

Leonardo André Paixão

**A FUNÇÃO POLÍTICA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado, elaborada sob orientação da Professora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2007

FOLHA DE APROVAÇÃO

Leonardo André Paixão

A função política do Supremo Tribunal Federal

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito do Estado.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Profa. Dr. _____

Instituição _____ Assinatura _____

Profa. Dr. _____

Instituição _____ Assinatura _____

Profa. Dr. _____

Instituição _____ Assinatura _____

Profa. Dr. _____

Instituição _____ Assinatura _____

Profa. Dr. _____

Instituição _____ Assinatura _____

“Confia em Iahweh com todo o teu coração,
não te fies em tua própria inteligência;
em todos os caminhos, reconhece-o,
e Ele endireitará tuas veredas.”
(Provérbios, 3, 5)

“A autoridade da justiça é moral e sustenta-se pela moralidade de suas decisões. O poder não a enfraquece, desatendendo-a; enfraquece-a, dobrando-a.” (Rui Barbosa)

RESUMO

PAIXÃO, Leonardo A. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

Função política do Estado é a atividade que órgãos instituídos pela Constituição exercem no âmbito de sua competência, tendo por objetivo preservar a sociedade política e promover o bem comum, e que consiste em determinar, mediante a livre interpretação de normas constitucionais, o que é o interesse público e quais são os meios necessários à sua implementação. A função política é desempenhada por diversos órgãos e poderes, inclusive pelos tribunais constitucionais. Os tribunais constitucionais exercem função política, basicamente, em relação a quatro grandes temas: separação de poderes, federalismo, direitos fundamentais e funcionamento das instituições democráticas. O exercício da função política pelos tribunais constitucionais possui características específicas. Os tribunais constitucionais têm legitimidade para exercer função política, apesar de seus integrantes normalmente não serem escolhidos pelo voto popular. No desempenho de função política, os tribunais constitucionais devem observar limites. No Brasil, o órgão que exerce o papel de tribunal constitucional é o Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, desde sua instalação, em 1891, até os dias atuais, contribuiu para a definição do que é o interesse público, bem como para a definição dos meios necessários para sua implementação. Portanto, exerceu função política. Foram identificadas sete fases na história do Supremo Tribunal Federal. Em algumas delas, o Supremo Tribunal Federal exerceu função política mais ativamente. Em outras fases, limitou-se a confirmar decisões adotadas por outros órgãos de soberania. O Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para exercer função política. Sua jurisprudência demonstra também que, no exercício da função política, o Supremo Tribunal Federal observou limites.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Funções do Estado. Função política. Tribunal Constitucional. Separação de poderes. Federalismo. Direitos fundamentais. Instituições democráticas.

ABSTRACT

PAIXÃO, Leonardo A. *The political function of Federal Supreme Court*. 2007. 258 p. Thesis (Doctoral) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2007.

Political function of the State is the work performed by constitutional bodies, within the scope of their respective competencies, to preserve political society and promote public welfare. It consists in determining, through free interpretation of constitutional rules, what may be considered of public welfare and what are the necessary mechanisms for its implementation. Political function is performed by various powers and bodies including the constitutional courts. Basically, constitutional courts exercise political function in relation to four major subjects: segregation of power, federalism, basic rights and the functioning of democratic institutions. Constitutional courts bear specific characteristics when it comes to exercising their political function. A constitutional court has the legitimacy to exercise political functions even though its constituents are not elected through popular suffrage. In the exercise of their political function, constitutional courts must beware of some limits. In Brazil, the body that plays the role of constitutional court is the Federal Supreme Court. Throughout its history, that is, since its establishment in 1891 until the present, the Federal Supreme Court has contributed to define what public welfare is, as well as to its implementation. Therefore, it has exercised its political function. Considering its jurisprudence, it is possible to identify seven stages in the Federal Supreme Court history. In some of these stages the Supreme Court exercises its political function actively. In other stages, simply confirmed decisions taken by other bodies. The Federal Supreme Court has legitimacy to exercise its political function. Its jurisprudence also shows that, in the exercise of its political function, the Federal Supreme Court has known some limits.

Keywords: Federal Supreme Court. Functions of the State. Political function. Constitutional Court. Separation of powers. Federalism. Basic Rights. Democratic institutions.

RESUMEN

PAIXÃO, Leonardo A. *La función política del Supremo Tribunal Federal*. 2007. 258 p. Tesis (Doctorado) – Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo, São Paulo, 2007.

Función política del Estado es la actividad que órganos instituidos por la Constitución ejercen en el alcance de su competencia, teniendo por objetivo preservar la sociedad política y promover el bien común, y que consiste en el determinarse, por medio de la libre interpretación de las normas constitucionales, cuál es el interés público y cuáles son los medios necesarios a su puesta en práctica. La función política la ejercen diversos órganos y poderes, incluyendo los tribunales constitucionales. Los tribunales constitucionales ejercen función política básicamente en relación a cuatro grandes temas: separación de poderes, federalismo, derechos fundamentales y funcionamiento de las instituciones democráticas. El ejercicio de la función política por los tribunales constitucionales tiene características específicas. Los tribunales constitucionales tienen legitimidad para ejercer función política, aunque sus miembros normalmente no sean elegidos por el voto popular. En el ejercicio de función política, las cortes constitucionales deben observar límites. En Brasil, el órgano que ejerce el papel de corte constitucional es el Supremo Tribunal Federal. El Supremo Tribunal Federal, a través de su historia, desde su instalación, en 1891, hasta los días actuales, contribuyó para la definición de cuál es el interés público, así como para la definición de las maneras necesarias para hacerlo convertirse en realidad. Por eso, ha ejercido función política. En la historia del Supremo Tribunal Federal, han sido identificadas siete fases. En algunas de ellas, el Supremo Tribunal Federal ha ejercido función política de manera más activa. En otras, se ha limitado a confirmar decisiones de otros órganos de soberanía. El Supremo Tribunal Federal tiene legitimidad para ejercer función política. Su jurisprudencia demuestra que, en el ejercicio de la función política, el Supremo Tribunal Federal ha respetado límites.

Palabras llave: Supremo Tribunal Federal. Funciones del estado. Función política. Tribunal Constitucional. Separación de poderes. Federalismo. Derechos fundamentales. Instituciones democráticas.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADInMC – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade.
AI-2 – Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965
AI-5 – Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968
art. – artigo
CF – Constituição Federal
CF/34 – Constituição Federal brasileira de 1934
CF/37 – Constituição Federal brasileira de 1937
CF/46 – Constituição Federal brasileira de 1946
CF/67 – Constituição Federal brasileira de 1967
CF/88 – Constituição Federal brasileira de 1988
CF/91 – Constituição Federal brasileira de 1891
EC – Emenda Constitucional
HC – *Habeas corpus*
j. – julgado
MDB – Movimento Democrático Brasileiro
MI – Mandado de Injunção
Min. – Ministro
MS – mandado de segurança
nº – número
rel. – relator
STF – Supremo Tribunal Federal
UDN – União Democrática Nacional

SUMÁRIO

RESUMO	4
ABSTRACT	5
RESUMEN	6
SIGLAS E ABREVIATURAS	7
SUMÁRIO	8
INTRODUÇÃO	11
<u>PRIMEIRA PARTE - A FUNÇÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS</u>	18
CAPÍTULO 1 – AS FUNÇÕES DO ESTADO	19
1.1. FUNÇÕES DO ESTADO.	19
1.2. AS FUNÇÕES DO ESTADO: DE ARISTÓTELES A LOCKE.	21
1.3. A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES: MONTESQUIEU.	25
1.4. A DOCTRINA POSTA EM PRÁTICA: A REPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS A PARTIR DA INDEPENDÊNCIA NORTE-AMERICANA.	29
1.5. FUNÇÕES ESTATAIS E PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL.	33
1.6. FUNÇÕES ESTATAIS: TEORIAS DO SÉCULO XX	36
1.6.1. Funções do Estado em Kelsen.	38
1.6.2. Funções do Estado em Loewenstein.	39
1.6.3. Funções do Estado em Burdeau.	43
1.6.4. Funções do Estado em Caetano.	44
1.6.5. Funções do Estado em Miranda.	46
CAPÍTULO 2 – A FUNÇÃO POLÍTICA	48
2.1. CONCEITO DE FUNÇÃO POLÍTICA.	48
2.2. CARACTERÍSTICAS DA FUNÇÃO POLÍTICA.	51
2.2.1. Exercício por órgãos estabelecidos pela Constituição.	51
2.2.2. Competência conferida pela Constituição para exercício da função política.	53
2.2.3. Exercício segundo procedimentos constitucionalmente indicados.	54
2.2.4. Exercício mediante opções feitas em temas fundamentais.	55
2.2.5. Exercício mediante atos materialmente conformes à Constituição.	59
2.2.6. Exercício não sujeito a prazos.	63

CAPÍTULO 3 – A FUNÇÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS	64
3.1. A FUNÇÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.	64
3.2. CARACTERÍSTICAS DA FUNÇÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.	66
3.2.1. Características comuns.	66
3.2.2. Características específicas.	67
3.3. ASPECTOS MATERIAIS DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO POLÍTICA.	68
3.3.1. Separação de poderes.	71
3.3.2. Federalismo.	73
3.3.3. Direitos fundamentais.	74
3.3.4. O controle do funcionamento das instituições democráticas.	76
3.4. CONSEQÜÊNCIAS DO DESEMPENHO DE FUNÇÃO POLÍTICA PELOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.	77
3.4.1. Definição do interesse público e dos meios para implementá-lo.	77
3.4.2. Efetivação da supremacia da Constituição e de sua legitimidade.	77
3.4.3. Efetivação da legitimidade dos atos infra-constitucionais.	78
3.4.4. Direcionamento da atividade de outros órgãos estatais.	79
3.5. LEGITIMIDADE DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS PARA EXERCER FUNÇÃO POLÍTICA.	79
3.5.1. Argumentos contrários.	80
3.5.2. Argumentos favoráveis.	86
3.5.3. Legitimidade dos tribunais constitucionais.	99
3.6. LIMITES DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO POLÍTICA PELOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.	99
3.6.1. Limites endógenos.	100
3.6.2. Limites exógenos.	107
<u>SEGUNDA PARTE - A FUNÇÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</u>	111
CAPÍTULO 4 – O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO POLÍTICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	112
4.1. AS FASES NA HISTÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	112
4.2. OS ANTECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	114
4.1.1. O ambiente em que nasceu a primeira Constituição republicana.	114
4.1.2. Base histórica: o Supremo Tribunal de Justiça do Império.	118
4.1.3. O paradigma: a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.	121
4.2. A INSTALAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS PRIMEIROS ANOS DE ATIVIDADE (1891-1896).	122
4.2.1. A conformação constitucional do Supremo Tribunal Federal.	122
4.2.2. O início dos trabalhos (1891-1897).	125
4.2.3. As primeiras decisões relevantes.	128
4.3. A INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DOS PRÓPRIOS PODERES (1897-1926).	131

4.3.1. A estabilidade na composição.	131
4.3.2. O ativismo jurisprudencial.	135
4.4. A CONTENÇÃO IMPOSTA PELO DIREITO E PELA FORÇA (1926-1946).	150
4.4.1. A contenção imposta pelo Direito: emenda à Constituição.	150
4.4.2. A contenção imposta pela força: o governo Vargas (1930-1945).	151
4.4.3. A jurisprudência no período (1926-1946)	165
4.5. A AUTOCONTENÇÃO (1945-1964).	169
4.5.1. A redemocratização e a Constituição de 1946.	169
4.5.2. A jurisprudência no período 1946-1964	173
4.6. A RESISTÊNCIA AO REGIME MILITAR (1964-1968).	188
4.6.1. O regime militar e as mudanças institucionais.	188
4.6.2. A jurisprudência no período 1964-1968	193
4.7. NOVA CONTENÇÃO IMPOSTA PELA FORÇA (1968-1988).	197
4.7.1. O AI-5, a Emenda Constitucional n° 1/69 e a abertura.	197
4.7.2. A jurisprudência após o AI-5.	201
4.8. A FUNÇÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	204
4.8.1. A Constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal.	204
4.8.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988.	210
CAPÍTULO 5 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA FUNÇÃO POLÍTICA	223
5.1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ÓRGÃO DE SOBERANIA.	223
5.1.1. Separação de poderes.	226
5.1.2. Federalismo.	226
5.1.3. Direitos fundamentais.	228
5.1.4. Funcionamento das instituições democráticas.	228
5.2. LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA EXERCER FUNÇÃO POLÍTICA.	229
5.3. LIMITES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLÍTICA.	231
CONCLUSÃO	235
BIBLIOGRAFIA	239

INTRODUÇÃO

De tempos em tempos, as dimensões políticas da atuação do Supremo Tribunal Federal ganham destaque nos meios de comunicação, e se tornam objeto de debate na sociedade. Um caso controvertido, um acórdão polêmico, uma decisão proferida em causa que contrapõe o Poder Legislativo ao Executivo, ou um Estado a um Município: basta um fato como esses para trazer à tona uma realidade que tende a ser subestimada – o Supremo Tribunal Federal, por meio de suas decisões, faz política.

Não faz política partidária, é evidente, até porque ela é vedada aos juízes pela Constituição brasileira. Mas faz política, no sentido de assumir uma parcela da tarefa de definir os rumos que devem ser seguidos pela Nação brasileira. Faz política no sentido de estabelecer – em concorrência com outros atores políticos, por certo – as diretrizes para as ações futuras do Estado brasileiro e da sociedade. E faz isso, diferentemente dos demais atores políticos, por meio de decisões judiciais.

Chega a ser curioso o modo como as pessoas diretamente envolvidas nas questões de alta relevância levadas ao Supremo Tribunal Federal procuram se ater aos termos jurídicos da controvérsia. Evitam declarar com todas as letras que o Supremo Tribunal Federal, quando decide causas que tratam de temas fundamentais para o País, é um ator político, com opinião e visão de mundo próprias e com poder suficiente para influenciar a sociedade brasileira no sentido de percorrer este ou aquele caminho. A propalada neutralidade encobre uma parte relevante do papel do Poder Judiciário e, de modo muito especial, do Supremo Tribunal Federal, o que dificulta a compreensão da vida institucional da república brasileira.

A participação do Supremo Tribunal Federal – com diversos outros atores políticos, como o Presidente da República, os congressistas, governadores e eleitores – na definição do interesse público decorre do *status* que lhe foi conferido pela Constituição de 1988.

A Constituição estabeleceu a existência de três poderes independentes e harmônicos entre si, e colocou no topo de um desses poderes o Supremo Tribunal Federal. Assim, fez dele um participante ativo da política nacional. Quando o Supremo decide um caso concreto, pode parecer a muitos que meramente resolve uma situação específica: um cidadão en-

fermo tem o direito de ter acesso aos medicamentos mais modernos, às custas do poder público? Um tomador de empréstimo precisa pagar o valor integral das prestações de um contrato de financiamento, que firmou espontaneamente, se elas se tornaram muito onerosas para ele depois de alguns meses? Um idoso tem o direito de viajar de graça em um ônibus interestadual privado?

Embora cada uma dessas questões possa ter a aparência de dizer respeito a uma situação bem específica, e impacto apenas sobre a vida de umas poucas pessoas, ao decidir qualquer uma delas o Supremo Tribunal Federal está no pleno exercício de uma de suas atribuições: contribuir para a definição das políticas públicas do Estado brasileiro. Sua decisão estimula certas atitudes e tira o incentivo para a prática de outras. Ao decidir, o Supremo Tribunal Federal colabora para estabelecer quais são os indivíduos ou grupos que merecem a proteção estatal, e envia um sinal claro para o futuro. Sua opinião, somada à opinião de outros agentes, vai balizar a atuação da sociedade, isto é, vai ser levada em conta pelos atores sociais quando forem planejar e executar suas próximas atividades.

Um exemplo é útil para demonstrar o fato.

Pergunta-se: um cidadão enfermo tem o direito de ter acesso aos medicamentos mais modernos, à custa do poder público? Se a resposta for afirmativa, significa que o poder público vai ter que adquirir os medicamentos. Caso o medicamento não seja entregue espontaneamente pelo Poder Executivo haverá recurso ao Poder Judiciário, que, por meio do Supremo Tribunal Federal, decidirá em última instância. Outros enfermos vitimados pelo mesmo mal também vão recorrer ao Supremo Tribunal Federal para pleitear idêntico benefício. Logo o poder público terá que adquirir grandes quantidades dos medicamentos modernos para cumprir as decisões judiciais. Suponha-se que o custo desses medicamentos modernos seja extremamente alto. Isso consumirá recursos vultosos, e é provável que não haja previsão para esse gasto no orçamento anual proposto pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional. Cabe então ao poder público encontrar um meio de cumprir a decisão do Supremo Tribunal Federal.

A primeira idéia pode ser usar recursos do orçamento previstos para a compra de outros medicamentos. Cumpre-se a decisão judicial, mas muitos outros medicamentos não poderão ser adquiridos, porque o recurso foi gasto de acordo com a destinação estabelecida pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Outros pacientes de hospitais públicos, que nem ao menos foram ouvidos na causa, ficarão sem seus medicamentos, para que os beneficiários da decisão judicial recebam tratamento. Não é justo. Talvez o poder público tenha que encontrar outra opção.

A segunda idéia pode ser abrir, por lei ou medida provisória, um crédito extraordinário no orçamento, de modo a tornar possível a compra dos medicamentos necessários para cumprir a decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, os recursos inicialmente previstos no orçamento para a compra de outros medicamentos não serão atingidos, e outros pacientes não serão prejudicados. Mas de onde vem o dinheiro para esse crédito extraordinário? Algumas outras ações do poder público, apesar de previstas no orçamento proposto pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional, não poderão ser executadas, porque os recursos previstos terão que ser destinados à compra dos medicamentos determinada pelo Supremo Tribunal Federal. Pode ser que uma estrada ou uma escola não seja reformada. Ganham os enfermos que recorreram ao Supremo Tribunal Federal, mas perde o cidadão que sofre um acidente de carro por causa de uma estrada mal conservada, ou a criança que estuda em condições precárias porque não houve recursos para reformar a instituição de ensino que frequenta.

