro pós-64 (o que será abordado nos próximos itens deste trabalho), entretanto a modificação do judiciário que parece escapar deste padrão foi a inclusão da competência do STF para controle abstrato de constitucionalidade (criado no Brasil pela Emenda Constitucional 16/65).

legitimidade a eles próprios. Considera-se que suas origens anticonstitucionais tornem contraditório e impossível tal esforço. (...) **Na verdade, é muito comum que os regimes autoritários usem a lei e os tribunais para reforçar seu poder, de modo a tornar obscura uma distinção simplista entre regimes *de facto* e regimes constitucionais (ou *de jure*).** (PEREIRA, 2010:36, grifos meus).

Ainda segundo Pereira, há vários motivos para se conferir importância aos processos por crimes políticos e às diferenças entre os tipos de legalidade autoritária. Primeiro, a utilização de tribunais e não somente da força pode fazer diferença no padrão geral da repressão praticada. A segunda razão é que o estudo dos processos por crimes políticos e as estratégias legais e políticas permite uma compreensão mais profunda dos regimes autoritários. Uma terceira razão para o estudo é que os processos políticos e a legalidade autoritária nos permitem “construir um quadro mais detalhado da maneira como a lei era manipulada, distorcida e usada de forma abusiva – ou mantida inalterada – sob o autoritarismo” (PEREIRA, 2010: 38).

Além disso, o estudo dos registros jurídicos permite dar voz aos atores envolvidos no momento. Não deve ser esquecido o custo político de excluir o judiciário e assumir a face repressiva do regime. O uso da força não prescinde da utilização de mecanismos jurídicos como tentativa de legitimação e segurança do regime. Em síntese, o estudo do funcionamento do judiciário pode auxiliar a compreender o padrão de repressão praticado em cada modelo autoritário.

Há alguns estudos que abordam a relação de determinadas figuras e suas atuações na ditadura. Estes trabalhos de cultura jurídica pretendem analisar a influência (seja enquanto resistência ou como corroboração dos ideais do regime) de alguns juristas. Nesta linha podemos apontar trabalhos que analisam a obra de Francisco Campos, bem como a análise dos escritos e votos dos ministros do STF aposentados compulsoriamente, Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva, e Hermes Lima (dentre outros: ALMEIDA, 2006; AMARAL JÚNIOR, 2006; SAVITSKY, 2009).

Os poucos trabalhos que abordam a relação do judiciário na ditadura em geral fazem sob um destes dois prismas: i – organização e funcionamento da justiça militar. Aqui se costuma analisar as taxas de absolvição, a existência (ou não) de imparcialidade de suas decisões e as constantes ampliações de sua competência e diminuição, até a supressão, da instância civil na análise de determinadas causas³, ou, ii – a análise de como o judiciário – especialmente do Supremo Tribunal Federal – manifestou-se em casos envolvendo direitos fundamentais, em especial o modo como os crimes políticos e liberdade de manifestação⁴ foram interpretados em relação à constituição, atos institucionais e lei de segurança nacional.

Tanto no primeiro, quanto no segundo caso, analisa-se o Supremo como um local de resposta jurídica a condutas de outros atores, mas que se centra em casos envolvendo liberdades públicas. Embora este seja um tema certamente relevante, falta ainda a análise do judiciário como um ator que mediava (ou escolhia não o fazer) os conflitos existentes entre o executivo e o legislativo. Ou seja, falta ainda o estudo do judiciário como um ator político na dinâmica entre executivo e legislativo no período ditatorial. Esta tese pretende retratar justamente o papel do STF na relação (conflituosa) entre executivo e legislativo e entre poder central e poderes “periféricos”.

Segundo KOERNER (2010: 300):

³ Exemplos desta primeira abordagem podem ser vistos em: LEMOS, 2004, e, WANDERLEY, 2009.

⁴ Exemplos deste viés: SANTOS, 2008; SWENSSON JUNIOR, 2007.

(...) a bibliografia geralmente evidencia a criação e fortalecimento dos poderes de controle concentrado da constitucionalidade do STF após 1964 e faz referências ao regime militar, a atos de exceção, bem como a decisões do STF que o reconhecerem. Os temas são tratados de forma separada, como se houvesse exterioridade entre as dimensões política, institucional e processual do controle de constitucionalidade.