Talvez seja melhor tentar uma terceira idéia: obter os recursos para o crédito extraordinário simplesmente deixando de pagar uma pequena parte dos juros da dívida pública. Assim, nenhuma ação orçamentária deixa de ser executada por causa da decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a compra dos medicamentos modernos. Mas juros não pagos se incorporam ao principal da dívida pública, e no ano seguinte ela será maior. Logo, juros maiores serão devidos no futuro, e se a situação se repetir por alguns anos, chegará um momento em que os credores desconfiarão da capacidade do poder público de honrar o pagamento da dívida. Os credores podem então querer resgatar os títulos da dívida pública que possuem, recebendo o seu valor em reais. E não adiantaria emitir novos títulos, porque os credores não teriam interesse em comprá-los, por duvidarem da capacidade futura de pagamento do poder público. A dívida pública já não poderia ser rolada. Isso levaria o poder público a, quem sabe, cortar o desembolso de recursos destinados a muitas ações previstas no orçamento, conseguindo assim uma sobra de dinheiro suficiente para pagar o resgate dos títulos públicos. Mas o corte acentuado nos gastos públicos deixaria sem dinheiro muitos setores da economia que dependiam desses gastos públicos, e esses setores não poderiam consumir. O efeito dominó levaria o País para uma recessão. Outra possibilidade seria o poder público emitir muita moeda para efetuar os pagamentos dos títulos da dívida pública. Mas nesse caso bilhões de reais entrariam na economia de uma vez, causando um expressivo aumento da taxa de inflação em função da expansão da base monetária. Outra possibilidade seria o poder público simplesmente não pagar o resgate dos títulos, por falta de dinheiro, decretando a moratória da dívida pública. A crise de confian-

ça levaria a uma brutal recessão. Ou, quem sabe ainda, o poder público poderia aumentar os tributos para arrecadar mais recursos, e com isso pagar o resgate dos títulos. Nesse caso, além de aumentar a ineficiência dos processos produtivos, por causa da tributação excessiva, a recompra dos títulos inundaria o mercado de reais, causando o aumento das taxas de inflação.

Em qualquer das hipóteses mencionadas acima, ganhariam os beneficiários da decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a compra de medicamentos modernos. O custo dessa decisão seria suportado pelos pacientes que não receberiam outros medicamentos, ou seria suportado pelos usuários da rodovia ou da escola que não seria reformada, ou seria suportado por toda a sociedade. Antes da decisão hipotética do Supremo Tribunal Federal, alguns pacientes teriam que comprar remédios modernos com recursos próprios, ou emprestados. Proferida a decisão judicial, passariam a receber esses medicamentos gratuitamente do poder público. Em contrapartida, os outros doentes, que iriam receber gratuitamente outros medicamentos, terão que investir recursos próprios ou emprestados para comprá-los. Ou os motoristas e alunos, que iriam utilizar estradas e escolas em melhores condições, ficariam sem esses benefícios. Ou ainda a população em geral teria uma situação econômica pior, por causa de recessão ou inflação.

No exemplo fictício apresentado teria havido uma política de distribuição de renda estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal. O dinheiro seria transferido de pacientes, ou usuários de estrada e estudantes, ou todas as pessoas, para um grupo de pessoas bem definido: os enfermos beneficiados pela decisão judicial.

O exemplo acima, embora longo, serve para demonstrar que o Supremo Tribunal Federal faz política. Que, ao decidir um caso concreto em um tema relevante – como o direito fundamental à vida e à saúde – exerce, em conjunto com outros órgãos, a função de definir o interesse público e os meios para atingi-lo. No exemplo, decidiu que alguns receberiam medicamentos modernos. Coube a outros órgãos definir como seria paga essa conta. Juntos, vários órgãos contribuíram para determinar a alocação de recursos públicos. Em última análise, transferiram riquezas de algumas pessoas para outras.

Claro que no exemplo citado o Supremo Tribunal Federal também poderia decidir, invocando fundamentos jurídicos, que os pacientes não têm o direito de receber gratuitamente medicamentos modernos e caros custeados pelo poder público. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal também influenciaria a definição do interesse público. Só que sua visão seria totalmente coincidente com aquela definição proposta pelo Presidente da República e aprovada pelo Congresso Nacional, quando da elaboração do orçamento. Os três

poderes estariam de acordo.

Se o Supremo Tribunal Federal decidisse adiar por vários meses a resolução do caso, o que seria justificável, dada a quantidade de processos pendentes de decisão, isso também significaria que ele teria aderido à orientação adotada, por meio do orçamento federal, pelos demais Poderes.

Sem entrar no mérito da solução dada ao problema, o fato é que *qualquer que fosse a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal* para decidir a questão relativa a um tema fundamental, e mesmo se ele deixasse de decidir, sua deliberação sempre significaria o exercício de uma parte da função política do Estado.

O que o presente trabalho procura demonstrar é que essa função política, exercida por todas as cortes constitucionais do mundo, faz parte da essência, da natureza desses órgãos de soberania. O exercício de função política pelas cortes constitucionais não tem nada de excepcional. É sua atividade rotineira, é parte integrante de suas atribuições.

Por isso, não é de se estranhar que a função política venha sendo exercida continuamente pela corte constitucional brasileira – o Supremo Tribunal Federal – desde o início de seu funcionamento, em 1891.

No presente texto, assumiu-se o desafio de conhecer melhor essa função política, para identificar e examinar os aspectos principais que envolvem o tema. Para isso, dividiu-se a presente tese em duas partes distintas.

Na primeira, fez-se uma análise teórica a respeito da função política dos tribunais constitucionais, procurando identificar aspectos que caracterizam o exercício dessa função.

O trabalho tem início com a análise da questão das funções do Estado, tal como vista na doutrina até o século XVIII. Passa pelo exame de obras que vão de *A política* de ARISTÓTELES a *Do espírito das leis* de MONTESQUIEU. Em seguida, aborda a evolução doutrinária a respeito das funções estatais, decorrente da mudança do papel do Estado verificada entre as revoluções liberais e os dias atuais. Para isso, examinou-se a obra de autores do século XX que procuraram abordar de modo novo o tema, tendo em vista a inadequação da doutrina tradicional às funções que o Estado de fato exerce no mundo contemporâneo. As funções do Estado foram vistas sob a ótica de Kelsen, LOEWENSTEIN, BURDEAU, MARCELLO CAETANO e JORGE MIRANDA.

No segundo capítulo, procurou-se chegar a uma definição pessoal da *função política*, e identificar as suas principais características.

E no terceiro capítulo, o objetivo foi o de verificar se os tribunais constitucionais exercem função política, concluindo-se pela afirmativa. Em seguida, foram apontados os

principais aspectos relativos a esse exercício, seja pelos tribunais inseridos na estrutura do Poder Judiciário, como seu órgão de cúpula, seja por aqueles colocados estruturalmente fora do Poder mencionado. As conseqüências do exercício de função política pelos tribunais constitucionais foram examinadas, assim como a questão da legitimidade dos tribunais constitucionais para essa tarefa e os limites que observam na sua atuação.

Na segunda parte do trabalho, que tem início no quarto capítulo, examinou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, desde sua instalação, em 1891, até os dias atuais, sempre com o objetivo de verificar de que modo a Corte exerceu a parte da função política do Estado que lhe coube, bem como quais limites e fatores condicionantes observou, no desempenho desta tarefa, ao longo da história brasileira.

Como nestes mais de cem anos de atividade ininterrupta o Supremo Tribunal Federal decidiu milhares de casos, gerando como resultado uma quantidade extraordinária de acórdãos, foi completamente descartada a possibilidade de ser examinada *toda* a jurisprudência da Corte. Foram escolhidas as decisões consideradas mais relevantes para compreender o fenômeno do exercício de função política. Para isso, foram utilizadas seleções já existentes, como a que consta da obra do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal EDGARD COSTA, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, e a seleção feita por LEDA BOECHAT RODRIGUES nos 4 volumes que compõem sua *História do Supremo Tribunal Federal*. Além dessas seleções, utilizou-se uma que está disponível na rede mundial de computadores, elaborada pelo próprio Tribunal, contendo a lista de seus julgamentos históricos¹, bem como as relações dos acórdãos mais relevantes do Supremo Tribunal Federal, organizadas por seus Ministros e ex-Ministros, e igualmente disponível na rede mundial de computadores².

Como toda seleção, a escolha dos acórdãos teve um certo grau de subjetividade. Talvez a seleção de outras decisões, no futuro, possa levar outros trabalhos a encontrar novos ângulos para abordar a questão. Possivelmente, decisões relevantes não foram enfrentadas porque ficaram perdidas no meio da imensidão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Espera-se que sua ausência não tenha levado esta tese a conclusões diferentes daquelas que poderiam ser alcançadas se toda a jurisprudência da Corte tivesse sido examinada.

¹ Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/processos.asp>. Acesso em 07.01.2007.

Após a análise da jurisprudência selecionada, o quinto capítulo procura extrair uma visão a respeito da função política efetivamente desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da história republicana brasileira, a legitimidade que possui para exercer essa atribuição e os limites que pautaram sua atuação.

Ao final, são apresentadas as devidas conclusões.

² Disponível em: <www.stf.gov.br/institucional/acordaosignificativo/>. Acesso em 07.01.2007.

PRIMEIRA PARTE

A FUNÇÃO POLÍTICA DOS

TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

CAPÍTULO 1 – AS FUNÇÕES DO ESTADO

1.1. FUNÇÕES DO ESTADO.

O Poder Judiciário, na visão tradicional, é considerado neutro, apolítico, isto é, um ramo do poder que decide segundo critérios técnicos, despreocupado com as conseqüências que suas decisões possam produzir na sociedade, desde que estejam de acordo com a letra da lei. Um ramo do poder que meramente aplica a lei, da forma mais fiel possível aos desígnios do legislador.

A lei, na concepção liberal, destinava-se apenas a positivizar disposições de Direito Natural, supostamente gravadas na natureza humana e por isso objeto de consenso social. Neste ambiente, o Poder Judiciário poderia até ser considerado politicamente neutro, já que aplicava apenas regras derivadas da natureza humana e positivadas pelo Estado, da maneira mais fiel possível ao legislador (juiz como “boca da lei”). Entretanto, a partir do fenômeno do crescimento do Estado, verificado desde o século XIX, a lei deixou de ser mero reflexo do Direito Natural, passou a ser definida pelo aspecto formal (lei é a que resulta do processo legislativo regular, independentemente de seu conteúdo), e passou a espelhar os desejos da maioria, expressos por meio de representantes reunidos em parlamentos de composição heterogênea. Neste novo cenário, a lei passou a traduzir opções políticas, explicitadas em disposições estabelecidas segundo o desejo da maioria, a partir da consideração de vários caminhos possíveis, em matérias geralmente distantes do conteúdo do Direito Natural.

Ora, se o conteúdo da lei passa a ser dotado de uma carga político-ideológica, na medida em que reflete não o Direito Natural, mas a vontade da maioria, é claro que o Poder Judiciário, ao interpretar as normas para solucionar casos concretos, enfrenta a questão de fixar o verdadeiro alcance de regras que traduzem opção política. Neste sentido, o Poder Judiciário, quando aplica uma norma, pode fazê-lo de modo a efetivar o desejo político do legislador, ou, interpretando ampliativamente, ir até mais longe no rumo escolhido, ou ainda, interpretando a norma restritivamente, implementar o preceito com menos força do que

a pretendida originalmente pelo legislador.

O que se verifica, em suma, é que o juiz sempre completa o trabalho do legislador ao aplicar uma norma, mas o espaço para isso varia enormemente. É pequeno na interpretação da lei consensual, costumeira, ou que apenas positiva o Direito Natural. E é enorme na interpretação da lei que traduz opção política e expressa a vontade da maioria, com a pretensão de determinar de forma inovadora o comportamento social, conforme ocorre frequentemente no seio do Estado intervencionista.

Destarte, o Estado contemporâneo, que legisla a respeito de tudo, inclusive matérias de conteúdo controvertido, coloca frequentemente o julgador na contingência de aderir ao “programa” traçado pelo legislador ou dele se afastar. Mesmo quando o juiz se pretende neutro, e aplica as normas segundo uma interpretação bastante literal do texto elaborado pelo legislador, sem grandes considerações a respeito das conseqüências políticas de sua decisão, ainda assim age politicamente, tendo em vista que desse modo adere à opção política do órgão legislativo. Se a norma traduz opção política, tem conteúdo político; e mesmo a sua aplicação literal, pretensamente neutra, nos exatos termos previstos pelo legislador, não deixa de ser uma atitude política. Assim, a atividade judicial é política por seu objeto e suas conseqüências, independentemente da vontade dos magistrados que a desempenham.

Entretanto, para saber como se encaixam as atribuições políticas dos órgãos do Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal brasileiro, dentro das funções do Estado, é preciso primeiro examinar o que vêm a ser as funções do Estado, especialmente a denominada função política.

MARCELLO CAETANO lembra que a palavra função tem diferentes significados, e pertence ao vocabulário tanto da Matemática quanto da Biologia e das Ciências Sociais. Mesmo no campo mais restrito da Ciência Política traduz diferentes conteúdos. Uns chamam de funções os fins do Estado (segurança, bem-comum); outros assim designam as tarefas que o Estado deve desempenhar (policciamento, ensino). Para ele, CAETANO, a função do Estado é uma “actividade específica, complementar de outras actividades também específicas cujo exercício coordenado é indispensável à produção de certo resultado.”³

JORGE MIRANDA⁴, a seu turno, vislumbra a existência de dois sentidos distintos para a expressão “função do Estado”. No primeiro sentido, função como tarefa, significa

³ CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 148.

⁴ MIRANDA, *Funções do Estado*, p. 85-86.

uma incumbência do Estado, algo por fazer, correspondente a certa necessidade coletiva, e traduz um princípio ou uma tentativa de legitimação do exercício do poder. O termo quase se confunde com objetivo, fim, finalidade do Estado. Neste sentido o empregamos quando dizemos: “a função do Estado é promover o bem-estar da coletividade”. No segundo sentido, função como atividade, função corresponde aos atos que o Estado constante e repetidamente desenvolve, em harmonia com as regras que o condicionam e conformam. Adotamos este sentido quando dizemos que “a função de julgar, no Brasil, é exercida predominantemente por juízes e tribunais.”

É nesta segunda acepção, no sentido de atividade constante, desenvolvida segundo as regras que conformam o Estado, que empregamos no presente trabalho o termo “função”.

1.2. AS FUNÇÕES DO ESTADO: DE ARISTÓTELES A LOCKE.

O reconhecimento de diferentes funções estatais estabeleceu-se no pensamento humano como um elemento que – somado a outros, como o governo misto, a limitação do poder, a valorização da democracia – acabou por integrar o núcleo do constitucionalismo do século XVIII. O tema das funções estatais ganhou relevo a partir da formulação da doutrina da separação de poderes por MONTESQUIEU, mas seu desenvolvimento remonta à antigüidade. Sintetizando e simplificando, é possível atribuir a ARISTÓTELES a identificação de diferentes funções do Estado; a POLÍBIO e CÍCERO, a defesa de um governo misto, cuja pluralidade de órgãos seria benéfica, no mínimo, por assegurar maior estabilidade; e a LOCKE e MONTESQUIEU, a conjugação das duas idéias: o melhor governo se obtém quando à pluralidade de funções corresponde a pluralidade de órgãos, separados mas harmônicos.

De fato, o tema das funções estatais foi abordado pela primeira vez no século IV a.C., por ARISTÓTELES, em *A política*. Ali, apontou a existência das funções deliberativa, executiva e judicial, sem, no entanto, sugerir que seriam melhor desempenhadas se fossem atribuídas a órgãos diferentes, razão pela qual é forçoso considerá-lo mero precursor da doutrina da separação de poderes.

Segundo ARISTÓTELES, a função deliberativa “decide soberanamente da guerra, da paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, pronuncia a sentença de mor-

te, o exílio, o confisco, e examina as contas do Estado.”⁵ Ao lado desta, coloca-se a função exercida pelas magistraturas, que o próprio Aristóteles reconhece ser difícil definir, embora considere que “só se devem chamar magistraturas às funções que outorgam o direito de deliberar sobre certos assuntos, julgar e ordenar; este último ponto, sobretudo, é o que mais caracteriza a autoridade.”⁶ Suas competências vão desde cuidar do abastecimento da *polis* com víveres e administrar os prédios públicos até arrecadar tributos e executar as sentenças judiciais. Percebe-se, portanto, que as duas funções aristotélicas acima mencionadas grosso modo correspondem, por suas atribuições, às funções legislativa e executiva reconhecidas a partir do século XVIII. A terceira função apontada pelo filósofo é a de resolver conflitos, sendo que os aspectos mais importantes relacionados a esta função são a definição de quantas devem ser as espécies de juízes e o estabelecimento do modo pelo qual serão escolhidos.

Se ARISTÓTELES foi o primeiro a identificar as funções do Estado, coube a POLÍBIO, que viveu no século II a.C., o mérito de propor o chamado governo misto, tese principal de sua *História*. Segundo expôs BOBBIO⁷, em livro dedicado às formas de governo, POLÍBIO considera ideal o chamado governo misto – criado a partir de uma fusão entre as formas de governo clássicas – de que dá como exemplo a constituição romana de seu tempo, cuja organização conjuga características monárquicas (os cônsules), aristocráticas (o Senado) e democráticas (o poder da multidão, expresso nos comícios da plebe). Embora repartido o governo entre diferentes órgãos, não há em POLÍBIO – que exatamente por isto é considerado apenas precursor da doutrina de separação dos poderes – a idéia de que aos diferentes órgãos devessem corresponder diferentes funções. Basta lembrar, por exemplo, que na República romana a função de elaborar a lei era exercida (é verdade que em graus e maneiras diferentes) tanto pelos cônsules e demais magistrados, quanto pelos comícios, e a princípio até com a participação do Senado, o que à época de POLÍBIO já se convertera em mera formalidade. Como lembra MOREIRA ALVES, durante a República

“sob duas modalidades apresenta-se a lei em Roma: *lex rogata* (a proposta de um magistrado aprovada pelos comícios [...]) e *lex data* (lei emanada de um magistrado em decorrência de poderes

⁵ ARISTÓTELES, *A política*, livro VI, capítulo 11.

⁶ Ob. cit., livro VI, capítulo 12.

que, para tanto, lhe concederam os comícios).”⁸

CÍCERO, por sua vez, um século mais tarde, segue no diálogo *Da república* a mesma linha de POLÍBIO. Através das falas de Cipião, defende como alternativa melhor às formas tradicionais de governo – monarquia, aristocracia e democracia – aquela que resulta da combinação das três.

“Desses três sistemas primitivos, creio que o melhor é, sem disputa, a monarquia; mas ela é sempre inferior à forma política que resultaria da combinação das três. Com efeito, prefiro, no Estado, um poder eminente e real, que dê algo à influência dos grandes e algo também à vontade da multidão. É essa uma constituição que apresenta, antes de mais nada, um grande caráter de igualdade, necessário aos povos livres e, bem assim, condições de estabilidade e firmeza. Os primeiros elementos, de que falei antes, alteram-se facilmente e caem no exagero do extremo oposto. Assim, ao rei sucede o tirano; aos aristocratas, a oligarquia facciosa; ao povo, a turba anárquica, substituindo-se desse modo umas perturbações a outras. Ao contrário, nessa combinação de um governo em que se amalgamam os outros três, não acontece facilmente semelhante coisa”⁹.

Depois de largo intervalo, em que a questão da repartição das funções estatais perde importância – em razão, primeiro, da concentração de poderes absolutos nas mãos do imperador romano, e depois, ao longo de boa parte da Idade Média, em razão da falta de elementos básicos da noção de Estado, como território delimitado e poder soberano – as indagações acerca do tema ressurgem já na Idade Moderna, na obra do inglês JOHN LOCKE, o célebre *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, publicado em 1690. É a primeira obra que efetivamente defende a entrega das diferentes funções a diferentes órgãos do Estado.

LOCKE considera que o objetivo principal dos homens, ao ingressarem em socie-

⁷ BOBBIO, *A teoria das formas de governo*, p. 59-61.

⁸ ALVES, *Direito Romano*, vol. I, p. 22.

dade, é “desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade”, de modo que “o poder legislativo é o poder supremo em toda comunidade civil, quer seja ele confiado a uma ou mais pessoas, quer seja permanente ou intermitente”.¹⁰ Quanto às atribuições do Poder Legislativo, para LOCKE compete-lhe prescrever segundo quais procedimentos o poder social deve ser empregado para preservar a comunidade e seus membros. Basta, para isto, sua convocação temporária e periódica, de modo que os legisladores, findo seu trabalho, retornem ao seio da sociedade, evitando o risco de se converterem em uma classe distinta do resto da população. Por outro lado, se elaborar as leis é tarefa que pode ser exercida de tempos em tempos, a aplicação das leis deve ser constante, sendo necessário um Poder Executivo que tenha existência contínua. Para LOCKE, o caráter preferivelmente temporário do primeiro e necessariamente permanente do segundo é que faz com que estes poderes freqüentemente estejam separados, isto é, exercidos por pessoas diferentes. Finalmente, ainda segundo LOCKE, existe o poder de fazer a guerra e celebrar a paz, integrar ligas e alianças, e cuidar de todas as transações com pessoas e comunidades que estão fora do Estado, a que ele denomina Poder Federativo. Cabe notar que para LOCKE, fora e acima destes três poderes, existe ainda a *prerrogativa*, que ele atribui ao monarca. Isto é, o “poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele”¹¹.

Quanto à questão do exercício destes poderes, o *Segundo Tratado* já contém o elemento fundamental da doutrina da separação de poderes, que é o reconhecimento de diferentes funções estatais e sua entrega a diferentes órgãos como maneira de se chegar ao melhor governo.

“Como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momen-

⁹ CÍCERO, *Da república*, livro I, capítulo XLV.

¹⁰ LOCKE, *Segundo tratado sobre o governo civil*, capítulo XI, nº 134.

¹¹ Ob. cit., capítulo XIV, nº 160.

to de fazê-la quanto no ato de sua execução”¹².

Entretanto, o trabalho de LOCKE não traz a doutrina da separação de poderes do modo como passou para a história, pois embora reconheça três funções, uma delas não é a judicial; ademais, reparte estas três funções entre apenas dois órgãos: o parlamento, encarregado da função legislativa, e o monarca, encarregado das funções federativa e executiva, além de ser dotado de um direito de prerrogativa.

Assim, em apertada síntese, é possível afirmar que as funções do Estado são preocupação antiga, já referida em ARISTÓTELES, e a existência de diferentes órgãos é defendida desde o governo misto elogiado por POLÍBIO. Mas a combinação das duas noções, *funções diferentes entregues a órgãos diferentes* é idéia bem mais recente, que consta do trabalho de LOCKE e cuja formulação mais conhecida e ainda hoje formalmente aceita surgiu apenas no século XVIII, em *Do espírito das leis*, de MONTESQUIEU.

1.3. A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES: MONTESQUIEU.

Até o século XVIII, embora as funções legislativa, executiva e judicial do Estado já tivessem sido identificadas por ARISTÓTELES, embora a separação do poder estatal entre diversos órgãos já tivesse sido defendida por POLÍBIO e CÍCERO, e embora LOCKE já tivesse tentado uma síntese que combinasse as duas noções, coube a MONTESQUIEU a formulação da doutrina da separação de poderes tal como difundida pelo mundo, e que por isto mesmo estabeleceu-se marcada por idéias do francês, como a nomenclatura dos ramos do poder, o bicameralismo do legislativo, a independência judicial.

A idéia de se entregar funções diferentes a órgãos diferentes e especializados, como mecanismo de contenção do poder, de modo a forçá-los a agir de concerto, possibilitando assim que o poder detivesse o poder, só poderia mesmo ter surgido quando o problema da limitação do poder estatal tornou-se agudamente relevante. Em contraste com o que ocorria ao longo de boa parte da Idade Média, desde o século XV os monarcas europeus desfrutaram de poder cada vez maior, sendo que o século XVIII pode ser considerado o apogeu do absolutismo real. Não sem causar profundos descontentamentos. Apesar do fenômeno do “despotismo esclarecido” de alguns monarcas versados nas idéias iluministas, como Dom

¹² Ob. cit., capítulo XII, nº 143.

José, em Portugal, Catarina, na Rússia, e Frederico II, na Prússia, já se evidenciava por toda parte a necessidade de regras destinadas a condicionar a certos princípios o exercício do poder. O final do século XVIII veio a ser o momento histórico que marcou o começo do declínio do poder real, com as revoluções liberais de Estados Unidos e França.

Bastante compreensível, portanto, que os pensadores da época fossem particularmente preocupados com a questão da limitação do poder, seja através de declarações de direitos fundamentais que contivessem os impulsos tirânicos do monarca, seja através da repartição de competências entre os diversos ramos do poder de modo a permitir que cada ramo controlasse os demais.

Aliás, abre-se parêntesis para desde logo lembrar a distinção entre separação de poderes e repartição das funções do Estado, mencionada, entre outros, por LOEWENSTEIN¹³ e BURDEAU¹⁴. O poder do Estado é uno, indivisível, é o poder político da sociedade entregue à personificação da comunidade política, à instituição que o detém predominantemente. Neste sentido, não cabe falar em separação de poderes, pois não se pode separar o que é uno por sua própria natureza, indivisível em sua essência. Já as funções estatais – as atividades específicas e coordenadas, indispensáveis à produção de certos resultados, que têm por objetivo a consecução de certos fins – podem ser separadas e entregues a órgãos diferentes do Estado. Por isto, o que a doutrina de MONTESQUIEU separa são as funções, e não o poder uno e indivisível do Estado. Entretanto, a expressão “separação de poderes”, se não é tecnicamente a mais adequada, tem a seu favor a consagração pelo uso, razão pela qual será utilizada com o sentido tradicional de repartição das funções do Estado entre seus diferentes órgãos, e em especial entre os órgãos de cúpula de cada um dos ramos do poder.

Retomando o raciocínio, em um ambiente politicamente caracterizado pelo absolutismo é que a separação de funções, ou separação de poderes, como ficou conhecida, foi formulada como doutrina.

Coube o mérito da síntese a MONTESQUIEU. Com efeito, embora todos os elementos da separação de poderes já tivessem sido vislumbrados por autores diversos, de ARISTÓTELES a LOCKE, faltava a formulação final da doutrina, alcançada no capítulo “Da Constituição da Inglaterra”, de *Do espírito das leis* (livro XI, capítulo VI). Nele MONTESQUIEU, embora tenha publicado sua obra maior em meados do séc. XVIII, des-

¹³ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, p. 55-56.

¹⁴ BURDEAU, *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*, p. 214.

creve a organização política inglesa existente no início daquele século, apontando a tripartição das funções estatais e sua atribuição a três órgãos distintos¹⁵. Ao contrário dos antigos, que destacavam a estabilidade como mérito fundamental de uma boa organização do Estado, a vantagem básica da separação de funções descrita por MONTESQUIEU era a possibilidade de controle do poder que ela oferecia.

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”¹⁶

Ao tratar isoladamente de cada um dos poderes, MONTESQUIEU menciona que o legislativo deve ser entregue a duas casas diferentes, sendo uma composta de representantes do povo, e outra de representantes da nobreza. Devem trabalhar separadas, defendendo, cada uma, seus próprios interesses. Quanto ao poder executivo, “deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um só do que por muitos”¹⁷. E, quanto

¹⁵ Passamos aqui ao largo da polêmica a respeito do fato de MONTESQUIEU ter publicado em 1748 um livro descrevendo a organização política da Inglaterra da primeira década do século XVIII, bastante diferente da situação inglesa na época da publicação. Estaria MONTESQUIEU mal informado, com dados atrasados em mais de trinta anos, ou propositadamente fingiu não saber que a política inglesa mudara, apenas para disfarçadamente elogiar, na França absolutista, um modo de limitação do poder feito mediante repartição das funções estatais?

¹⁶ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, livro XI, capítulo VI.

¹⁷ MONTESQUIEU, ob. cit., loc. cit..

ao judiciário, “não deve ser outorgado a um corpo permanente mas exercido por pessoas extraídas do seio do povo num certo período do ano, do modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.”

Por outro lado, pela própria visão de um poder judiciário temporário, composto de homens do povo – idéia que aproxima este poder mais do júri de inspiração inglesa que do juiz togado funcionário do Estado – e pelo fato de naquela época se considerar que o julgador deveria se limitar a aplicar a lei do modo mais fiel possível à vontade do legislador, este poder era tido por MONTESQUIEU como nulo, de certa forma. No arranjo idealizado por ele, e não discrepante do consenso da época, caberia ao juiz o papel de fiel e submisso intérprete da lei. Assim, deveria simplesmente aplicar a norma ao caso concreto, de forma que explicitasse (e jamais substituísse) a vontade do legislador. Na doutrina clássica, por mais que se fale em tripartição do poder, a divisão não é equânime. Os três ramos do poder não são iguais, pois há, em última análise, uma certa preeminência do legislativo¹⁸.

Sendo assim, como para MONTESQUIEU o judiciário não participa do aspecto político do funcionamento do Estado, “restam apenas dois, e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir este efeito.”¹⁹ Portanto, ao judiciário não cabe o papel de árbitro no conflito entre os outros ramos do poder. Quanto ao legislativo e executivo, atuam um sobre o outro através de duas faculdades descritas por MONTESQUIEU: “chamo *faculdade de estatuir* o direito de ordenar, por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo de *faculdade de impedir* o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro”²⁰. Eis como MONTESQUIEU resume o funcionamento do sistema de repartição das funções estatais proposto:

“O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo.

Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles serão obri-

¹⁸ Conforme aponta FERREIRA FILHO, *Constituição e governabilidade*, p. 43.

¹⁹ MONTESQUIEU, ob. cit., loc. cit..

gados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo”²¹.

Entretanto, como lembra MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO²², a doutrina de MONTESQUIEU popularizou-se de modo simplificado e até certo ponto infiel ao pensamento do autor. Por conta da simplificação, ainda se encontra quem entenda que a separação de funções é absoluta, e que cada Poder exerce apenas suas atribuições típicas, sem invadir a esfera de atuação em tese reservada aos outros dois. Como se o Legislativo apenas legislasse, ou o Judiciário apenas julgasse. Atualmente, contudo, admite-se que, ao lado das atribuições típicas, cada poder exerce outras, que nominalmente pertenceriam à esfera de competência de um dos outros ramos. Isto ocorre, por exemplo, quando o judiciário disciplina a atividade dos funcionários dos tribunais, ou quando o executivo estabelece normas de caráter geral e abstrato, através da edição de regulamentos²³. São as chamadas *funções atípicas* de cada poder.

Mesmo sem a simplificação de considerar absoluta a separação das funções estatais, posição radical que nem o próprio MONTESQUIEU defendeu, ainda assim é forçoso admitir que a doutrina da separação de poderes, nos moldes em que foi proposta, é inadequada para o Estado contemporâneo, porque foi concebida antes de mudanças tão relevantes como a universalização do direito de voto e o surgimento dos partidos políticos. Prova dessa inadequação é o fato da doutrina ter mudado constantemente desde seu surgimento.

1.4. A DOCTRINA POSTA EM PRÁTICA: A REPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS A PARTIR DA INDEPENDÊNCIA NORTE-AMERICANA.

São bastante conhecidos o intercâmbio de idéias e a coincidência de objetivos que uniram França e Estados Unidos no final do século XVIII, sendo a ajuda militar prestada às tropas americanas rebeladas contra a Coroa inglesa apenas o exemplo mais lembrado²⁴. Talvez por isto tenha começado justamente pelos Estados Unidos a aplicação e propagação

²⁰ MONTESQUIEU, ob. cit., loc. cit..

²¹ MONTESQUIEU, ob. cit., loc. cit..

²² FERREIRA FILHO, *Constituição e governabilidade*, p. 43.

²³ CF/88, respectivamente artigo 96, I, “a” e artigo 84, IV.

²⁴ NEVINS e COMMAGER (*Breve história dos Estados Unidos*, p. 106), ao enumerar os aspectos favoráveis à vitória da insurreição contra a Coroa britânica para conquista da independência, lembram que “depois de 1778, uma outra vantagem foi a aliança com a França, que ansiava por se vingar da Inglaterra – uma aliança que significou homens, dinheiro, encorajamento e, no momento crucial, o comando do litoral.”

da doutrina da separação de poderes.

Na verdade, a separação de poderes, desde que elaborada teoricamente em *Do espírito das leis*, jamais deixou de ser revista e adaptada. Esta é, talvez, a principal razão que possibilitou à doutrina ter uma duração tão longa no tempo. A separação de poderes permanece porque muda. Sua consagração no plano da realidade aconteceu pela primeira vez nos Estados Unidos, onde a doutrina foi adaptada e incorporada à Constituição de 1787. E a separação de funções norte-americana já é bastante diferente daquela proposta por Montesquieu.

A leitura norte-americana de MONTESQUIEU modificou o arranjo das funções estatais e redistribuiu os poderes através de várias alterações levadas a efeito sobre o paradigma. Por exemplo, substituiu o veto absoluto do executivo no processo legislativo por um veto superável pela vontade de dois terços dos congressistas, e encarregou (implicitamente, é verdade) o Poder Judiciário, através da Suprema Corte, e não a câmara alta do Legislativo, de resolver os conflitos entre os principais órgãos de poder. E ainda, no campo específico da jurisdição, a interpretação que prevaleceu da Constituição norte-americana autorizou o Poder Judiciário a controlar a constitucionalidade das leis, atribuição jamais imaginada por MONTESQUIEU para esse ramo do poder.

Na visão norte-americana, mesmo em teoria o Poder Judiciário já era imaginado dotado de funções políticas de suma importância, conforme defendiam HAMILTON, MADISON e JAY em *O federalista*, ao tratar da necessidade de impor limites ao Poder Legislativo:

“Limitações desta natureza [à autoridade legislativa] somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis.”²⁵

E a prática política norte-americana outorgou ainda mais força ao Judiciário. Isto ocorreu, sobretudo, desde que a Suprema Corte dos Estados Unidos alargou consideravelmente os próprios poderes, ao interpretar ampliativamente o lacônico artigo III da Consti-

tuição norte-americana. Nos Estados Unidos, o poder quase nulo atingiu o *status* de igualdade em relação aos seus dois congêneres, afastando-se do modelo baseado na supremacia da lei imaginado por MONTESQUIEU.

Já em França, a trajetória da doutrina foi outra. Incorporada à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a separação de poderes ganhou o mundo. O art. 16 da Declaração condena: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”. Entretanto, a separação consagrada em França difere profundamente daquela construída pela Constituição dos Estados Unidos.

É preciso lembrar a desconfiança que predominou na França revolucionária em relação aos juízes. Primeiro, porque antes da revolução de 1789 o sistema judiciário francês não era centralizado, e a jurisdição era exercida, em cada região, por um *parlement*. Como ensina FERREIRA FILHO²⁶,

“a grande força do Parlamento estava em que as *ordonnances* reais, as leis editadas pelo monarca, só se tornavam obrigatórias na sua área de jurisdição depois de registradas por ele. Tal registro podia ser recusado, ou melhor, ‘adiado’ por tempo indeterminado, se a Corte tivesse objeções contra o que nele se dispunha.”

Esta situação gerava descontentamento inclusive porque certas normas reais podiam ser registradas e aplicadas em partes do território francês, mas permanecerem ineficazes em outras.

“O registro – é certo – podia ser imposto pelo rei. Isso, entretanto, reclamava uma pomposa cerimônia (...). Evidentemente a realização de tal cerimônia era desgastante politicamente, vista até como humilhante pelo monarca, e, por isso, de modo geral evitada. Preferia o rei, neste caso, negociar com o tribunal, mudando algumas normas, ou comprando (literalmente) votos, ou intimidá-lo,

²⁵ HAMILTON, MADISON e JAY, *O federalista*, nº 78.

²⁶ FERREIRA FILHO, *A democracia no limiar do século XXI*, p. 130.

por exemplo, exilando alguns de seus membros.”²⁷

Além disso, até a Revolução de 1789 os cargos na magistratura francesa eram vendidos e comprados livremente, por quem tinha posses, independentemente de concurso público ou da existência de qualquer qualidade necessária ao bom exercício da judicatura (o próprio MONTESQUIEU herdou, e depois vendeu, um cargo de magistrado que fora antes de seu avô e de seu tio pelo lado paterno). Na prática, portanto, os juízes eram representantes da camada mais abastada da população. Representavam exemplarmente, em larga medida, tudo o que a revolução acabava de derrubar.

É bem verdade que, LOEWENSTEIN, por exemplo, lembra que atualmente já não se vê de forma tão negativa este período:

“En Francia prerrevolucionária se compraba el cargo de juez. La riqueza, base socioeconómica de la clase alta, era considerada como requisito para formación de una élite cultural y ésta, a su vez, se consideraba como garantía de una jurisprudencia imparcial. En virtud de esta situación el estrato superior del personal judicial en los *parlements* se convirtió en una auténtica nobleza del cargo (*noblesse de la robe*), con derechos legítimos y hasta hereditarios. Los *parlements* funcionaron no sólo como uno de los pocos controles interórganos frente al absolutismo monárquico, sino que dieron a Francia también una jurisprudencia que no fue, en absoluto, la peor realización del *ancien régime*. La historia ha atenuado con el tiempo el duro juicio de la Revolución; la compra del cargo no significó, necesariamente, la compra del juez.”²⁸

De qualquer maneira, o repúdio revolucionário trouxe influência sobre a evolução da separação de poderes no país, a ponto de ainda hoje, em França, negar-se aos juízes o poder de apreciar a constitucionalidade das leis, ou mesmo suscitar essa apreciação perante o Conselho Constitucional, depois de a norma ter entrado em vigor.

²⁷ Ob. cit., loc. cit..

²⁸ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, p. 297-298.

Também na Inglaterra o arranjo descrito por MONTESQUIEU não perdurou. Como é sabido, MONTESQUIEU descreveu em meados do século XVIII (publicou *Do espírito das leis* em 1748), no célebre capítulo sobre a Constituição da Inglaterra, a organização do Estado que vigorava lá no início do século, e que desde então já havia sido bastante modificada. Ou seja: ao mesmo tempo em que a doutrina da separação de poderes era formulada e aplicada na França e nos Estados Unidos, a situação que inspirou sua elaboração foi sofrendo alterações, pouco a pouco, na Inglaterra. Ali, por volta de 1780 o parlamentarismo já funcionava sem independência efetiva entre o Parlamento e o Governo²⁹, em um sistema de colaboração, e não de separação de poderes.