A hipótese desta pesquisa parte desta ausência de trabalhos e de relação entre os temas para identificar no STF um ator político relevante no período autoritário, o que permite repensar o papel e desafios atuais desta Corte. Para além de resistência ou concordância individual de seus ministros, o STF construiu um padrão decisório em ações de controle abstrato de constitucionalidade que não somente foi relevante para estabelecer o padrão repressivo ocorrido no Brasil, como também para gerar uma memória jurisprudencial que continua a ser aplicada.

Para compreender as (im)possibilidades de atuação do STF no período ditatorial é necessário partir das modificações efetuadas em sua estrutura para perceber se os constrangimentos institucionais foram suficientes para barrar a sua autonomia decisória, ou se mesmo com tais alterações ainda restou possível um espaço de independência.

3 Manipulação da estrutura do judiciário na ditadura

Retomando Neal Tate, é bastante comum que em períodos de crise ocorra manipulação do papel do judiciário como forma de diminuir faticamente suas competências (e, portanto, as chances de decisões negativas em assuntos politicamente relevantes) para mantê-lo em funcionamento e, com isso, legitimar o regime. Partindo deste padrão, temos como primeira hipótese aventada para análise do caso brasileiro é a de que o judiciário, e, especialmente o Supremo Tribunal Federal eram campos importantes de disputa no regime autoritário, ao menos nos primeiros anos da ditadura, nos quais ainda não havia assumido sua face mais repressiva (o que ocorre especialmente a partir do Ato Institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968).

Esta hipótese é pautada-se nas seguintes questões: primeiramente a permanência do judiciário mostra que era mais importante mantê-lo do que simplesmente tornar o regime fora do direito. Em segundo lugar houve a preocupação em “legalizar” o regime, através da criação de novos tipos legais, bem como da utilização dos já existentes. A engenharia legal criada pelo regime mostra que o campo do direito não era um item secundário, mas um ponto relevante na construção da legitimidade do regime. Ademais, a organização do judiciário foi bastante alterada nos atos institucionais, constituições e atos complementares. Ora, se o judiciário fosse um campo irrelevante não seria esperável que fosse despendido tanto esforço em sua reestruturação. Ao contrário, seria esperado que o judiciário fosse deixado à margem das discussões políticas relevantes.

3.1 Modificações no judiciário

Além de todas as alterações legislativas, pode-se perceber especial atenção na modificação do judiciário via atos excepcionais⁵. O primeiro Ato Institucional, de 09 de

⁵ A ditadura brasileira teve na construção e aplicação da ordem legal autoritária paradoxos, discussões jurídicas ocorridas no âmbito dos tribunais e das universidades. Ademais, a construção da legalidade autoritária foi bastante complexa quanto a suas fontes. Coexistiam nessa ordem tanto instrumentos ordinários – como a constituição e as emendas constitucionais, leis ordinárias etc - quanto extraordinários – como os Atos Institucionais, Atos Complementares, decretos-lei. No Brasil construiu-se uma

abril de 1964, trouxe algumas disposições que afetaram o judiciário. Primeiramente o artigo 7º suspendeu por seis meses as garantias judiciais de vitaliciedade e estabilidade, o que permitia que servidores públicos (incluindo magistrados) pudessem ser aposentados e demitidos por decreto presidencial. Os expurgos atingiram 49 juízes em 1964.

Outra medida prevista no AI 1 retirou do judiciário o controle jurisdicional sobre os atos do governo revolucionário, a análise poderia ocorrer somente em relação ao exame das formalidades extrínsecas. Igualmente foi previsto no artigo 10 a vedação de apreciação judicial a suspensão dos direitos políticos e a cassação de mandatos legislativos. Aqui temos a confirmação do padrão trazido por Tate, ou seja, separa-se o que o judiciário poderia decidir, afastando da análise questões políticas (que serão identificadas com atos revolucionários).

Já o Ato Institucional 2 de 27 de outubro de 1965 foi mais explícito em sua interferência no judiciário, e notadamente no STF⁶. Este Ato Institucional recriou a Justiça Federal Corte⁷ de primeiro grau (e estabeleceu que as nomeações seriam feitas pelo Presidente da República após a aprovação do Senado Federal), também aumentou o número de desembargadores do Tribunal Regional Federal e o número de desembargadores do Superior Tribunal Militar.

Especificamente em relação ao STF o AI 2 trouxe as seguintes disposições: a primeira – e talvez mais importante – foi o aumento do número de ministros, de onze para dezesseis. Aqui foi utilizada estratégia a que Roosevelt valeu-se nos EUA para tentar neutralizar a Suprema Corte na política conhecida como *Packing the Court*⁸. Claramente 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.

Ademais, o AI 2 também estabeleceu a divisão do STF em composição plenária e com turmas de cinco ministros⁹, dependendo da matéria a ser julgada (a especificação deste item foi feita via EC 16/65).

A terceira alteração foi a ampliação da competência da Justiça Militar, que passou a ser sobre crimes contra segurança nacional (e não somente externa), mesmo

engenharia constitucional na qual o Ato Institucional foi um dos elementos centrais. Os Atos Institucionais foram utilizados como instrumento excepcional, o que pode ser visto no fato do primeiro não ser numerado, pois surgiu para ser o único. Entretanto no decorrer do regime foram editados 17.

⁶ Para alguns autores o AI2 surge como resposta ao Supremo, e também à derrota eleitoral sofrida nos estados. Segundo Andrade (2012:77-78): “o Ato Institucional nº 2 nasce numa situação de crise generalizada. (...) A relação com o Congresso não poderia estar bem (...) Com o Judiciário, o quadro não era mais animador. Durante o início do regime militar o STF impôs derrotas significativas ao governo. A cada novo *habeas corpus* concedido, os radicais da linha dura viam uma condenação da revolução”.

⁷ Esta recriação foi importante porque a competência da Justiça Federal é o julgamento de casos que envolvam a União. Na medida em que os juízes de primeiro grau foram indicados pelo Presidente da República é bastante lógico pensar que foram indicados juristas alinhados ao regime, e, assim, garantindo certa previsibilidade nos julgamentos (favoráveis ao governo).

⁸ Segundo Oliveira (2012: 39): “A Corte Suprema norte-americana enfrentou o governo de Roosevelt, declarando a inconstitucionalidade de diversas leis e dos decretos nos quais se apoiava o *New Deal*. O Presidente reagiu a essas decisões propondo, em 1937, a reforma do judiciário que trazia, entre seus principais pontos, o aumento do número do número de *Justices*, a partir da proposição que impunha a nomeação de juízes adicionais nos tribunais federais em que houvesse atividade de magistrados com 70 anos ou mais. A Corte Suprema tinha entre seus membros seis juízes acima dessa idade”.

⁹ 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, assim em questões votadas nas turmas tivessem seus votos “neutralizados”. Já em questões votadas em plenário, como questões de constitucionalidade, supõe-se que efetivamente tenha havido deslocamento de forças.

que cometidos por civis. Como consequência desta disposição houve a necessidade de prévio julgamento pelo Superior Tribunal Militar dos *habeas corpus* ajuizados pelos acusados de crimes contra a segurança nacional antes da sua análise pelo STF. A quinta alteração foi a supressão da aplicação da lei mais específica para os crimes que forem previstos na Lei de Segurança Nacional. A sexta alteração foi a extinção do foro privilegiado para os casos de crimes previstos na Lei de Segurança Nacional.

O Ato Institucional nº 3, em seu artigo 6, também exclui da apreciação do judiciário atos praticados com fundamento no Ato e nos seus atos complementares.

Mas foi o Ato Institucional nº 5 de 13 de dezembro de 1968 que limitou de forma mais intensa a competência do judiciário comum. O AI5 escancarou o regime ditatorial autorizando o Presidente da República a decretar estado de sítio, também a a suspender direitos políticos no prazo de 10 anos (que dentre outras consequências implicaria em perda de privilégio de foro por prerrogativa de função). Igualmente estas medidas não poderiam ser analisadas pelo judiciário.

O AI5 também suspendeu garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. Mas o item mais repressivo foi a abolição do *habeas corpus* nos crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e a economia popular. Com a ampliação do que era considerado crime político o HC foi virtualmente abolido na ordem jurídica nacional.

3.2 Perfil ministros indicados para o STF após o AI2 ¹⁰

O STF não questionou a validade dos Atos Institucionais – e tampouco os juristas acadêmicos e doutrinadores o fizeram. Os que envolviam conflito entre Atos Institucionais e a Constituição eram decididos com base em critérios de resolução de antinomias, em geral de maneira com que prevalecesse o AI.