Em síntese, pelos exemplos mencionados – Estados Unidos, França, Inglaterra – percebe-se que a separação de poderes jamais deixou de passar por modificações no plano da realidade, de se adaptar a novas exigências, de se transformar (e até se descaracterizar) para enfrentar novas dificuldades.

1.5. FUNÇÕES ESTATAIS E PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL.

Tantas e tão profundas foram as mudanças na doutrina original que a própria expressão “separação de poderes” só faz sentido se entendida como uma expressão cambiante, que variou de significado ao longo do tempo, assim como ocorreu com diversos outros vocábulos: liberdade, ditadura e democracia, por exemplo.

Esta mudança no significado da separação de poderes decorreu da mudança do papel do Estado, embora tenha sido preservado o cerne da doutrina, que é repartir as funções estatais entre diversos órgãos para permitir que o poder detenha o poder.

Se a doutrina da separação de poderes, mesmo no século XVIII, jamais foi aplicada rigorosamente nos moldes da teoria de MONTESQUIEU, a partir de meados do século XIX o conhecido fenômeno do crescimento do papel do Estado tornou indispensáveis alterações ainda mais profundas no modelo tradicional.

Com a evolução da sociedade mudou o papel do Estado, e por isso o papel da lei também teve que mudar. Em lugar de norma destinada a positivar disposições justas, que já existiam implicitamente no Direito Natural, e que eram descobertas pelo uso correto da ra-

²⁹ Cf. FERREIRA FILHO, *O parlamentarismo*, p. 5-7.

ção – concepção liberal – a lei passou a ser a expressão da vontade da maioria, capaz de traduzir uma opção política e eventualmente de servir como instrumento indutor de mudança. Ganhou importância o aspecto formal (lei é toda aquela que for aprovada segundo o processo legislativo correto) em detrimento do conteúdo (só é lei aquela que explicitar o Direito Natural).

Nesse contexto, o Direito Público passou por uma grande transformação a partir do século XIX. A opção política em favor de uma participação maior do Estado em campos outrora deixados para a iniciativa privada gerou a necessidade de um número muito maior de leis. Quando as leis serviam apenas para limitar o poder do Estado, com o objetivo de proteger o cidadão de uma interferência excessiva, algumas poucas regras bastavam. Essas normas estabeleciam basicamente obrigações negativas, isto é, condutas que o Estado devia se abster de praticar, de modo a deixar a maior parte das atividades humanas livre aos agentes privados. Mas em um momento posterior, quando as leis passaram a exigir a atuação do Estado para transformar a realidade, sobretudo nos campos econômico e social, muitas outras regras se fizeram necessárias para delimitar até que ponto a intervenção estatal – uma verdadeira aberração, sob a ótica liberal – poderia chegar. Quanto mais atribuições foram dadas ao Estado, mais sua atividade teve que ser regulada para não permitir que resvalasse para o arbítrio. Por isso o número de leis cresceu, assim como cresceu o grau de pormenorização de suas disposições.

Esta verdadeira inflação normativa ocorreu em todo o mundo ocidental, mas talvez mostre sua face mais perversa nos regimes presidencialistas. O Poder Legislativo, cuja estrutura pouco mudou desde o século XVIII, não consegue desempenhar a contento a função de elaborar a lei, principalmente porque a maneira tradicional de deliberar, através de votações sempre precedidas de longos debates entre centenas de parlamentares, consome tempo excessivo em relação às necessidades da vida contemporânea. Por toda parte, inclusive no Brasil, o Poder Executivo paulatinamente assumiu (de forma mais ou menos abrangente) a função de legislar³⁰. Obviamente porque o Poder Executivo, centralizado nas mãos de uma só pessoa – o Presidente da República – consegue deliberar com maior celeridade.

Mesmo no parlamentarismo não é raro o governo definir um projeto de lei e este ser referendado pelo parlamento sem maiores discussões, em razão do número expressivo de

projetos em tramitação, o que transfere informalmente para o governo parte da função legislativa.

No campo específico do Poder Judiciário, o crescimento do papel do Estado a partir do século XIX trouxe importantes mudanças. Segundo CAPPELLETTI³¹, a implementação completa das normas que estabelecem os direitos sociais exige e implica juízes mais ativos. Até mesmo no plano legislativo, mais e maiores atribuições foram conferidas ao Judiciário, exatamente para que desempenhasse com desenvoltura seu papel político. E, naturalmente, quando o juiz deixa de agir como “boca da lei” e passa a atuar de forma política (seja para possibilitar o reconhecimento e a efetivação mais ampla e célere dos direitos sociais, seja para, pelo contrário, reacionariamente conceder *minus quam voluit* o legislador), exerce atribuição deliberativa, normalmente da competência do Poder Legislativo, mas exercida igualmente de modo atípico – à luz da separação de poderes tradicional – pelo Poder Executivo e, como se vê, pelo Judiciário. A função legislativa do Poder Judiciário, função de criação do direito, é notada mais claramente a partir do momento em que ele começa a aplicar uma legislação cada vez mais “social” e intervencionista.

Além da mudança no papel do Estado e da lei em relação à sociedade, não menos importante foi a difusão do sistema parlamentarista de governo, paralelamente à decadência do poder real, com a transformação das monarquias em monarquias “constitucionais”. Termo, aliás, usado eufemisticamente para justificar o fato de continuar sendo chamada de monarquia uma forma de governo que, na verdade, é aristocrática, pois o governo é exercido pelo parlamento, eleito por cidadãos (com todas as restrições que o termo contém no século XIX), e não pelo monarca. Isto porque, como geralmente se admite, no sistema parlamentarista não há verdadeira separação, mas antes colaboração entre poderes. Prefere-se até, em algumas Constituições – em lugar das tradicionais denominações: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário –, o uso de referências a Parlamento, Governo,

³⁰ FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 118.

³¹ CAPPELLETTI, em livro instigante (*Juízes legisladores?*, p. 42) ressalta a mudança do papel do juiz decorrente do abandono da concepção liberal da lei: “É manifesto o caráter acentuadamente criativa da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciárias. Esta é, portanto, a poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade

Conselho de Ministros, Tribunais, Corte Constitucional.³²

Em última análise, reconhece-se que a doutrina de MONTESQUIEU, tal como concebida, não pode ser aplicada nos dias atuais, inclusive porque baseada em uma sociedade estruturada de forma substancialmente diferente das sociedades democráticas contemporâneas. De fato, MONTESQUIEU pressupõe uma repartição do poder entre povo, nobreza e monarca, mas esta base sociológica é inaplicável até mesmo às monarquias atuais, que se definem como monarquias constitucionais, isto é, limitadas por uma constituição, nas quais o papel do monarca difere profundamente daquele que desempenhava no século XVIII.

Deste modo, não só por causa da mudança do papel do Estado, mas também em razão da adoção, por toda a Europa, do sistema de governo parlamentarista, tornou-se necessária a revisão da doutrina de MONTESQUIEU. A evolução da separação de poderes no plano da prática política exigiu a reformulação da separação de poderes no plano teórico.

1.6. FUNÇÕES ESTATAIS: TEORIAS DO SÉCULO XX

A partir das mudanças por que passou o Estado desde o século XIX, ficou evidente que cada um dos poderes clássicos, ao lado de sua função típica, que justifica o nome que recebe, exerce outras, que a rigor pertenceriam às atribuições dos outros ramos do poder estatal. Assim, o ramo que normalmente fica encarregado de legislar recebe o nome de Poder Legislativo, mas isto indica apenas parte de suas atribuições: se for analisado, por exemplo, o caso brasileiro, ver-se-á que o Congresso Nacional, reunido ou separado em suas Casas, tem atribuições que a rigor pertenceriam aos chamados Poderes Executivo e Judiciário. É o que ocorre, por exemplo, quando a Câmara dos Deputadas compra materiais e dá andamento a reforma nas suas instalações (função executiva) ou quando o Senado Federal processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (função judicial). Por outro lado, os outros ramos do poder também participam em alguma medida da atividade de legislar, como fazem os tribunais quando disciplinam os serviços de suas secretarias, ou o Presidente da República, quando edita regulamentos. De modo que até a designação tradicional dos ramos do poder se mostra inadequada, se observadas as funções que

dos juízes.”

³² Por exemplo, a Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental alemã de 1949 e a Constituição francesa de 1958.

de fato cumprem.

As constituições vigentes nas democracias presidencialistas – ainda que consagrem nominalmente a separação de poderes tradicional – conferem na prática atribuições de natureza variada aos diversos órgãos de poder, independentemente do nome que tenham. Adaptam, desse modo, adaptando a teoria às necessidades cotidianas, exatamente como fizeram os Estados Unidos já no século XVIII. Isso, repita-se, geralmente sem renunciar a um apego formal e retórico à separação de poderes³³.

Seja como for, separar as funções do Estado, repartindo-as entre órgãos diversos, ainda é um meio bastante seguro de conter o arbítrio dos detentores do poder. Como apontou ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ³⁴,

“o essencial da doutrina da ‘separação de poderes’ está em que, se quiser constituir um Estado respeitoso das liberdades, é mister dividir o exercício do poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos capaz de conter os poderes e fazê-los andar ‘de concerto’”.

Constatada a conveniência, que permanece, de se efetuar a divisão das funções do Estado entre diversos órgãos – e ainda que atualmente esta divisão se faça de modo bastante diferente da versão popularizada da doutrina de MONTESQUIEU – alguns autores do século XX se esforçaram para identificar de modo original as funções do Estado, para retratar melhor as reais condições políticas vivenciadas. Como apontou JELLINEK,

“todas las divisiones de las funciones del Estado, debidas a escritores de importancia, revelan que, al hacerla, tuvieron presente el estado concreto de su época y abstrayeron después, de las actividades observadas, una doctrina general”.³⁵

Não por acaso, portanto, a análise das observações feitas a respeito do tema, por au-

³³ Como é o caso da CF/88, que inclusive dá à separação de poderes o *status* de cláusula pétrea, transformando-a em disposição normativa que não pode ser abolida, ainda que possa ser modificada em seus termos e alcance pelo Poder Constituinte derivado (art. 60, § 4º, III).

³⁴ FERRAZ, *Conflicto entre poderes*, p. 13.

tores do século XX, permite identificar no pensamento de todos eles a rejeição da tradicional tripartição das funções, porque é inaplicável ao Estado contemporâneo nos termos em que foi originalmente proposta.

1.6.1. Funções do Estado em Kelsen.

HANS KELSEN³⁶, debruçando-se sobre a questão das funções do Estado, vislumbrou a existência de apenas duas. Para ele, a tradicional divisão tripartida peca de início por distinguir a função executiva da judicial, sendo que para KELSEN ambas são na essência a mesma coisa: juntas compõem a função que ele designa como função de aplicação do Direito. Apenas se distinguem por aspectos acessórios, como o procedimento.

KELSEN rejeita ainda, e pela mesma razão, a subdivisão que às vezes se faz da função executiva em duas, a chamada função política, na qual os órgãos executivos, sobretudo os de mais elevada hierarquia, deliberam com amplo poder discricionário, e a chamada função administrativa, feita por definição *sub legem*. Para KELSEN a distinção entre elas é meramente política, calcada na diferente importância política que separa os atos vinculados dos discricionários. Mas não há distinção jurídica, já que ambas constituem mera aplicação do Direito, eventualmente de uma norma que deixa ampla margem para a discricionariedade, mas ainda assim aplicação do Direito.

KELSEN afirma e reafirma que as funções do Estado são apenas duas. Mas não se deve pensar que, para ele, existe uma correspondência total entre a função de criação do Direito e o tradicional Poder Legislativo, ou uma coincidência absoluta entre a função de aplicação do Direito e os tradicionais Poderes Executivo e Judiciário.

Na verdade ele admite que órgãos integrantes dos ramos executivo e judicial do poder possam desempenhar, a título excepcional, função de criação do Direito, isto é, função legislativa. Isto ocorre, por exemplo, quando o Executivo veta um projeto de lei aprovado pelo órgão legislativo, ou quando um tribunal declara nula uma lei ou uma norma infralegal, pois nesses casos o governo ou o tribunal funcionam exatamente como legisladores negativos. Ocorre também quando o governo regulamenta uma determinada lei, ou quando um tribunal julga um caso e estabelece um precedente para a resolução de outros casos similares, pois – ao mesmo tempo em que resolve uma disputa concreta – cria uma norma

³⁵ JELLINEK, *Teoría general del Estado*, p. 485.

³⁶ KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*.

geral a ser observada por outros julgadores³⁷. E ao fazê-lo, o tribunal está a legislar, assim como o governo, ao expedir um decreto com disposições de caráter geral e abstrato, também está.

Para KELSEN,

“inclusive cuando la Constitución sostiene expresamente el principio de la separación de poderes, la función legislativa – una y la misma función, y no dos funciones diferentes – encuéntrese distribuída entre varios órganos, pero sólo a uno de ellos se da el nombre de ‘legislativo’. Este órgano nunca tiene un monopolio para la creación de normas generales, sino, cuando más, cierta posición de privilegio”³⁸.

Em síntese, para KELSEN os tribunais desempenham normalmente uma função de mera aplicação do Direito, e, excepcionalmente, uma função de criação do Direito, o que ocorre quando declaram uma lei ou regulamento inconstitucionais, ou quando estabelecem um precedente aplicável a um número indeterminado de casos futuros.

1.6.2. Funções do Estado em Loewenstein.

Outro autor de língua alemã radicado nos Estados Unidos a propor uma nova visão das funções estatais foi KARL LOEWENSTEIN³⁹. Depois de rejeitar a permanência da tradicional separação de funções em legislativa, executiva e judiciária, propõe uma nova divisão tripartida. Para ele, existem no Estado três funções: uma função consistente na de-

³⁷ A observação de KELSEN é aplicável sobretudo nos países cujo sistema jurídico é o da *common law*, porque neles o precedente tem papel decisivo. Mas mesmo no Brasil a observação é válida, se contemplarmos, por exemplo, os efeitos da decisão de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade, segundo o que estabelece o art. 102, § 2º da nossa Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04 (“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”), ou o art. 28, parágrafo único da Lei nº. 9.868/99, que regulamentou o procedimento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem a redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”).

³⁸ KELSEN, *ob. cit.*, p. 323.

terminação das decisões políticas fundamentais, assim consideradas as resoluções determinantes para a conformação da sociedade no presente e não raro no futuro (*policy determination*); uma função que consiste na adoção de medidas necessárias à implementação das decisões fundamentais tomadas (*policy execution*); e uma função de controle político dos órgãos estatais (*policy control*).

Nesta nova classificação tripartida LOEWENSTEIN atribui aos tribunais parte importante da função de implementar as decisões políticas fundamentais através da solução de casos concretos (*policy execution*). Esta é a atividade normal dos tribunais, e se identifica com a função que KELSEN chamara de aplicação do Direito.

Ao lado desta atribuição normal dos órgãos judiciais, os tribunais (e LOEWENSTEIN dá como exemplo a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana) podem ter também uma função de determinação das decisões políticas fundamentais. Normalmente a *policy determination* fica a cargo do Governo, do Parlamento, às vezes do próprio eleitorado. Porém, excepcionalmente também a cargo dos órgãos judiciais. Isso ocorre em pelo menos três situações: na decisão sobre o teor das cláusulas constitucionais concernentes ao relacionamento entre União e Estados-membros da federação; na proteção das liberdades civis e direitos fundamentais expressos na Constituição, preservando-os tanto de agressões por parte de outros cidadãos como por parte do Estado; e, finalmente, na valoração das escolhas políticas dos outros detentores do poder à vista do que dispõe a Constituição, sobretudo no que se refere ao alcance da competência de cada órgão. Em outras palavras, LOEWENSTEIN crê ser possível o desempenho da função de determinar as decisões políticas pelos tribunais quando eles estiverem a interpretar a Constituição, notadamente no que se refere a federalismo, direitos fundamentais e separação de poderes, isto é, no que se refere aos três mecanismos clássicos de limitação do poder estatal.

Porém, o desempenho desta função política não é aceito de forma idêntica nos três casos. Com efeito, no primeiro caso, a função de concretizar as normas constitucionais relativas ao federalismo é uma exigência lógica da forma de Estado adotada. Algum órgão tem que ser encarregado de resolver conflitos decorrentes de possíveis invasões de competência federal pelos Estados-membros ou de competência estadual pela União. Como a disciplina deste relacionamento está nas normas constitucionais, e sendo a Constituição uma lei (diferente, mas ainda assim uma lei), nada mais adequado que deixar sua concretização

³⁹ LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*.

a cargo do mais alto tribunal. Nesse primeiro caso, portanto, goza de fácil aceitação a determinação das decisões políticas fundamentais pelos tribunais.

Quando à proteção dos direitos fundamentais,

“el control judicial se mantiene en la mayor parte de los casos dentro de los límites marcados para la función de ejecutar la decisión política. La actividad de los jueces consiste aquí, fundamentalmente, sólo en la aplicación de aquellas normas que protegen las libertades civiles contra las intervenciones de la legislación y de la administración. [...] Puede ser que en esta actividad, los jueces tengan que enfrentarse con cuestiones entrañando la determinación de las decisiones políticas, aunque esto no es, en absoluto, el caso siempre.”⁴⁰

Já no terceiro caso de exercício da função de determinar as decisões políticas pelo mais alto tribunal, a aceitação é bem menos abrangente. Trata-se da possibilidade, contida em alguns sistemas jurídicos, deste tribunal atuar como árbitro em conflitos entre outros órgãos detentores de poder. É o que freqüentemente se designa como “judicialização da política”. Conforme LOEWENSTEIN expõe,

“si el control judicial se aplica a decisiones políticas, adquiere entonces el carácter de un control político por parte de los tribunales que, teóricamente, no corresponde a la función judicial. Dado que una sentencia negativa anula la ley, el control judicial puede, de hecho, ocupar el lugar de la decisión del detentador político del poder”⁴¹.

Essa possibilidade de apreciação das decisões políticas de outros detentores do poder pelo tribunal constitucional é considerada adequada ou desejável? LOEWENSTEIN parece duvidar:

⁴⁰ Ob. cit., p. 311.

⁴¹ Ob. cit., p. 312.