Não obstante, como vimos o AI2 influenciou o judiciário, especialmente pela ampliação do número dos ministros. Neste item trazemos algumas considerações sobre os perfis dos indicados para verificar em que medida eles eram meros “representantes” do Executivo, ou se poderiam ter certa autonomia decisória.

Em 25 de novembro de 1965 tomaram posse como ministros do STF¹¹ Adalício Coelho Nogueira¹², Aliomar de Andrade Baleeiro¹³, Carlos Medeiros Silva¹⁴, José Eduardo Prado Kelly¹⁵ e Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello¹⁶.

¹⁰ 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: 183), antes de assumir no STF Prado Kelly era advogado, entretanto esta informação não é mencionada no verbete do CPDOC.

¹¹ Segundo o CPDOC no verbete “Aliomar Baleeiro” o cargo foi recusado por “Milton Campos, Pedro Aleixo e Aduino Lúcio Cardoso, em sinal de protesto contra o AI-2”.

¹² Nogueira tem um perfil bastante técnico tendo sido promotor público, juiz de direito e ao ser indicado era desembargador do TJ da Bahia.

¹³ Embora tenha trabalhado como advogado e jornalista, Baleeiro tem o perfil político, tendo ocupado vários cargos pela UDN. Ao ser nomeado era deputado federal. Desde abril de 64 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.”

¹⁴ Carlos Medeiros Silva teve importante papel de difundir e defender os AIs. Enquanto editor da Revista de Direito Administrativo e da Revista Forense teve ampla possibilidade de publicar artigos com defesa

Um ponto relevante a ser analisado é o perfil não somente dos cinco indicados, mas também dos demais ministros indicados no período da ditadura. Supõe-se que indicações técnicas conferem maior peso às discussões jurídicas, enquanto que indicações de políticos escancara a submissão do STF às demandas provenientes do regime (embora haja outras variáveis a serem analisadas)¹⁷. Apesar da abordagem proveniente da sociologia das profissões não ser o objetivo deste artigo, é necessário trazer algumas indicações provenientes deste ramo, especialmente para analisar o perfil dos ministros indicados e se os perfis adequam-se à interpretação corrente de que foram indicados somente políticos e pessoas manipuláveis pelo regime. Em outras palavras, a existência de predomínio de indicações técnicas poderia sugerir que o STF enquanto instituição manteve discussões jurídicas e não somente políticas. Ainda, pode ajudar a compreender se o STF desfrutou de certa autonomia, ou se foi efetivamente contido pelas modificações legislativas efetuadas.

Fabiana Luci de Oliveira aponta que:

Tabela 1 Cargo ocupado antes da nomeação ao STF, por período de posse dos ministros¹⁸

Cargo	Período						Total
	1891-1929	1930-1945	1946-1963	1964-1978	1979-1988	1989-1999	
Magistratura	63,5%	63,2%	56,3%	43,5%	36,4%	30,0%	55,6%
Política	25,7%	10,5%	18,8%	13,0%	27,3%	20,0%	20,9%
Ministério da Justiça	2,7%					30,0%	3,3%
Consultoria Geral da República	1,4%	10,5%	6,3%	4,3%	9,1%	10,0%	4,6%
Academia	2,7%	5,3%		4,3%	18,2%		3,9%
Advocacia	2,7%		6,3%	17,4%			4,6%
Ministério Público	1,4%	10,5%	12,5%	17,4%	9,1%	10,0%	7,2%
Total (N)	74	19	16	23	11	9	152

Segundo a tabela acima, poder-se-ia dizer que o percentual de ministros oriundos da política é bastante reduzido, se comparado com as demais carreiras. Se este dado não é suficiente para que se possa concluir acerca da liberdade decisória dos ministros, ao menos nos mostra que mesmo que o perfil, e especificamente o alinhamento ao regime, fossem itens importantes para a indicação ao STF, os votos dos ministros utilizavam primordialmente argumentos jurídicos e não políticos. Ao menos nos primeiros anos do

dos AIs – e o fez. Ao ser indicado era Delegado do Brasil às Conferências internacionais de Ciências Administrativas.

¹⁵ 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: 183), antes de assumir no STF Prado Kelly era advogado, entretanto esta informação não é mencionada no verbete do CPDOC.

¹⁶ 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. Teve, também, cargos de embaixador no exterior.