“Estos nuevos intentos de solucionar los conflictos políticos a través de una instancia judicial encierran considerables peligros, tanto para la judicatura como para el proceso gubernamental. Los defensores del arbitrio judicial entre los diferentes detentadores del poder hacen patente que, en un Estado de derecho, todas las acciones políticas de cualquier detentador del poder tienen que estar de acuerdo con las disposiciones constitucionales y que es una tarea legítima del Tribunal Constitucional Supremo determinar la extensión de las normas constitucionales e interpretar su contenido. Esta tesis es irrefutable. Pero, contra esto, sí se puede oponer que la intervención de los tribunales puede conducir a borrar las fronteras entre la administración de justicia y política. Los detentadores del poder, políticamente responsables – gobierno y parlamento –, están expuestos a la tentación de llevar ante el tribunal un conflicto político. Los jueces, por su parte, están obligados a sustituir las decisiones de los responsables detentadores del poder por sus juicios políticos, camuflados en forma de sentencia judicial. Instalar un tribunal como árbitro supremo del proceso del poder – y éste es el núcleo de la ‘judicialización de la política’ – transformaría, en último término, el sistema gubernamental en un dominio de los jueces [...]. Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión del tribunal no sea respetada – con perjuicio para el Estado de derecho –, o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, no es, en el fondo, sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función.”⁴²

Ou seja, LOEWENSTEIN admite que o tribunal constitucional possa exercer a fun-

ção de determinar as decisões políticas, e cita especificamente a Suprema Corte norte-americana como exemplo disto, mas não vê vantagem na entrega desta tarefa ao Poder Judiciário, à luz do princípio democrático.

1.6.3. Funções do Estado em Burdeau.

Por sua vez, GEORGES BURDEAU⁴³, ao analisar as funções estatais, sustenta que todas as atribuições podem ser exercidas mediante o desempenho de apenas duas funções: uma, a que ele denomina governamental, caracterizada pela manifestação do poder estatal de forma criadora, autônoma e incondicionada, e outra, denominada função administrativa, caracterizada por uma manifestação do poder estatal derivada, secundária e subordinada. A primeira, juridicamente livre; a segunda, determinada por atos de autoridade superior.

A função governamental, embora abranja, para o autor, atos como a atividade diplomática, e os atos praticados pelo governo enquanto órgão político, compreende fundamentalmente a elaboração da lei. Aliás, para BURDEAU, “governar é primeiramente legislar”⁴⁴, tanto que não são tecidas maiores considerações sobre os outros modos de se exercer a função política. Apenas BURDEAU ressalta o caráter meramente instrumental da lei – negando à função de legislar autonomia em relação à função governamental – ao afirmar que “a lei nada mais é que um instrumento, dentre outros, da função governamental”⁴⁵.

Seja como for, governa quem é capaz de imprimir uma orientação nova à vida nacional. Este seria, portanto, o traço fundamental da função governamental, exercida sobretudo, mas não apenas, mediante a elaboração de leis.

Quanto aos órgãos encarregados do desempenho desta função, segundo BURDEAU, desde o advento do parlamentarismo não há como se falar em um único órgão encarregado da tarefa legislativa, partilhada que é entre governo e parlamento, em razão da necessária sintonia política entre o gabinete e a maioria parlamentar. Mas não se deve pensar, por isso, que o resultado seja a concentração do poder nas mãos do grupo predominante. A direção política é una, traçada pelo partido ou coalizão majoritária, mas como é necessário que o poder detenha o poder, é necessário que ao lado de um órgão com poder de decisão haja outro órgão com poder de controle. Apenas BURDEAU não esclarece, no texto de

⁴² Ob. cit., p. 324-325.

⁴³ BURDEAU, *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*, p. 202-228.

⁴⁴ Ob. cit., p. 223: “gouverner c’est d’abord légiférer”.

⁴⁵ Ob. cit., p. 226: “la loi n’est, parmi d’autres, qu’un instrument de la fonction gouvernementale”.

1945, que órgão seria este: o próprio parlamento, o eleitorado, vários órgãos jurisdicionais, um Tribunal Constitucional?

Por outro lado, à vista da introdução do Conselho Constitucional na cena política francesa, por força da Constituição de 1958, BURDEAU já admite, em texto posterior à nova Carta⁴⁶, que a competência do Conselho Constitucional para declarar um projeto de lei inconstitucional enseja que ele possa agir exatamente como um legislador negativo, possibilidade essa já aventada por KELSEN⁴⁷. Ao agir como legislador (negativo), o Conselho Constitucional desempenha função governamental, e não mera função administrativa.

1.6.4. Funções do Estado em Caetano.

Também MARCELLO CAETANO⁴⁸, ao analisar as funções do Estado, conclui que se for examinado sobretudo seu aspecto material, relacionado ao conteúdo dos atos estatais e aos resultados almejados, verificar-se-á que, ao lado de funções jurídicas (criação e aplicação do Direito), o Estado tem outras, não-jurídicas, que ele denomina “função técnica” e “função política”, e que são desempenhadas no plano da realidade, e não no mundo do Direito, embora possam estar formuladas também juridicamente.

Para CAETANO, todas as funções são jurídicas em um certo sentido, porque todas podem constituir objeto do Direito, mas as que ele denomina não-jurídicas (função técnica e função política) têm a peculiaridade de se processarem através de atos materiais; mesmo que sejam exercidas nos termos da lei, estas funções se exercem sobretudo através de atos materiais. No dizer do autor, são aquelas funções que, “muito embora possam estar sob a alçada de normas legais ou adotar em certos casos formas jurídicas, não contêm em si mesmas criação nem execução de Direito positivo”⁴⁹. É o caso da atividade política dos órgãos superiores do Estado (função política), e o caso da prestação de serviços médicos, por um profissional habilitado, em um hospital público (função técnica). Estas funções se exercem no plano da realidade, uma além outra aquém do mundo jurídico.

Para o autor, a denominada função política é

⁴⁶ BURDEAU, *Traité de Science Politique*, IV, p. 293 e seguintes.

⁴⁷ Cf. item 1.6.1, supra.

⁴⁸ CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*.

⁴⁹ Ob. cit., p. 171.

“a actividade dos órgãos do Estado cujo objecto directo e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e a prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou soluções consideradas preferíveis”⁵⁰.

A característica marcante de função política é a liberdade de opção entre várias soluções possíveis. Já a função legislativa é definida por ele como

“a actividade dos órgãos do Estado que têm por objecto directo e imediato estatuir normas de carácter geral e impessoal inovadoras da Ordem jurídica”⁵¹.

Note-se que para o autor, do ponto de vista cronológico vem primeiro o exercício da função política (definição dos rumos), e só depois o exercício da função legislativa (positivação de normas capazes de conduzir a sociedade nos rumos escolhidos). É verdade que KELSEN diria que ambas são dois momentos da mesma função de criação do direito, pois a escolha de um rumo só se consuma quando se torna norma jurídica. E igualmente LOEWENSTEIN diria que ambas são dois momentos de uma função de *policy determination*, pois escolher rumos e positivizar normas para alcançá-los são dois momentos da adoção de uma opção política dentre várias possíveis, isto é, dois momentos da determinação das decisões políticas fundamentais. Mas CAETANO, como visto, prefere desdobrar definição de rumos e positivação de normas em duas funções estatais diferentes.

Por fim, é de se notar que CAETANO é omissos a respeito de quais seriam os órgãos estatais incumbidos das funções política e legislativa, mas é possível afirmar, pelas características dessas funções que ele menciona, que os tribunais têm oportunidade de participar tanto da definição de rumos quanto da elaboração de normas, por ocasião do exercício da jurisdição, embora não sejam os principais encarregados da tarefa. Não fazem isso normalmente, já que sua atividade normal é executiva – aplicação da lei ao caso concreto – mas certamente o fazem em determinadas situações. Exercem, portanto, uma parcela minoritária das funções política e legislativa do Estado, que em geral são exercidas preponde-

⁵⁰ Ob. cit., p. 172.

⁵¹ Ob. cit., p. 166.

rantemente pelo Parlamento, Congresso Nacional, Primeiro-Ministro, Presidente da República e outros, conforme o sistema de governo adotado.

1.6.5. Funções do Estado em Miranda.

Por sua vez, JORGE MIRANDA⁵² aponta como funções do Estado a função política, a administrativa e a jurisdicional. A função política – que se caracteriza por efetuar a “definição primária e global do interesse público”, isto é, realizar a “interpretação dos fins do Estado” e proceder à “escolha dos meios adequados para os atingir em cada conjuntura” – se subdivide em duas, a função legislativa e a função governativa ou política *stricto sensu*.

A função política em sentido amplo caracteriza-se, primeiramente, por realizar a definição do interesse público, a fixação de seu significado e alcance. É a função política do Estado que determina, com ampla liberdade, dentre todos os valores possíveis, quais estão de acordo com o interesse público e, portanto, quais merecem a proteção do Estado e devem direcionar sua atuação. Cabe à função política, também, determinar, dentre todos meios disponíveis, quais serão usados para atingir os objetivos ligados ao interesse público.

Do ângulo formal, a função política não se sujeita a prazos, dada sua liberdade de escolha, e mesmo quando há prazos estabelecidos na Constituição não há sanção para o caso de não serem observados. Existe discricionariedade ampla e liberdade de escolha do momento oportuno para agir.

Do ponto de vista orgânico, a função política é exercida por órgãos sintonizados com a forma de governo (por exemplo, órgãos democráticos quando a forma de governo é democrática), órgãos estes constitucionalmente necessários. E também sintonizados com o sistema de governo (parlamentarismo, presidencialismo), de tal modo que os órgãos encarregados da função política variam conforme as exigências do sistema adotado. Assim, a Constituição reflete o sistema ao instituir e dar os contornos da Presidência da República, do Congresso, do Gabinete, do Parlamento. Aliás, “as instituições políticas são apenas aquelas que a Constituição cria (...) e, em cada caso, em sintonia com a forma e o sistema de governo constitucionalmente consagrados”⁵³. Além disso, havendo pluralidade de órgãos encarregados dessa função, o relacionamento entre eles não se dá em termos de hierarquia;

⁵² MIRANDA, *Funções do Estado*, p. 92-95.

⁵³ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, p. 28.

apenas, quando for o caso, em termos de responsabilidade política.

Quanto aos atos praticados no exercício de função política, são atos políticos, ora do povo (eleições, plebiscitos, referendos), ora emanados dos órgãos políticos (leis, regimentos internos). E, sem se referir aos demais órgãos do Poder Judiciário, pelo menos quanto ao Tribunal Constitucional de Portugal JORGE MIRANDA admite que ele se equipara aos órgãos competentes para exercer a função política:

“Um verdadeiro tribunal constitucional – como o nosso – integra-se inteiramente na categoria dos tribunais, pela sujeição ao princípio do pedido, por questões jurídicas tanto poderem ser questões concretas como abstractas, pelos critérios jurídicos de decisão e pelo estatuto dos juízes. Mas distingue-se dos restantes tribunais, pela sua relação imediata com a Constituição (com poderes de interpretação vinculativa conforme, na fiscalização concreta), por nele avultar um controlo dirigido aos órgãos de função política e por a sua autoridade se pôr a par da autoridade destes órgãos”⁵⁴.

⁵⁴ MIRANDA, *Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional*, p. 94-95.

CAPÍTULO 2 – A FUNÇÃO POLÍTICA

2.1. CONCEITO DE FUNÇÃO POLÍTICA.

O que se expôs no capítulo anterior demonstra a insuficiência da separação de poderes tradicional para abarcar todas as atribuições do Estado contemporâneo, bastante ampliadas em relação às daquelas do Estado liberal do século XVIII.

A esta altura, e passando ao largo das inúmeras divergências de perspectiva na obra dos autores examinados, e das importantes diferenças entre as classificações propostas por eles, mostra-se recorrente a identificação de um momento, na atividade do Estado, em que seus principais órgãos estão livres para optar, subordinados apenas a disposições constitucionais, geralmente versadas em termos bastante vagos. Os autores não são unânimes ao indicar a qual das funções do Estado pertence essa atividade, nem são unânimes ao indicar quais órgãos estatais podem exercer essa função, e nem mesmo concordam quanto ao grau de liberdade em relação ao texto constitucional de que o órgão de Estado desfruta. Mas todos os autores convergem para a existência de uma função do Estado que consiste exatamente em optar por um dentre vários (ou pelo menos dois) caminhos possíveis.

Por outro lado, desde muito tempo percebeu-se que algumas das atribuições do Estado não podem ser comodamente enquadradas em nenhuma das três funções tradicionais. É o que aponta, por exemplo, NUNO PIÇARRA:

“a idéia de uma actividade ou função estadual não redutível ao Direito, de natureza essencialmente política, não deixou de se fazer sentir paulatinamente ao longo do século XIX, mesmo quando a expressão por excelência do poder do Estado era realmente a lei.”⁵⁵

⁵⁵ PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 250.

E, conquanto muitos autores incluíssem a função de direção política do Estado no âmbito da função legislativa, elas não se confundem. Conforme o mesmo PIÇARRA,

“a verificação da existência, em qualquer Estado, de uma indelével função política, com as características apontadas, veio demonstrar, simultaneamente, que dentre as formas ou meios de prossecução dessa função avulta a legislação. Isto tem levado um número muito significativo de autores a desautorizar a função legislativa – considerada durante muito tempo como a função estadual central, por referência à qual as outras eram delimitadas –, incluindo-a na função política como sua espécie.”⁵⁶

PIÇARRA indica como exemplos de tal atitude as obras de BURDEAU e JORGE MIRANDA. A estes exemplos pode ser acrescentado o da função legislativa ou criadora de direito de KELSEN.

Contudo, e a despeito da opinião destes juristas, a correspondência entre optar em temas fundamentais (função política) e legislar (função legislativa) não parece absoluta. É bem verdade que quando o órgão estatal encarregado de optar o faz, normalmente deve externar sua opção mediante um ato jurídico, não raro mediante a edição de uma norma. Assim, freqüentemente, ao exercício da função política segue-se, por parte do mesmo órgão, o exercício de uma função legislativa. Por exemplo, quando o Congresso Nacional delibera sobre um determinado assunto e aprova um projeto de lei referente ao tema ou ainda quando o Presidente da República sanciona este mesmo projeto, convertendo-o definitivamente em lei. Nestas hipóteses, à deliberação sobre o que fazer seguiu-se a produção do ato normativo correspondente. Sendo freqüente esta associação, freqüentemente se considera a função de optar e a de legislar como sendo uma só. Entretanto, imagine-se que diante da possibilidade de se transferir temporariamente a sede do Governo Federal, o Congresso Nacional⁵⁷ decidisse não o fazer, isto é, rejeitasse projeto de lei neste sentido. Nesse caso,

⁵⁶ Ob. cit., p. 254.

⁵⁷ CF/88, artigo 48: “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (...) dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) VII – transferência temporária da sede do Governo Federal”.

ao exercício da função política (transferir ou não a sede do Governo) não se segue o exercício da função legislativa (pois como a opção foi por não transferir, não houve necessidade de elaboração de um ato legislativo sobre o tema). Percebe-se, portanto, que frequentemente, mas nem sempre, a função legislativa segue-se à função política. Mas são funções diferentes, que merecem ser distinguidas. É o que notou DEUTSCH⁵⁸:

“a tomada de decisões políticas tornou-se a tarefa verdadeiramente importante do governo; a legislação passou a ser considerada mero assunto técnico. A preocupação das pessoas importantes é decidir da política. Deixam então para os juristas a missão de elaborar os pormenores técnicos da legislação em causa”.

Além do mais, a função política diz respeito à opção em temas fundamentais para a preservação do Estado ou promoção do bem comum, ao passo que a elaboração das leis nem sempre diz respeito a temas absolutamente fundamentais para esses campos – como é o caso da maior parte das normas de direito privado.

Aliás, não é só com a função legislativa que essa função de natureza política não se confunde. Na verdade, as atribuições que a caracterizam não cabem “nem na legislação, nem na administração, nem na jurisdição, ficando, portanto, fora da tripartição jurídico-funcional identificada com a separação dos poderes”⁵⁹. JELLINEK, por exemplo, no início do século XX, elencava atividades geralmente consideradas incluídas na órbita de atuação do Poder Executivo, mas que a rigor não traduzem mera aplicação da lei. É o caso da guerra, do combate a uma insurreição interna e de boa parte das relações exteriores, bem como a nomeação de determinadas autoridades e a concessão de indulto ou de honrarias políticas.⁶⁰

A constatação de que existem atribuições do Estado que não podem ser comodamente enquadradas em uma das três funções tradicionais sustenta a assertiva – que enfrenta cada vez menos resistência – de que há uma função do Estado, distinta das três funções tradicionalmente referidas, a que se dá o nome de função política.

Diante dos elementos coligidos a partir do exame da obra de importantes autores,

⁵⁸ DEUTSCH, *Política e governo*, p. 184-185.

⁵⁹ PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 251.

deixando de lado as inúmeras diferenças encontradas em seus pensamentos, para ressaltar o que têm em comum, e sem pretensão de originalidade, considera-se que a *função política do Estado é a atividade que órgãos instituídos pela Constituição exercem no âmbito de sua competência, tendo por objetivo preservar a sociedade política e promover o bem comum, e que consiste em determinar, mediante a livre interpretação de normas constitucionais, o que é o interesse público e quais são os meios necessários à sua implementação.*⁶¹

2.2. CARACTERÍSTICAS DA FUNÇÃO POLÍTICA.

A partir de conclusões formuladas pelos autores examinados – aplicáveis às funções referidas em suas respectivas classificações, desde que análogas à função política acima definida – algumas características básicas podem ser apontadas.

A função política traduz a formulação de escolhas em temas fundamentais, com o objetivo de preservar o Estado e promover o bem comum; os órgãos encarregados de desempenhá-la são constitucionalmente previstos; extraem sua competência diretamente da Constituição; produzem suas decisões segundo procedimentos constitucionalmente indicados; e, ao deliberar, o fazem respeitando os limites materiais estabelecidos na Carta, embora com grande liberdade para interpretá-la e definir o que seja, em cada conjuntura, o interesse público. Além disso, os órgãos encarregados do exercício da função política não se sujeitam a prazos, pois ainda quando estes são estabelecidos não se comina sanção para o seu descumprimento.

Passa-se à análise de cada um destes aspectos.

2.2.1. Exercício por órgãos estabelecidos pela Constituição.

Se a função política consiste na elevada missão de definir os rumos que a sociedade deve seguir, com o objetivo de preservar sua existência e, tanto quanto permitir a realidade, promover o bem comum, é evidente que tal missão deve ser conferida a órgãos de elevado

⁶⁰ JELLINEK, *Teoría general del Estado*, p. 497-498 e p. 502-503.

⁶¹ A título de comparação, confirmam-se as outras definições. CAETANO (*Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 172) define a função política como “a actividade dos órgãos do Estado cujo objecto directo e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis.” A seu turno, CANOTILHO (*Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 551) define a função de direção política como “a conformação dos objectivos político-constitucionais mais importantes e a escolha dos meios ou instrumentos idó-

status na estrutura do Estado. Nada mais natural, portanto, que estes órgãos tão importantes sejam instituídos pela própria Constituição. Estes órgãos variam, de lugar para lugar, segundo a forma e o sistema de governo adotados.

Em se tratando de repúblicas democráticas, os órgãos encarregados da função política normalmente são o parlamento – órgão colegiado, encarregado principalmente da tarefa de legislar, qualquer que seja a denominação que se lhe dê (parlamento, congresso, assembléia) –, o governo – personificado no presidente da república, no primeiro ministro ou no conselho de ministros – e o órgão encarregado precipuamente da guarda da Constituição, seja ele um tribunal colocado no vértice da pirâmide que forma a estrutura do Poder Judiciário, seja um órgão instituído fora do Poder Judiciário. E, também, o eleitorado – formado pelas pessoas a que a Constituição atribui a condição de eleitores –, que desempenha também função política nas ocasiões em que a Constituição prevê (plebiscitos, referendos), embora não se possa chamá-lo, a rigor, de *órgão* de soberania, por ser, na verdade, *o próprio soberano*.

Em estudo dedicado aos atos políticos, CRISTINA M. M. QUEIROZ, da Faculdade de Lisboa, ao abordar o exercício da função política, menciona a pluralidade de órgãos que se encarrega da tarefa:

“Concebida e estruturada como ‘delegação constitucionalizada’ do soberano, a função política traduz muito mais do que a simples afirmação de uma actividade governamental *tout court*. Vai muito para além do domínio categorial da separação entre o governo e a administração ou do espaço jurídico coberto por essa duas noções. Não se apresenta, de modo algum, como um momento destacado da actividade do governo. Não representa uma qualquer prerrogativa (constitucional) deste para a ‘condução da política geral do país’. Pelo contrário, diz respeito a todos os órgãos constitucionais chamados à concretização da vontade política constitucionalizada pelo soberano, que aqui atuam como seus ‘delegados’ (: órgãos de soberania). Daí que nos surja institucionalmente distribuída por um complexo plural de órgãos que politicamente se co-

responsabilizam pelo uso e exercício que dela fizerem.”⁶²

Contudo, o simples fato de vários órgãos dotados de competência para exercer a função política serem previstos na Constituição não estabelece necessariamente um regime democrático, nem este é o único fator determinante da democracia, pois às vezes o texto constitucional reparte a função entre vários órgãos mas um deles, pela persuasão ou intimidação, de fato comanda sozinho. E do mesmo modo, nem toda concentração constitucional da função política em um só órgão implica negação da democracia. Para demonstrá-lo, basta imaginar um Estado em que uma assembléia de cidadãos seja o único órgão competente para definir os rumos da sociedade; pelo fato de todos integrarem a assembléia, a forma de governo será democrática (democracia direta), apesar da concentração da função política em um único órgão. Apenas o que se pode sustentar, portanto, é que *geralmente* nas sociedades democráticas a função política está repartida entre diferentes órgãos, como um dos aspectos da adesão à separação de poderes e ao controle do exercício do poder dela decorrente.

De qualquer modo, quer se trate de democracia ou não, se houver Constituição escrita – como há em quase todos os Estados do mundo contemporâneo – nela estará previsto o órgão, ou conjunto de órgãos, encarregados da missão de desempenhar função política. Mesmo que falte Constituição escrita, não falta a consciência, perfeitamente nítida, a respeito de quais sejam os órgãos encarregados do desempenho da função.

2.2.2. Competência conferida pela Constituição para exercício da função política.

Viu-se que os órgãos encarregados da função política são instituídos pela Constituição. Mas certamente haveria problemas se os órgãos constitucionais pudessem exercer a função política quando bem entendessem, apoiados na ausência de normas a respeito de sua competência. Nessa hipótese, tanto haveria o risco de se exercer função política em excesso (vários órgãos que pretendessem decidir) quanto de não se exercer função política em grau suficiente (nenhum órgão que assumisse a tarefa de decidir). Um exemplo extraído da Constituição brasileira de 1988 pode demonstrar o que se afirma. Imagine-se a situação de iminência de um conflito armado: se a Constituição não tivesse outorgado ao Con-

⁶² QUEIROZ, *Os actos políticos no Estado de Direito*, p. 112.

gresso Nacional a competência para decidir sobre o ingresso do Brasil em uma guerra (artigo 49, II), estaria aberto o passo para que mais de um órgão pretendesse resolver a questão, talvez com decisões contraditórias, ou para que nenhum assumisse o ônus de deliberar, em qualquer caso com grande risco para a sobrevivência do Estado. Pode-se até criticar a outorga da competência ao Congresso Nacional, ou apoiá-la, mas não se pode negar que é melhor a expressa designação do órgão competente do que o silêncio constitucional a respeito.

Por outro lado, embora prevista na Constituição, a competência para determinados exercícios de função política pode não estar totalmente explicitada, bastando lembrar como exemplo a doutrina dos poderes implícitos (*implied powers*), acolhida pela Suprema Corte norte-americana desde o século XIX.

2.2.3. Exercício segundo procedimentos constitucionalmente indicados.

Pela importância da função política, a Constituição estabelece não só os órgãos encarregados de exercê-la, e sua competência, mas também o procedimento segundo o qual devem deliberar. Claro que freqüentemente o grau de pormenorização dos procedimentos é reduzido, e nem seria possível discipliná-los com riqueza de pormenores sem sacrificar o caráter sintético que a Constituição deve ter.

Tome-se, por exemplo, o processo legislativo (que representará exercício de função política quando a lei resultante disser respeito a temas fundamentais). Embora o procedimento não esteja ali completamente pormenorizado, a Constituição geralmente estabelece aspectos como a capacidade para propor novos textos normativos, o *quorum* necessário para aprovação ou rejeição da definição do interesse público proposta, a necessidade de anuência do Presidente da República. Da mesma forma, os procedimentos pelos quais os tribunais constitucionais exercem sua parcela de função política (ações, recursos) são amiúde indicados na Constituição, às vezes até com a referência a alguns de seus aspectos principais, como as hipóteses de cabimento, legitimidade para dar início ao procedimento, efeitos da decisão. Já os atos do Presidente da República são, em geral, apenas indicados como sendo de sua competência, sem maiores detalhes, até porque, em se tratando de autoridade que delibera sozinha, os atos que pratica normalmente são simples, e apenas eventualmente se inserem em um procedimento, de modo a justificar a referência mais minuciosa.

2.2.4. Exercício mediante opções feitas em temas fundamentais.

A função política implica liberdade de escolha entre as diversas opções que se apresentam possíveis. Com efeito, a função política tem como característica básica, segundo JORGE MIRANDA, o fato de realizar a “interpretação dos fins do Estado e [a] escolha dos meios adequados para os atingir em cada conjuntura”⁶³. Segundo CAETANO, a definição do interesse geral deve ser feita com base nas normas constitucionais interpretadas com grande liberdade, e a persecução do interesse geral feita “mediante a livre escolha dos rumos ou soluções consideradas preferíveis”⁶⁴. Na verdade, segundo DEUTSCH,

“todas as decisões políticas implicam deliberação, que como a política, é dirigida para os mesmos dois fins distintos. Primeiro, [...] estabelecer fins ou objetivos comuns. Segundo, todos os debates e deliberações políticos concernem à escolha dos meios para alcançar o objetivo definido.”⁶⁵

Deste modo, a liberdade de escolha da função política, dentro do largo campo delimitado pelas interpretações razoáveis da Constituição, diz respeito à definição dos rumos (o que fazer) e à definição dos meios (como fazer). Por exemplo, se a Constituição inclui a redução das desigualdades entre regiões do país como um de seus objetivos fundamentais, visando à perfeita aplicação dos princípios federativo e da isonomia, a função política pode definir se é melhor estimular o desenvolvimento agrícola ou industrial da região mais pobre (o que fazer), e uma vez definido o rumo, pode optar por implementá-lo mediante abertura de uma estrada que ligue a região a outras, ou através da criação de um centro público de instrução, ou mediante a concessão de incentivos fiscais para atividades produtivas (como fazer).

Por outro lado, é forçoso admitir que *nem toda* matéria sujeita a opção por parte do Estado implica exercício de função política, ainda que oriunda dos órgãos detentores do poder. Debruçando-se sobre questão correlata, e procurando identificar o que qualifica um fato qualquer como sendo político, MICHEL DEBRUN considera que

⁶³ MIRANDA, *Funções do Estado*, p. 92.

⁶⁴ CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 172.

“a primeira condição para que um fenômeno social seja considerado como político é que ele contribua, direta ou indiretamente, para a manutenção ou a transformação das estruturas de uma sociedade global, ou das relações entre diferentes sociedades globais”⁶⁶.

Para ele, são consideradas sociedades globais sobretudo, embora não exclusivamente, aquelas organizadas sob a forma de um Estado⁶⁷. Ou seja,

“para que um fenômeno possa ser considerado político, (...) é mister que ele contribua, direta ou indiretamente, para a criação ou para a manutenção, para a evolução ou para a destruição das estruturas (religiosas, econômicas, etc.) das sociedades globais ou das relações fundamentais (de comércio, de colaboração militar, de hostilidade, etc.) entre essas sociedades.”⁶⁸

Nem toda opção feita pelo Estado deve ser considerada exercício de função política. Qualquer servidor público, se possuir uma margem restrita, ínfima que seja, de liberdade para optar, estará de posse de algum poder discricionário. Mas não se pode falar em função política quando o funcionário escolhe, por exemplo, a cor de um equipamento a ser comprado para um determinado setor da Administração. O exercício da função política traduz escolha, mas não a escolha nas questões de menor importância, e sim escolha nas questões fundamentais.

É evidente que nem sempre será fácil, diante de uma situação concreta, determinar quais são as questões fundamentais, dignas de serem qualificadas como matéria própria da função política, e quais traduzem o exercício de mera função administrativa. Como lembra HELLER, em épocas em que os princípios fundamentais da organização da cooperação social são contestados, até mesmo questões ordinariamente consideradas administrativas ad-

⁶⁵ DEUTSCH, *Política e governo*, p. 187.

⁶⁶ DEBRUN, *O fato político*, p. 37.

⁶⁷ O que não impede algumas sociedades políticas, como o próprio DEBRUN adverte, de não corresponderem a sociedades globais, podendo ser mais amplas ou mais restritas, como o antigo Império Austro-húngaro, sociedade política que abrigava mais de uma sociedade global, conceito este que, tal como o compreendemos, corresponde a uma certa fusão das idéias de nação (identidade) e comunidade (convivência).

⁶⁸ Ob. cit., p. 29.

quieren subitamente um caráter político.

“En general se califica de político tan sólo al poder que en el Estado dirige o conduce, no al que ejecuta. Como depositario del poder político se considera, en general, únicamente al que puede llevar a cabo un cambio esencial en la división del poder estatal, en lo interno o lo externo, sobre la base de decisiones autónomas, o bien se esfuerza por poseer esta facultad. Por eso no vale ordinariamente como política la actividad de órganos estatales subordinados que se realiza según normas precisas. Y tampoco se consideran, con frecuencia, como políticas amplias zonas de la política social y de la actividad cultural del Estado. En cambio, cuando existen fuertes tensiones políticas, todas las relaciones sociales se hacen, finalmente, políticas e incluso llegan a estimar políticos actos tales como el alcantarillado de una calle, el establecimiento de una fábrica o de un sanatorio o la construcción de escuela.”⁶⁹

O exercício da função política se dá mediante a decisão em temas relevantes. Um critério que pode ser utilizado para precisar quais são as matérias relevantes é a presença delas no corpo da Constituição. Trata-se, sem dúvida, de critério jurídico, que talvez possa ser tido como excessivamente formal, e determinado de modo absoluto pelo direito positivo. Mas cabe lembrar que, como visto, o órgão que exerce a função política age com grande liberdade em relação à Constituição, e de certo modo determina quais matérias estão, ainda que de forma indireta ou implícita, dentro do texto constitucional.

Outro aspecto a ser ressaltado é que a definição de objetivos e dos meios para alcançá-los, típica da função política, não se exerce apenas e tão somente quando há deliberação inovadora em relação ao conteúdo do interesse público até então vigente. Exercer função política não é, necessariamente, inovar. A manutenção de uma concepção tradicional do interesse público também traduz exercício (quicá qualificado de conservador) da função política, exercício este que confirma quais são os objetivos sociais e quais são os meios para atingi-los, em cada oportunidade (rejeitada) de mudança. Portanto, a função po-

lítica é exercida de modo permanente, ainda que apenas esporadicamente a definição do interesse público e dos meios para alcançá-lo seja inovadora.

2.2.4.1. Função política no plano interno e no plano externo.

Convém frisar também que a escolha quanto a *o que fazer* (fins) e quanto a *como fazer* (meios), em temas fundamentais, ocorre em dois cenários distintos. Em primeiro lugar, as deliberações decorrentes da função política voltam-se para a preservação do Estado, o que significa a preservação de sua soberania no plano internacional, se possível com aumento de sua relevância no concerto das nações. Incluem-se nesta categoria decisões como a participação militar em forças de paz, o envio de auxílio técnico a Estados recém constituídos, as manifestações e tomadas de posição em organizações internacionais, a autorização para forças estrangeiras transitarem pelo território nacional, a declaração de guerra.

O exercício da função política, nestes casos e em outros análogos, está pautado praticamente apenas por razões de conveniência do Estado, vinculando-se de forma muito tênue à Constituição, tendo em vista que as diretrizes para atuação no plano internacional constam, quando muito, de princípios um tanto vagos, como os do artigo 4^o da Constituição brasileira⁷⁰.

Em segundo lugar, a função política se exerce com o objetivo de promover o bem comum, o que – conquanto possa ter reflexos no plano internacional – ocorre fundamentalmente no plano interno. Trata-se da definição do interesse público e da escolha dos meios para alcançá-lo, à luz da Constituição. Esta atividade representa a maior parte da função política desempenhada pelo Estado, consistindo em suas diversas deliberações destinadas a dirigir sua atuação dentro do território nacional. No caso dos tribunais constitucionais, é principalmente neste plano interno que sua função política se desenvolve, conforme será exposto no capítulo seguinte.

⁶⁹ HELLER, *Teoría del Estado*, p. 262-263.

⁷⁰ Diz a CF/88: “Art. 4^o. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

2.2.4.2. Função política e estado de necessidade.

Por outro lado, admitindo-se que a função política consiste em optar em temas fundamentais, resta evidente que se um determinado problema só tem uma saída viável não há escolha possível, a não ser entre agir e não agir; mesmo nesta margem estreita, há exercício de liberdade. Porém, se houver apenas uma opção, e todas as outras se apresentarem como provavelmente conducentes ao perecimento do Estado, inclusive a inércia, e não houver mais que um meio de adotar a única atitude possível, então é preciso admitir que a situação não é de exercício da função política, mas de estado de necessidade. Por exemplo, considere-se estado de necessidade a declaração de guerra a potência estrangeira que tenha injustamente agredido um Estado soberano, objetivando reduzi-lo à sua dominação, com recusa de qualquer forma de diálogo. A guerra se fará ainda que a Constituição do Estado agredido consagre princípios como a busca permanente da paz, a tolerância no plano internacional, o respeito à autodeterminação dos povos. Em suma, decidir por uma determinada atitude, com o objetivo de preservar o Estado ou promover o bem comum, quando há outra atitude possível, traduz exercício de função política; quando não há opção, configura estado de necessidade.

2.2.5. Exercício mediante atos materialmente conformes à Constituição.

Como todo ato estatal, também aqueles resultantes do exercício de função política pressupõem, para sua validade, a sujeição aos termos da Constituição. E não apenas no que diz respeito aos órgãos que exercem a função política, ao alcance de sua competência, ao procedimento para deliberação e à relevância constitucionalmente determinada das matérias tratadas, mas também em relação ao conteúdo das decisões.

Assim, embora sejam políticas, em um sentido amplo, ações como a guerra revolucionária, o golpe de Estado ou a supressão da Constituição, a função política propriamente dita só se exerce segundo as determinações da própria lei maior. O órgão encarregado do exercício de função política necessariamente aceita a supremacia da Constituição, cujas disposições deve concretizar. Caso contrário, está a agir sem base constitucional, em ato de força que, ou será repudiado pelo Direito e corrigido por um dos outros órgãos detentores do poder, ou subverterá a ordem, prevalecendo sobre a Constituição. Neste segundo caso, o órgão rebelde inaugura novamente, em outras bases, o próprio Estado e seu ordenamento jurídico, pois paira acima da Constituição, podendo alterá-la quando considerar conveniente. Isto é: mesmo que o violador da Constituição resolva mantê-la daí em diante, a limita-

ção do poder que ela pretende ser já não é mais eficaz.

A esse respeito, segundo informa PIÇARRA, houve uma evolução no entendimento da doutrina: “a idéia de que a função política é juridicamente livre, incondicionada e autónoma estaria destinada a persistir até há relativamente pouco tempo”. Mas atualmente, como

“a constituição do Estado de Direito contemporâneo vincula juridicamente todo o poder estadual, que ela própria funda originariamente, fica excluída a possibilidade de a função política ser considerada juridicamente livre e constitucionalmente desvinculada, pois todo e qualquer acto estadual carece de habilitação constitucional.”⁷¹

Observe-se que MARCELLO CAETANO vê a questão de outra maneira, e cita o exemplo de uma situação que, segundo ele, demonstra que a função política pode anteceder a Constituição:

“Quando um povo proclama sua independência e organiza um poder soberano, cria a própria fonte do Direito positivo por meio de actos que para buscarem algum fundamento jurídico só no Direito Natural poderiam alicerçar-se: o novo Estado começa por exercer a função política e é esta que o leva a elaborar e decretar uma Constituição”.⁷²

Essa concepção sofreu severas críticas, inclusive porque pode se presta a justificar o exercício arbitrário do poder, consistente na tomada de decisões sem observância dos limites estabelecidos por uma constituição.

Não cabe aqui polêmica, porque é uma simples questão de nomenclatura. A função política de que se fala neste trabalho é a função política do Estado. Pressupõe que ela seja exercida sempre abaixo da Constituição, segundo a Constituição, dentro da Constituição.

⁷¹ PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 252-253.

⁷² CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, cit., p. 171.

Inclusive em um Estado recém inaugurado pela proclamação de independência, onde certamente haverá Constituição (tomada aqui a palavra Constituição no sentido de organização política fundamental do Estado) ainda que não haja Constituição escrita (isto é, norma hierarquicamente superior às demais e que trata da organização do Estado). Por isso o exemplo citado por CAETANO não implica o exercício de função política, no sentido que o presente trabalho deu a essa expressão, ainda que seja um ato político, em sentido amplo.

2.2.5.1. Função política e poder constituinte derivado.

Considera-se, portanto, que o poder constituinte originário não é resultado do exercício de função política, como aqui definida, pois se manifesta antes do aparecimento do Estado e de suas funções. Se não cronologicamente, pelo menos logicamente antes.

Em contrapartida, o mesmo não se pode dizer do poder constituinte derivado, cuja manifestação traduz, sem dúvida, exercício de função política. Primeiro porque ele, apesar do nome, não é poder propriamente constituinte, mas constituído. Assim, adstrito no seu desenvolvimento às normas constitucionais.