¹⁷ Segundo a linha de pesquisa conhecida como *judicial politics* é possível compreender o comportamento do Poder Judiciário a partir de quatro principais abordagens do processo de decisão judicial: 1 – atitudinal, 2 – estratégica, 3 – institucional, e, 4 – legal. A primeira (atitudinal) “sugere que os juízes determinam suas decisões com base em suas preferências políticas pessoais, seus valores e suas convicções ideológicas” (OLIVEIRA, 2011:45).

¹⁸ Tabela presente em OLIVEIRA, 2011: 60.

regime militar vigia um clima “legalista” no qual as decisões (sejam contrárias ou favoráveis aos argumentos “oficiais” tinham por base interpretações jurídicas).

A análise de algumas representações interventivas em trabalho anterior (CAMARA, 2013) sugere que não havia uma polarização entre os ministros indicados por civis e os ministros indicados por militares nas votações. Embora falte a análise das redes formadas no período. O que pudemos identificar é que geralmente os ministros Victor Nunes Leal e Evandro Lins eram vencidos em seus argumentos¹⁹.

Para além das questões relacionadas aos perfis dos ministros é necessário identificar uma das mudanças na competência do STF que foi somente mencionada anteriormente: a inclusão das ações abstratas de controle de constitucionalidade via Emenda Constitucional 16/65.

4 Controle de constitucionalidade

Conforme Oliveira (2011, 2012) e Werneck Vianna (1999) a existência de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade é um dos motivos que fez com que a atuação do STF fosse ampliada na ordem pós 1988. De fato, a Constituição de 1988 previu mais ações para este controle e ampliou enormemente a lista dos legitimados para a propositura²⁰. Mas se a ampliação da jurisdição constitucional concentrada pós 88 é apresentada como uma maior democratização do judiciário, ainda resta incompreendido o motivo deste modelo ter surgido justamente em um período ditatorial.

Inicialmente convém trazer alguns esboços sobre o controle de constitucionalidade. Tradicionalmente este controle é enunciado como uma decorrência lógica da supremacia e rigidez constitucionais, as pesquisas contemporâneas em teoria constitucional tem utilizado uma abordagem distinta:

Mas será que há, no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, espaço para lógica? Há como se falar, de fato, em "lógica de Marshall" ou "lógica de Kelsen"? Seria a fundamentação do controle judicial uma simples questão de lógica? (...)

Esse argumento pretende salientar que a supremacia de uma constituição não tem nenhuma relação lógica necessária com a possibilidade ou impossibilidade de que juízes possam controlar a constitucionalidade das leis. (...)

Ou seja: decidir sobre que tipo de controle se deseja é uma questão prática (e política) e não lógica, o que implica dizer que uma eventual escolha por um determinado tipo de controle de constitucionalidade deve ser feita e justificada dentro de um debate sobre desenho institucional e não a partir de um pretenso raciocínio jurídico-formal.

¹⁹ Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima foram aposentados compulsoriamente em 16 de janeiro de 1969 como decorrência do AI5. Esta aposentadoria sugere que os três eram vistos como ameaça ao regime, e que, portanto teriam decidido de maneira contrária aos interesses governistas. Entretanto, segundo CURI (2010:399) “A afirmação de [Fernando] Coelho, de que os militares intencionavam aposentar os três ministros logo após o golpe, corrobora a tese de que os votos destes no Supremo foram secundários para a sua exclusão da atividade da magistratura. Tal punição já constava da lista de pretensões do novo regime mesmo antes da concessão de *habeas corpus* pelos ministros”.

²⁰ Até 1988 somente o Procurador-Geral da República poderia propor a representação de inconstitucionalidade. Após 1988 são nove os legitimados: Presidente da República, Conselho Federal da OAB, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa das Assembleias Legislativas, Governador de estado, Procurador-Geral da República, partido político, confederação sindical ou entidade de classe.

Esse debate e essa conclusão são aqui importantes porque liberam o jurista para refletir sobre o controle de constitucionalidade, já que desmistificam a questão "lógica" do juiz como necessário detentor exclusivo da palavra final. Com isso, é possível fomentar o debate institucional, como se pretende fazer adiante neste trabalho. (SILVA, 2009, grifos meus).