Em segundo lugar, porque este poder se manifesta com todas as características da função política: é exercido por órgão estabelecido pela Constituição, no uso de competência que lhe foi dada por ela, através de um procedimento nela indicado, sujeitando-se a limites que ela eventualmente imponha (por exemplo, as chamadas “cláusulas pétreas”) e desvinculado de prazos.

2.2.5.2. A liberdade para exercer a função política depende do grau de ambigüidade dos termos constitucionais.

A função política é limitada materialmente pelas disposições constitucionais. Contudo, a Constituição não incide com força idêntica sobre todas as matérias objeto de exercício da função política. Se a definição do interesse público se der em campo mal tocado pelo constituinte (por exemplo, a atuação do Estado no plano internacional, com vistas à preservação de sua existência), a liberdade é quase total. Ao contrário, em se tratando de matéria disciplinada pela Constituição, a definição do interesse público deve ser feita de modo justificável à luz das disposições constitucionais. Nesta hipótese, como é evidente, a margem interpretativa será tanto mais restrita quanto menos genérica e ambígua for a linguagem usada na redação das normas. De qualquer maneira, admite-se que o órgão encarregado do exercício de função política interprete um preceito constitucional restritiva ou

ampliativamente, de modo a reduzir ou alargar sua abrangência; mas não se admite a interpretação *contra* o texto constitucional, para alcançar situações decididamente não contempladas pelo constituinte.

2.2.5.3. Os atos que traduzem exercício de função política não são sujeitos a reexame ou controle.

O exercício de função política deve se dar por meio de atos materialmente conformes à Constituição. Porém, não há hierarquia entre os órgãos que desempenham função política. Cada um tem sua órbita própria de competência; dentro dela, cada um possui a prerrogativa de atuar livremente. Quando muito, um órgão é politicamente responsável perante outro (*impeachment*, dissolução do parlamento, queda do gabinete etc.). A essa independência dos órgãos responsáveis pelo exercício de função política acrescenta-se a liberdade que possuem para interpretar o texto constitucional.

Disso decorre que, ao exercer função política, no âmbito de sua competência, o órgão de soberania não está sujeito a controle nem sua deliberação sujeita a correção. De fato, quando uma matéria é disciplinada pela Constituição, é inevitável que algum órgão deva definir o interesse público sem se sujeitar a qualquer controle por parte de outro órgão (já que, como é óbvio, alguém tem que dar a palavra final). Por esta razão, tratando do exercício da função governamental, que corresponde aproximadamente à função política tal qual aqui definida, BURDEAU⁷³ afirmou que “sendo incontrolláveis, os atos de governo constituem uma categoria que coincide com o campo do arbitrário”.

Mas mesmo quando uma matéria mal é disciplinada em nível constitucional, as Constituições têm procurado desenvolver, em razão da busca permanente de limitação do poder, alguns mecanismos destinados a preservar a conformidade das decisões tomadas aos princípios constitucionais. Principalmente quando as hipóteses de cabimento não estão pré-determinadas, em nenhuma medida, pela Constituição. Um dos mecanismos consiste em condicionar a prática dos principais atos à participação de mais de um ramo do poder (sistema de freios e contrapesos), que devem atuar de forma concorrente para a produção do resultado. Outros mecanismos são a elaboração de diretrizes para a escolha adequada dos ocupantes de cargos em órgãos de soberania e o estabelecimento de regras destinadas a

⁷³ BURDEAU, *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*, p. 221: “étant incontrollables, les actes de gouvernement constituent une catégorie que coincide avec le domaine de l’arbitraire”.

permitir o controle das decisões pela opinião pública, através de referendos.

2.2.6. Exercício não sujeito a prazos.

A liberdade existe não só para interpretar a Constituição, mas também para escolher o momento de agir.

Em geral, o exercício de função política não tem prazo determinado para ocorrer, prevalecendo a livre apreciação da conveniência e oportunidade para sua efetivação. Assim, como regra não são apontados momentos determinados para que haja manifestação do poder constituinte derivado, para a declaração de guerra ou celebração da paz, ou ainda para adotar uma lei relativa a temas fundamentais. O exercício da função política é desvinculado de prazos, como exemplificam os artigos 4^o, parágrafo único⁷⁴, e 180⁷⁵, ambos da Constituição brasileira de 1988. E mesmo quando a Constituição eventualmente estabelece um prazo para o exercício da função política, não comina sanção pela sua inobservância⁷⁶.

⁷⁴ CF/88, art. 4^o, parágrafo único: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

⁷⁵ CF/88, art. 180: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.”

⁷⁶ Cf. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, p. 23.

CAPÍTULO 3 – A FUNÇÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

3.1. A FUNÇÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.

O objeto do presente trabalho é a análise da função política desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de sua história, para ao final formular algumas conclusões a respeito de seu papel na República brasileira.

Antecedentes lógicos desta análise são, em primeiro lugar, a elaboração de uma definição própria de função política, acompanhada do exame de seus elementos essenciais – o que se fez no capítulo anterior – e, em segundo lugar, a reflexão para se verificar se essa função política é exercida pelos tribunais constitucionais, se isso ocorre sem violação ao princípio democrático e se esse desempenho de função política deve encontrar limites. É o que se passa a examinar neste capítulo.

Antes, porém, abre-se um parêntesis para precisar o sentido em que a expressão “tribunal constitucional” é usada neste trabalho. Não faltam autores que distinguem, inclusive na terminologia, as cortes constitucionais conforme estejam ou não inseridas na estrutura do Poder Judiciário. Denominam de preferência “corte suprema” às que fazem parte do Poder Judiciário como seu órgão de cúpula, reservando a expressão “tribunal constitucional” apenas para os órgãos colocados fora da estrutura judicial, ao lado dos demais órgãos de soberania. Assim, seriam tribunais constitucionais aqueles como o alemão, o espanhol, o português e o italiano, e seriam cortes supremas aquelas como a dos Estados Unidos ou o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Entretanto, no presente trabalho as expressões “tribunal constitucional”, “corte suprema” e “corte constitucional” são empregadas como sinônimas, sempre com o sentido de órgão encarregado precípua ou exclusivamente da guarda da Constituição, faça ou não parte da estrutura do Poder Judiciário.

Encerrado o parêntesis terminológico, passa-se ao exame dos tribunais constitucionais para verificar se estes, como parece à primeira vista, de fato exercem função política.

Em um ambiente democrático, o exercício da função política é atribuído preponderantemente aos órgãos constitucionais integrados por representantes democraticamente es-

colhidos e responsáveis perante a opinião pública (congressistas, parlamentares, presidente da república, primeiro-ministro, gabinete). Há ocasiões, também, em que o próprio eleitorado é chamado a deliberar⁷⁷. Claro que sua participação não é frequente, nem isso seria possível sem a paralisação dos negócios públicos, sobretudo nas grandes nações com milhões de eleitores. Mas é certo que em alguma medida o eleitorado participa do exercício da função política.

Resta saber se o tribunal encarregado de preservar a supremacia da Constituição – seja ele o órgão de cúpula do Poder Judiciário, seja ele estabelecido fora da pirâmide judicial – tem também, por sua vez, ocasião de exercer uma parcela, pequena que seja, da função política do Estado.

Como vimos, para KELSEN os tribunais desempenham normalmente uma função de mera aplicação do Direito, e, excepcionalmente, uma função de criação do Direito, o que ocorre quando declaram inconstitucional uma lei ou regulamento, ou quando estabelecem um precedente aplicável a um número indeterminado de casos futuros.

Já para LOEWENSTEIN os tribunais detêm parte importante da função de implementar as decisões políticas fundamentais através da solução de casos concretos (*policy execution*), que é sua atividade normal e se identifica com a função que KELSEN chamara de aplicação do Direito. Ao lado desta atribuição normal, que constitui a parte mais extensa de seu trabalho, os tribunais podem exercer função de determinar as decisões políticas quando interpretam a Constituição no que se refere aos relacionamentos entre União e Estados-membros, à proteção dos direitos fundamentais e à apreciação, à luz da Constituição, dos atos dos demais órgãos detentores do poder, situação em que age como árbitro em conflito que os envolver.

Também BURDEAU equipara o Conselho Constitucional francês aos órgãos encarregados do desempenho da função governamental, como o parlamento e o governo, quando esse Conselho, ao atuar como legislador negativo, declara um projeto de lei inconstitucional.

Quanto a JORGE MIRANDA, este considera que o tribunal constitucional, tanto em virtude de sua relação direta com a Constituição, que aplica aos casos que lhe são submetidos, quanto em razão do controle que leva a efeito sobre os órgãos que exercem fun-

⁷⁷ Como ocorre, por exemplo, no Brasil, quando da criação de Estados e Municípios (artigo 18, §§ 3º e 4º da CF/88), e na França, por ocasião de emenda à Constituição (artigo 89 da Constituição de 1958).

ção política, encontra-se no mesmo nível destes. Pode ser considerado, portanto, um dos órgãos dotados de competência para o exercício desta função, embora haja uma resistência em qualificá-lo como órgão de soberania – denominação que a Constituição portuguesa reserva apenas para a Assembléia da República, o Presidente da República e o Gabinete.

Assim, a maioria dos autores considera que os tribunais constitucionais desempenham uma função análoga à função política definida no capítulo anterior.

3.2. CARACTERÍSTICAS DA FUNÇÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.

Além das características comuns a todos os órgãos que exercem função política, os tribunais constitucionais têm algumas que lhes são próprias. Quanto às comuns, servem para confirmar que os tribunais constitucionais de fato compartilham sua essência com os demais órgãos de soberania. Por outro lado, a existência de características específicas da função política exercida pelos tribunais constitucionais ressalta sua peculiaridade na estrutura do Estado.

3.2.1. Características comuns.

Em primeiro lugar, assim como os demais órgãos de soberania, o tribunal constitucional realiza *livre escolha entre opções relativas a temas fundamentais*, como a separação de poderes, o federalismo, os direitos fundamentais e o bom funcionamento da democracia.

Além disso, os tribunais constitucionais são *órgãos previstos na Constituição*. Podem ser citados como exemplos o Supremo Tribunal Federal brasileiro (artigo 101 da Constituição Federal de 1988), o Tribunal Constitucional alemão (artigo 92 da Lei Fundamental de 1949), a Suprema Corte norte-americana (artigo III, seção 1 da Constituição), o Tribunal Constitucional boliviano (artigo 119 da Constituição reformada em 1994), a Corte Suprema de Justiça paraguaia (artigo 258 da Constituição de 1992), entre vários outros.

Os tribunais constitucionais geralmente têm sua *competência* indicada no corpo da Constituição. É o que ocorre, por exemplo, na Constituição dos Estados Unidos (artigo III, seção 2), na Constituição italiana de 1947 (artigo 134), na espanhola de 1978 (artigo 161) e na brasileira de 1988 (artigo 102). Mesmo quando a competência não está prevista de modo exaustivo na Constituição, costuma constar pelo menos uma autorização para que o legislador (ou outro órgão ou ente federativo) estabeleça atribuições complementares. É o que se passa, por exemplo, na Alemanha, onde a Lei Fundamental de 1949 (artigo 99, na

redação estabelecida em 1968) expressamente autoriza um Estado-membro (*Land*) a submeter questões constitucionais internas ao Tribunal Constitucional Federal, ou na Austrália, onde o artigo 76 da Constituição de 1900 autoriza o Parlamento a conferir competência originária à Corte Superior para apreciação das matérias que indica. Mas um aspecto torna as cortes constitucionais um tanto peculiares, quando comparadas com os demais órgãos de soberania: o fato de serem, em larga medida, senhoras de sua própria competência. Já que sua principal tarefa é interpretar a Constituição, as cortes podem fazer diferentes leituras das regras que definem suas atribuições, de modo a trazer algumas questões para sua análise, enquanto afastam outras.

Tampouco é diferente a conclusão quanto aos *procedimentos* a serem utilizados pelas cortes para exercício de sua função política, indicados que estão, ainda que de forma extremamente genérica, na maior parte das constituições (por exemplo, recurso constitucional da Lei Fundamental alemã de 1949, artigo 92, alíneas 4a e 4b, acrescentadas em 1968 e 1969, recurso extraordinário da Constituição brasileira de 1988, artigo 102, III).

E ainda, as deliberações devem ser *materialmente compatíveis com a Constituição*, embora esta seja interpretada com grande liberdade. Isto significa que as cortes constitucionais devem decidir conforme a Constituição, o que fazem efetivamente, tanto que frequentemente invocam normas constitucionais como fundamento de suas decisões, embora seja recorrente a crítica segundo a qual “a Constituição é o que o tribunal constitucional diz que é”.

Finalmente, há *liberdade quanto ao momento de se exercer a função política*, pois o tribunal constitucional não está adstrito a um prazo para concluir o julgamento de um caso submetido à sua jurisdição, como aliás bem demonstra o caso que deu origem ao controle de constitucionalidade, o famoso *Marbury vs. Madison*, recebido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1801, mas cujo julgamento só foi concluído, apesar de todas as pressões, em 1803.

3.2.2. Características específicas.

Às características mencionadas, que o exercício de função política pelos tribunais constitucionais tem em comum com o exercício pelos demais órgãos de soberania, acrescente-se a peculiaridade dos tribunais constitucionais – ao contrário de governo e parlamento – só agirem *mediante provocação*. A manifestação das cortes constitucionais, às vezes, é anterior à entrada em vigor do ato examinado, como a análise que o Tribunal Consti-

tucional alemão faz de determinados projetos de lei⁷⁸. Geralmente, contudo, acontece depois da entrada em vigor do ato analisado, como no controle de constitucionalidade concreto ou abstrato previsto em diversos sistemas jurídicos. Mas, em qualquer caso, o tribunal constitucional deve agir por pedido de alguém que se situa fora do próprio tribunal. Os tribunais constitucionais não têm o poder de, por iniciativa própria, exercer a função política.

Outra característica que distingue a função política exercida por governo e parlamento daquela exercida pelas cortes constitucionais é o fato de estas necessariamente *motivarem e publicarem* suas deliberações, ao contrário do governo, que produz decisões secretas (por exemplo, quando necessárias à segurança nacional), e do parlamento, que produz decisões imotivadas (tendo em vista que os parlamentares não são obrigados a declarar os motivos em que baseiam seus votos em plenário). As deliberações das cortes constitucionais se assemelham, neste particular, às deliberações de todos os órgãos jurisdicionais.

3.3. ASPECTOS MATERIAIS DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO POLÍTICA.

Uma vez que está estabelecido que a função política diz respeito à preservação do Estado, no plano internacional, e à promoção do bem comum, no plano interno, verifica-se desde logo que é principalmente no segundo destes planos que a função política dos tribunais constitucionais se faz notar.

O papel preponderante no exercício de função política, no plano internacional, cabe ao chefe de Estado, ao chefe de governo, ao parlamento. Mas um tribunal com jurisdição constitucional pode contribuir, ainda que em pequena medida, para a preservação do Estado e sua afirmação perante os demais Estados e os organismos internacionais. Nota-se este papel, por exemplo, na decisão sobre a constitucionalidade de tratados internacionais incorporados ao direito interno (em função da repercussão internacional que uma decisão pela inconstitucionalidade possa ter, sem prejuízo da relevância da decisão também no plano interno), bem como – em se tratando de tribunais constitucionais dotados destas competências – na deliberação sobre alguns casos de extradição (normalmente quando implicam apreciação de questões concernentes à soberania) e sobre litígios nos quais um Estado estrangeiro ou diplomata estrangeiro seja parte (pelo impacto que possa ter nas relações internacionais). Apesar dessas contribuições, o papel das cortes constitucionais é pequeno –

⁷⁸ Cf., por exemplo, FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, p. 59-60.

quando comparado ao papel de outros órgãos constitucionais – no que se refere à preservação da soberania do Estado.

Assim, a análise da função política dos tribunais constitucionais depende, fundamentalmente, do exame de seus atos que produzem efeitos no plano interno.

Em estudo que propõe uma nova divisão dos poderes estatais em seis ramos distintos, um dos quais entregue aos tribunais constitucionais, CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR⁷⁹ defende que:

“na perspectiva funcional material, o poder constituinte originário, pela via da hexapartição de poderes, comissionou o Tribunal Constitucional com uma parcela importantíssima da função política de última instância. Qual seja: a função de defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia (...).

Nessa natureza funcional material de última instância podemos arrolar atuações como: (a) renovar, continuamente, o consenso político que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição; (b) atualizar, incessantemente, o poder constituinte originário, tanto na concreção dos valores supremos do ordenamento, quanto na necessária evolução diante das novas exigências da história e da consciência da civilização; (c) arbitrar, quando envolvida questão constitucional, conflitos entre poderes, tanto na distribuição funcional, quanto na distribuição territorial; e (d) proteger os direitos fundamentais da pessoa, frente ao poder público e à sociedade em geral.”

As atuações acima relacionadas, em lista que não é exaustiva, mostram uma função legitimadora dos tribunais constitucionais (“renovar o consenso político”), uma função de concretização dos valores supremos do ordenamento, uma função de mediação e arbitragem nos conflitos decorrentes da separação de poderes e do federalismo, e ainda uma função de guarda dos direitos fundamentais.

Por sua vez, ALEXANDRE DE MORAES⁸⁰, apoiado em FAVOREU e CANOTILHO, aponta que:

“a Justiça constitucional em suas várias organizações possui, geralmente, cinco grandes ramos de competência:

- controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público;
- proteção dos direitos fundamentais;
- controle das regras da Democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos);
- controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais;
- equilíbrio da federação.”

Essa é, em geral, a competência das cortes constitucionais, mas isso não quer dizer que todas as cortes de fato a exerçam em sua plenitude, ou que toda a competência dos diferentes tribunais constitucionais se limite às matérias citadas acima. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, desde a criação da Justiça Eleitoral, no início da década de 1930, participa do controle de regularidade das eleições apenas quando há alegação de desrespeito à Constituição. E, por outro lado, não só o Supremo Tribunal Federal brasileiro, mas também todas as cortes constitucionais que se inserem dentro dos respectivos Poderes Judiciários, na qualidade de seu órgão de cúpula, possuem, além da jurisdição constitucional, outras competências.

Exatamente por isso é necessário distinguir quais atribuições entregues às cortes constitucionais podem permitir o exercício de função política e quais levam ao exercício de função meramente jurisdicional ou administrativa. Pertencem a este segundo grupo, por exemplo, a competência para julgar causas envolvendo cidadãos residentes em diferentes Estados-membros (Constituição australiana de 1900, artigo 75, IV; Constituição norte-americana, artigo III, seção 2, item 1), para supervisionar estabelecimentos prisionais (Constituição paraguaia de 1992, artigo 259, item 8) e para julgar determinadas autoridades em infrações penais comuns (Constituição brasileira de 1988, artigo 102, I, “b” e “c”). Es-

⁷⁹ SOUZA JÚNIOR, *O tribunal constitucional como poder*, p. 120-121.