Silva (2009) e Mendes (2011), dentre outros, apontam que a escolha do modelo de controle de constitucionalidade é uma escolha jurídica, mas também política. De acordo com o modelo adotado constrói-se um modelo institucional que estabelecerá os padrões de atuação do executivo, legislativo e judiciário. Desta maneira tanto a escolha como a consequência da adoção de determinado modelo de controle de constitucionalidade trará consequências diretas não somente na proteção da constituição, mas também na maneira como cada um dos poderes atuará (ou não).

A consequência política da definição do modelo de constitucionalidade deve ser levada em consideração para compreender o papel do judiciário, especialmente a partir da atuação do STF, na ditadura militar brasileira.

Uma forma de iniciar tal análise é comparar as ações de representação interventiva e representação de inconstitucionalidade (esta, a atual Ação Direta de Inconstitucionalidade). As principais distinções entre tais ações são três. Enquanto a representação interventiva tem caráter concreto, pode ser utilizada em relação à leis estaduais (e não federais) e somente alguns artigos constitucionais, os princípios constitucionais sensíveis, podem servir como parâmetro de controle. Já a representação de inconstitucionalidade genérica é abstrata, pode ser utilizada em relação às leis estaduais e federais, e a constituição inteira pode servir como parâmetro de inconstitucionalidade. Em síntese:

O dispositivo da Emenda Constitucional, trouxe profunda modificação no sistema constitucional brasileiro, ao instituir o exame da constitucionalidade de leis federais, assim como estaduais, por iniciativa do Procurador-Geral da República, sem distinguir entre leis de direito público e privado, sem vincular o juízo constitucional a uma finalidade determinada, como fazia o art. 8º, parágrafo único, da Constituição, que se destinava a preparar ou a evitar a intervenção federal nos Estados. (BARBI, 1968: 40)

O controle judicial de constitucionalidade promove uma maior participação do judiciário em detrimento das deliberações do legislativo e do executivo. A criação da representação de inconstitucionalidade abstrata em um momento de autoritarismo representa um traçado antagônico ao padrão de redução das competências do judiciário comum. Amplia-se assim a possibilidade de controle de constitucionalidade, e, portanto, do poder do judiciário. Esta situação é explicada por Sarmento (2010:61) 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.

Para ele este processo teve por função concentrar ainda mais o poder no executivo federal (pois controlaria tanto o legislativo federal e estadual, quanto o executivo nos estados que não estavam alinhados aos militares) com custos políticos reduzidos. Entretanto, traçar uma relação entre causa e efeito implica ignorar as potencialidades interpretativas da constituição efetuada pelos órgãos judiciais. Como expõe Paixão (no prelo) a constituição é (e foi) um termo em disputa, de maneira que possibilitou a construção de diversos sentidos, inclusive contraditórios. Ou seja, mesmo que seja feita modificações que objetivam reduzir a contestação e “amarrar” a resistência, sempre se abre margem à interpretações distintas da objetivada inicialmente.

Para Koerner (2010: 305):

O controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos, pelo STF, que foi ampliado para as leis federais (EC nº 16/65) e as controvérsias constitucionais, ou seja, os conflitos interpretativos de leis, estaduais ou federais, face à constituição, têm o sentido do fortalecimento do controle do STF do enquadramento constitucional dos atos e poderes do congresso Nacional, dos estados e das autoridades administrativas e judiciárias, dentro do quadro institucional posto pela ordem política autoritária pós-1964, na qual os poderes constitucionais conviviam, como notado acima, com agentes que se atribuíam – e possuíam capacidade para exercer – um poder extra ou supraconstitucional.

Em uma análise prévia das representações de inconstitucionalidade decididas entre 1965 (ano da EC) e 1968 aparecem 101 menções no site do STF. Ainda que não se possa dizer que todas se referem ao controle abstrato de constitucionalidade²¹, é bastante significativo que nos primeiros anos de um regime militar a atuação da cúpula do judiciário tenha tantas ações de controle de constitucionalidade.

5 Considerações Finais

A pesquisa sobre o papel do STF no período ditatorial está em curso, daí a impossibilidade de concluir pela atuação da corte como um ator politicamente relevante para a definição do padrão repressivo. Entretanto, desde já mostra-se fundamental o estudo empírico das ações de controle de constitucionalidade decididos no período tanto para verificar o aspecto interno (argumentos utilizados, importância para a formação da jurisprudência do tribunal), como o aspecto externo (a resposta do executivo e legislativo às suas decisões).

Ainda que a EC 16/65 tenha criado a representação como tentativa de limitar ainda mais as divergências, é possível pensar que acabou abrindo margem para resistência. Conforme expõem Paixão e Andrade (2008) ao analisar a cláusula de exclusão de apreciação judicial presente nos Atos Institucionais:

²¹ A ação de representação interventiva foi introduzida no Brasil na CF de 1934 com o objetivo de resguardar o equilíbrio federativo. Sob o regime da CF 1946 a intervenção foi prevista nos arts. 7º e 8º.

Os breves argumentos alinhados acima procuraram mostrar um recorte desse cenário por meio da análise da cláusula de exclusão de apreciação judicial. Tomada por si só, tal cláusula pode ser considerada uma construção frágil e paradoxal. **Em alguns momentos, o Judiciário foi capaz de desvelar essa fragilidade e pôr à mostra o paradoxo que lhe era proposto: decida que você não deve decidir, diga que você deve se calar. Entretanto, na medida em que a interferência sobre a independência da magistratura se intensificava, a disposição para explorar os sentidos intrinsecamente emancipatórios da constituição arrefecia.** O regime não era ingênuo e percebera rápido que, isoladamente, normas jurídicas não seriam capazes de pôr em “segurança” a obra revolucionária. Era preciso enfraquecer o ânimo das instituições, interferir em sua composição e em sua estrutura de funcionamento. **Essa interferência parece decisiva para explicar o sucesso das tentativas de interditar a interpretação constitucional.**

Portanto, não é possível explicar a atuação do judiciário somente pela existência de normas que tentam controlar as disputas políticas. É necessário, que se faça análise empírica para que se possa compreender o efetivo papel desempenhado pelo STF no período e, com isso, construir uma memória jurisprudencial e política. O objetivo principal da tese é trazer subsídios que formem mais uma parte desta memória constitucional a partir da confirmação (ou não) da hipótese de que o STF atuava como um ator político relevante. Conforme Paixão e Andrade (2008):

Uma nova memória da ditadura precisa ser produzida, como forma de resgate de uma experiência que foi deixada de lado pelas instituições jurídicas formais. Com isso, será possível rever a história, projetando para o futuro uma narrativa que reconstrói o passado. Não se trata de revanchismo ou retaliação, mas de uma premente necessidade de aprendizagem. Os atos praticados pelo regime convalidaram práticas frontalmente contrárias aos direitos humanos e à idéia de dignidade do ser humano: tortura, execuções, desaparecimentos. O direito, ao tempo da ditadura, não produziu uma narrativa que vislumbrasse esses aspectos, que ficaram inteiramente na penumbra.

É esta reconciliação com o tempo passado na construção do futuro que inspira a análise do direito em períodos autoritários.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle de Constitucionalidade de Leis no Brasil. São Paulo. **Revista de Direito Público**, vol. 1, n. 4, abr/jun. 1968, p. 34-43.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo, Saraiva, 2012.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1958.

CAVALCANTI, Themístocles. **Do Controle de Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CIOTOLA, Marcelo. **Os Atos Institucionais e o Regime Autoritário no Brasil.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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, Natasha S. C. **Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro – 1930 – dias atuais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
_____. **A Ditadura Derrotada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. **A Ditadura Encurralada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

KOERNER, Andrei. Uma Análise Política do Processo de Representação de Inconstitucionalidade Pós-64. **Revista da EMARF.** Cadernos Temáticos. Rio de Janeiro, dez 2010. p. 299-328.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores.** vol.92, dezembro 1964a, p.27-34.

_____. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista de Direito Administrativo.** vol.78, dezembro de 1964b, p.453-459.

_____. O requisito da “relevância” para redução dos encargos do Supremo Tribunal. **Revista dos Tribunais.** vol.360, outubro de 1965a, p.7-19.

_____. Supremo Tribunal: a questão do número de juízes. **Revista dos Tribunais.** vol. 359, setembro de 1965b, p.7-21

LEMOS, Renato. Poder Judiciário e Poder Militar (1964-1969). In: CASTRO, Celso, IZECKSOHN, Vitor; KRAAY, Hendrik (org.). **Nova História Militar Brasileira.** Rio de Janeiro: Editora FGV / Bom Texto, 2004

_____. **A Justiça Fardada: o general Peri Bevilacqua no Superior Tribunal Militar (1965-1969).** Rio de Janeiro: Bom Texto, 2004.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário.** ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **O STF na Crise Institucional Brasileira.** São Paulo: Malheiros, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil Under Vargas.** New York: The Macmillan Company, 1942.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MESQUITA, Clarissa Ferreira de Mello. O STF durante o Regime Militar: a atuação do Min. Evandro Lins e Silva – jurisprudência de 1968. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (coord) **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, 2009. p.237-253.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF: do autorismo à democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier e FGV, 2012.

_____. **Justiça, Profissionalismo e Política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

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.

_____. Sistemas Judiciais e Repressão Política no Brasil, Chile e Argentina. In: SANTOS, Cecília Macdowell e all. **Desarquivando a Ditadura: memória e justiça no Brasil.** São Paulo: Ed. Hucitec, 2009. p. 203-224, vol. 1.

PAIXÃO, Cristiano. **A Constituição em Disputa: transição ou ruptura?** Não publicado, sem páginas.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto 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**, Porto Alegre, n. 6, p. 57-78, 2008.

PAULA, Felipe de. Ditadura Militar e o STF: a aposentadoria compulsória da defesa da liberdade. In: VOJVODIC, Adriana M; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani (org). **Jurisdição Constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2012. p. 423-440.

ROSA, Felipe A. de Miranda. **Justiça e Autoritarismo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1985.

SANTOS, Fabricia Cristina de Sá. **Direito e autoritarismo: O Supremo Tribunal Federal e os processos de habeas-corpus entre 1964-1969.** Dissertação de mestrado, Faculdade de Ciências Sociais, PUC/SP, 2008.

SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (org). **Desarquivando a Ditadura: memória e justiça no Brasil**. São Paulo: Editora Hucitec, 2009. 2v.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

SAVITSKY, Igor. O STF e o AI-5 – A Jurisprudência do STF no ano de 1968 em “Habeas Corpus” Impetrados por Acusados de Crimes Contra a Segurança Nacional e sua Possível Influência sobre a Edição do AI-5. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (coord) **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, 2009. p.254-274.

SILVA, Carlos Medeiros. O Ato Institucional e a elaboração legislativa. **Revista Forense**. vol.207, setembro de 1964, p.5-10.

_____. O Ato Institucional e a elaboração legislativa. **Revista dos Tribunais**. vol.347, setembro de 1964, p.7-17.

_____. O Ato Institucional e a elaboração legislativa. **Revista de Direito Administrativo**. vol.77, setembro de 1964, p.1-12.

_____. Observações sobre o Ato Institucional. **Revista Forense**. vol.206, junho de 1964, p.397-398.

_____. Observações sobre o Ato Institucional. **Revista de Direito Administrativo**. vol.76, junho de 1964, p.473-475.

_____. Seis Meses de Aplicação do Ato Institucional. **Revista Forense**. vol.208, dezembro de 1964, p.375-376.

SILVA, José Afonso da. **Constituinte como o Caminho para uma Nova Ordem Constitucional**. Simpósio “Constituinte em debate”. Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, outubro de 1984.

STEPAN, Alfred (ed). **Authoritarian Brazil: origins, policies and future**. New York and London: Yale University Press, 1973.

SWENSSON JUNIOR, Walter Cruz. **Os limites da Liberdade: a atuação do Supremo Tribunal Federal nos crimes políticos durante o regime militar de 1964 (1964-1979)**. Tese de doutorado, USP, 2007.

TATE, Neal C. Courts and Crisis Regimes: a theory sketch with asiatian case studies. **Political Research Quaterly**, vol. 46, n, 2, 1993, p. 311-338.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Carta aos Brasileiros**. Separata da Revista da Faculdade de Direito (USP), vol. LXXII, 2º fasc., 1977.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VALÉRIO, Otávio L. S. **A Toga e a Farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)**. Dissertação apresentada no Departamento de Direito, USP, 2010.

VASCONCELOS, Cláudio Beserra de. **A Preservação do Legislativo pelo Regime Militar brasileiro: ficção legalista ou necessidade de legitimação? (1964-1968)**. Mestrado em história. Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2004.

VIENA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483-502.

WANDERLEY, Erika Kubik da Costa. **A Institucionalização da Repressão Judicial na Ditadura Civil-Militar Brasileira**. Dissertação de mestrado em Ciência Política: Universidade Federal de São Carlos, 2009.

Periódico:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Revista Trimestral de Jurisprudência. Números: 27 à 50. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp>>.