⁸⁰ MORAES, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, p. 66.

sas hipóteses normalmente não permitem o exercício de função política, e poderiam perfeitamente ser entregues a outros órgãos. A atribuição dessas tarefas à corte constitucional serve apenas para assegurar que o mais alto tribunal se encarregue de decidir sobre matérias que foram consideradas relevantes pelo poder constituinte.

Em síntese, e sem prejuízo de outras atribuições, a atuação das cortes constitucionais que dá ensejo ao exercício de função política diz respeito especialmente a quatro temas: separação de poderes, federalismo, proteção dos direitos fundamentais e controle do funcionamento das instituições democráticas.

Cabe notar que os três primeiros são os mecanismos fundamentais de contenção do poder. Esses mecanismos não são idênticos em seus objetivos, pois enquanto a definição de direitos fundamentais visa a proteger o indivíduo do arbítrio do Estado (e eventualmente do arbítrio de outros indivíduos), a separação de poderes e o federalismo visam a disciplinar as prerrogativas de cada ramo do poder ou ente da federação sobre os demais, e apenas indiretamente interessam aos indivíduos, por lhes convir o funcionamento adequado dos diversos órgãos e entes estabelecidos pela Constituição. O uso destes três mecanismos simultaneamente caracteriza as repúblicas democráticas, federais e presidencialistas, já que no autoritarismo não há respeito a direitos fundamentais, no Estado unitário (monárquico ou republicano) não há repartição vertical de competências, e no parlamentarismo não há separação real entre os ramos legislativo e executivo do poder.

E o quarto tema, o adequado funcionamento das instituições democráticas, é entregue às cortes constitucionais para assegurar a existência de uma verdadeira democracia, e não de um arremedo de sistema democrático.

Essas serão as matérias analisadas na segunda parte deste trabalho, quando for abordado o exercício de função política pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

3.3.1. Separação de poderes.

O papel dos tribunais constitucionais, sejam eles órgãos de cúpula do Poder Judiciário, sejam eles colocados fora da estrutura judicial, consiste principalmente em assegurar a supremacia da Constituição. Esta tarefa encontra seu aspecto mais delicado, mais dotado de carga política, quando a corte constitucional depara situação de conflito entre órgãos de soberania, estabelecidos pela Constituição no mesmo nível hierárquico da própria corte.

Basicamente esses conflitos podem ser de três tipos: conflitos entre órgão legislativo e órgão executivo, entre órgão executivo e a própria corte constitucional, ou entre esta e

órgão legislativo. O conflito normalmente se resume a uma disputa acerca da competência (qual órgão pode agir sem se sujeitar a controle, ou seja, qual dá a palavra final em uma determinada situação).

Nos Estados democráticos presidencialistas, o conflito entre Poder Executivo e Poder Legislativo, conflito de natureza eminentemente política, se não se resolve politicamente, é sempre traduzido em um conflito jurídico, fundamentado em norma constitucional, e submetido à apreciação da corte constitucional. Entretanto, embora traduzido em conflito jurídico, a disputa entre poderes é sempre política, e freqüentemente decidirão muito mal os juízes do tribunal constitucional se fecharem os olhos para as conseqüências políticas de suas decisões, aplicando cegamente norma constitucional em seu sentido mais literal, independentemente de qualquer consideração referente ao ambiente político do momento da decisão. Como lembra o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, de há muito se sabe que

“a função judiciária, que aos magistrados incumbe exercer, não se pode considerar como atividade estritamente jurídica. No controle sobre os atos do Legislativo e do Governo evidencia-se o caráter político de que está investido o Judiciário no desempenho da competência para proclamar a inconstitucionalidade ou invalidade desses atos.”⁸¹

Mas a corte constitucional, se não está presa aos termos jurídicos da disputa, tampouco pode decidir apenas com base nas conseqüências políticas, sob pena de, ao deixar de lado a fundamentação técnico-jurídica, perder sua autoridade moral.

Pois bem. Convertido em jurídico o conflito que não se resolveu politicamente, a disputa geralmente se dá entre interpretações divergentes a respeito de uma regra constitucional que pode favorecer o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, dependendo da leitura que dela se faça. Nessa hipótese, a corte constitucional assume o papel de árbitro da separação de poderes. Ao decidir a questão, o tribunal constitucional dá cumprimento à Constituição. E assim completa o trabalho do constituinte, pois quer adote a posição defendida pelo Executivo, quer adote a do Legislativo, quer adote uma terceira opinião pró-

pria, o certo é que – se a Constituição for respeitada – a decisão do tribunal que prevalecerá. Poderá, eventualmente, fazer com que o tribunal seja acusado de deixar de lado a decisão tecnicamente mais correta para apoiar politicamente um ou outro ramo do poder, posicionando-se politicamente em um conflito de dimensões políticas. Em qualquer caso, contudo, sempre será possível justificar juridicamente a decisão. E a corte terá decidido no pleno exercício da função política.

Nas outras duas hipóteses, quais sejam, conflito entre o Poder Legislativo e o tribunal constitucional, ou entre este e o Poder Executivo, questiona-se a possibilidade de a própria corte funcionar como árbitro. Ao lado das objeções usualmente invocadas – como o fato de seus integrantes não serem eleitos, nem responsáveis pela decisão perante o eleitorado – acrescenta-se a dúvida quanto à sua imparcialidade, pois há o risco de a decisão ser tomada “em causa própria”. Nestes casos, o tribunal ora foge do embate, evitando o risco de sua decisão ser sumariamente desobedecida, ora indica um caminho, valendo-se da autoridade que possui pelo fato de lhe caber institucionalmente a aplicação das normas jurídicas em geral e das normas constitucionais em especial.

3.3.2. Federalismo.

Quanto ao exercício de função política no equilíbrio da federação, esta parece ser uma atribuição facilmente aceita e até necessária, dado que os limites entre a esfera de atuação da União e dos Estados-membros estão definidos (explícita ou implicitamente) na Constituição.

O federalismo é um mecanismo de repartição vertical das competências através do qual se obtém a limitação do poder. Como lembra JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, procura “limitar a atividade do poder público e criar instrumentos para que suas funções sejam cumpridas de acordo com um círculo de competências previamente traçadas”⁸². Esta repartição de competências abrange a divisão das atribuições legislativas, executivas e jurisdicionais entre a União e os Estados. Contudo, como lembra CRUZ VILLALÓN⁸³, juiz do Tribunal Constitucional espanhol, “la distribución de competencias territoriales es una tarea siempre inacabada que requiere siempre ser completada en caso de con-

⁸¹ SILVEIRA, *Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro*, p. 3.

⁸² BARACHO, *Teoria geral do federalismo*, p. 54.

⁸³ CRUZ VILLALÓN, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, p. 87.

flicto (...). Ahí realmente hay que estar innovando constantemente”, porque por melhor estruturada que seja a repartição de competências estabelecida na Constituição, sempre a aplicação em concreto das disposições constitucionais dá margem a alguma dúvida ou conflito. E se tal se afirma de qualquer repartição de competências, com muito mais razão se pode asseverar a respeito de cartas mal sistematizadas quanto ao federalismo, como é a que está em vigor no Brasil.

Como lembra FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA,

“conhecidas as diferentes técnicas de repartição de competências testadas ao longo do tempo, não é difícil identificar no modelo adotado pela Constituição brasileira de 1988 a combinação de praticamente tudo o que já se experimentou na prática federativa”⁸⁴.

Quando a dúvida quanto à repartição constitucional de competências surge, algum órgão deve ser encarregado de dirimi-la, sob pena de se colocar em risco o próprio pacto federativo. Sendo a Constituição uma lei, embora diferenciada, mas ainda uma lei, ninguém melhor que um tribunal para solucionar os conflitos que decorram de seus termos. E como entregar tal tarefa a um tribunal estadual esbarraria no problema da aplicação uniforme do Direito em todo o território nacional – já que determinadas questões são comuns a todos os Estados e não haveria como a decisão de um tribunal de um deles valer para todos os outros – o papel de árbitro do federalismo deve ser entregue a um tribunal da União, com jurisdição sobre todo o território nacional.

3.3.3. Direitos fundamentais.

Quanto à proteção de direitos fundamentais, verifica-se que não é em todo julgamento que os juízes e tribunais têm ocasião de exercer função política. Ao contrário, conforme apontou a unanimidade dos autores, a função normal do Poder Judiciário, de aplicar a lei ao caso concreto, é exercida em princípio *sub legem*, portanto jurisdicional ou administrativa, dependendo da classificação adotada.

Entretanto todo juiz, em alguma medida, cria direito ao julgar casos concretos. O

mesmo se diga do tribunal constitucional, encarregado que é de dar a palavra única ou final em uma disputa baseada na interpretação de um direito fundamental estabelecido na Constituição. Ao reconhecer (ou não) um direito fundamental em uma determinada situação concreta, a corte eventualmente fixa o exato alcance da norma constitucional, alcance que até então não era evidente. Nos casos em que isso ocorre verifica-se a concretização de uma disposição constitucional, e a atividade do tribunal constitucional traduz exercício de função política, porque se relaciona diretamente com a definição do interesse público.

Diga-se de passagem que as constituições recentes têm aumentado o campo de atuação dos tribunais constitucionais, à medida que instituem cada vez mais direitos – por exemplo, direitos sociais – e reduzem, conseqüentemente, o campo juridicamente livre dos demais órgãos do Estado e dos particulares, que ficam sujeitos a um número cada vez maior de disposições constitucionais.

Certo é que esta definição do interesse público, quando da proteção de direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais, pode ocorrer por ocasião do controle de constitucionalidade de atos privados, judiciais, executivos ou legislativos. Privados, em litígios disputados entre particulares com base apenas em norma constitucional, ou quando a definição do alcance desta norma seja fundamental para o desenlace da causa. Judiciais, quando uma decisão proferida por um juiz ou tribunal negar vigência a regra constitucional. Executivos, quando atos administrativos ofenderem diretamente a Constituição (e apenas ela, o que vale tanto para os atos privados quanto para os judiciais ou executivos, já que a ofensa concomitante à lei se resolve por mero controle de legalidade, prescindindo da análise da questão constitucional). E, finalmente, controle sobre atos legislativos, sempre que contrariarem formal ou materialmente as normas constitucionais.

O fundamental para caracterizar o exercício de função política, em qualquer caso, é que o tribunal constitucional defina o interesse público ao interpretar a Constituição. Se o tribunal constitucional se limita a repetir uma orientação já adotada anteriormente, a decidir segundo um alcance da regra constitucional já fixado em outra oportunidade, significa que a função política foi exercida da primeira vez, mas não nas subseqüentes, em que a definição do interesse público foi meramente reiterada. Nestas, terá havido mera aplicação da norma, atividade que não se confunde com o desempenho de função política. Embora a repetição de decisões anteriores eventualmente possa caracterizar função política, desde que

⁸⁴ ALMEIDA, *Competências na Constituição de 1988*, p. 79.

a velha interpretação se aplique a uma nova situação. Porque mudadas as circunstâncias fácticas, a primeira aplicação da norma constitucional incidente sobre a situação, ainda que fiel à jurisprudência tradicional, traduz nova definição do interesse público (quicá conservadora, ou mesmo reacionária). Portanto, configura desempenho de função política.

3.3.4. O controle do funcionamento das instituições democráticas.

Dentre as competências entregues às cortes constitucionais capazes de ensejar o exercício de função política, encontra-se a de assegurar a observância das regras da Democracia (eleições, plebiscitos, referendos).

Verifica-se em última análise que o resultado de um julgamento envolvendo esta questão resulta no apoio indireto a uma corrente partidária e repúdio a outra, por mais que a decisão se revista de carácter jurídico e obedeça a todos os requisitos formais de um julgado. Viu-se exemplo disso em disputa presidencial norte-americana⁸⁵. Contudo, é mais conveniente deixar esta tarefa a cargo do Poder Judiciário, eventualmente através de seu mais alto tribunal, do que a cargo do legislativo ou executivo eleitos. A experiência brasileira o demonstra. A verificação de poderes levada a efeito pelos órgãos legislativos durante a República Velha, a pretexto de preservar a regularidade do processo eleitoral, tornou-se conhecida como “degola”, isto é, a eliminação de candidatos de oposição através da desconsideração de urnas e votos que lhes seriam mais favoráveis.

A atuação das cortes constitucionais na preservação das regras de participação democrática pode significar ou não exercício de função política. Quando julga impugnação de urna certamente não; quando estabelece regras da disputa, ao decidir um caso, definindo em que consiste o interesse público na concretização da democracia, aí sim desempenha função política.

⁸⁵ Na eleição de setembro de 2000, disputaram a presidência o democrata Al Gore e o republicano George W. Bush. A batalha judicial relativa à apuração dos votos do Estado da Flórida, afinal resolvida pela Suprema Corte, foi decisiva para o resultado final das eleições, favorável ao republicano.

3.4. CONSEQÜÊNCIAS DO DESEMPENHO DE FUNÇÃO POLÍTICA PELOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.

3.4.1. Definição do interesse público e dos meios para implementá-lo.

A primeira conseqüência do desempenho de função política pelos tribunais constitucionais é evidente. Ao decidirem casos sujeitos a sua análise, e que dizem respeito a temas fundamentais, os tribunais constitucionais participam da definição do interesse público e da escolha dos meios para sua realização. Os tribunais constitucionais elaboram uma parte da política estatal (embora a maior parte desta política, nas democracias, deva ser elaborada pelos representantes diretamente eleitos pelo povo).

Isso não quer dizer que, ordinariamente, caiba aos tribunais a iniciativa de definir o interesse público, ou de escolher os meios para sua efetivação. Os tribunais constitucionais normalmente agem mediante provocação. A iniciativa é tarefa para outros órgãos de soberania (parlamento, primeiro ministro, presidente da república, por exemplo). Mas os tribunais constitucionais participam da definição do interesse público ao confirmarem, ou negarem validade, a uma definição do interesse público feita por um dos órgãos de soberania. E participam da escolha dos meios adequados para sua implementação ao confirmarem, ou negarem validade, à opção feita por um dos órgãos de soberania.

Além dessa conseqüência óbvia, o desempenho de função política pelos tribunais constitucionais gera outras, a seguir analisadas.

3.4.2. Efetivação da supremacia da Constituição e de sua legitimidade.

No desempenho da tarefa de controlar a constitucionalidade dos atos jurídicos infra-constitucionais – o que dá oportunidade para eventualmente ocorrer o exercício de função política – os tribunais constitucionais efetivamente impedem atentados contra a Constituição, ou corrigem aqueles que se concretizam. Por isso, contribuem para a efetivação e preservação da supremacia constitucional.

Além disso, a atuação dos tribunais constitucionais aumenta a legitimidade da própria Constituição, pois transmite à população a certeza de que algum órgão está permanentemente a zelar pela preservação da supremacia da carta contra ataques de qualquer dos ramos estatais, e mesmo decorrentes de atividade privada, e também está sempre a construir a melhor interpretação do texto constitucional.

3.4.3. Efetivação da legitimidade dos atos infra-constitucionais.

Outra consequência da atuação dos tribunais constitucionais no desempenho de função política é o fato de conferirem uma carga extra de legitimidade aos atos infra-constitucionais submetidos à sua apreciação. É a propriedade legitimante dos tribunais constitucionais. Conforme lembra com pertinência JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA⁸⁶, com a experiência de presidente do Tribunal Constitucional português:

“Em muitos casos, e no exercício dessa sua função de garante da fidelidade essencial à Constituição do ‘processo político’ (uso a expressão, evidentemente, no seu sentido mais restrito), tem o Tribunal sido conduzido a julgar ou declarar inconstitucionais as normas jurídicas submetidas à sua apreciação – agindo assim como instância ‘correctora’ do procedimento legislativo ou das opções feitas e das soluções adoptadas pelos órgãos detentores da correspondente competência.

Não são menos importantes, porém, os casos ou situações inversas, em que o Tribunal concluiu pela não desconformidade com a lei fundamental das normas sujeitas ao seu veredicto, conferindo-lhes assim, e às escolhas políticas que lhes estão subjacentes, um complemento ou suplemento de legitimidade. É este – o da dimensão ‘legitimante’ da justiça constitucional – um aspecto frequentemente esquecido ou deixado na sombra, mas não menor, da actuação dos tribunais constitucionais – e até, porventura, o que, numa perspectiva sistémica do princípio da divisão dos poderes, melhor exprime o seu posicionamento no quadro institucional do Estado democrático e o sentido último de sua função: proferir a palavra final que, inspirada tão-só *more juridico* e ‘concertando-se’ com a que exprime a vontade política dos órgãos legislativos, é necessária para que as normas por estes editadas recebam plena e indiscutida força obrigatória.”

De fato, uma vez aceita pelo tribunal constitucional, só a revogação pode retirar uma norma do ordenamento jurídico vigente. Nenhuma dúvida razoável pode ser oposta à sua validade. Assim, a atuação da corte constitucional, sobretudo quando o tribunal de fato goza de legitimidade junto ao povo, aumenta a legitimidade e consolida a obrigatoriedade do ato (legislativo, executivo ou judiciário) confrontado com a Constituição, e que passou intacto pelo controle de constitucionalidade.

3.4.4. Direcionamento da atividade de outros órgãos estatais.

A função política dos tribunais constitucionais, sobretudo em razão do controle de constitucionalidade, contribui para direcionar a atividade dos ramos legislativo, executivo e judiciário do poder. É que quando as cortes constitucionais consideram um determinado ato inconstitucional e nulo, se o legislador insistir em regulamentar a matéria evitará incidir novamente na inconstitucionalidade já apontada pela corte constitucional, e com isso a nova norma já nascerá com uma presunção de constitucionalidade maior, embora ainda possa ser contestada se não parecer totalmente conforme à decisão do tribunal constitucional. O mesmo se diga dos atos executivos e judiciais.

3.5. LEGITIMIDADE DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS PARA EXERCER FUNÇÃO POLÍTICA.

Tendo em vista que ficou estabelecido que as cortes constitucionais desempenham parte da função política do Estado, passa-se agora à análise de uma questão de suma relevância: o exercício de função política por estas cortes ocorre com observância do princípio democrático, apesar de seus integrantes não serem escolhidos pelo voto popular? Ou, pelo contrário, o exercício de função política pelas cortes constitucionais é usurpação de um poder que só deveria ser exercido por órgãos eletivos e pelo próprio eleitorado?

Convém examinar os principais argumentos, contrários e favoráveis, relativos à legitimidade democrática das cortes constitucionais para o desempenho de suas atribuições, inclusive o exercício de função política.

⁸⁶ COSTA, *Discurso de sua excelência o Presidente do Tribunal Constitucional*, p. 30.

3.5.1. Argumentos contrários.

Quanto aos argumentos que negam legitimidade democrática aos Tribunais para assumir função política, há aqueles que se baseiam na idéia, tradicional na Europa, de supremacia do parlamento, sendo a introdução do controle de constitucionalidade sobre as leis uma “novidade” do século XX. Como lembra FAVOREU, “nos Estados Unidos, a Constituição é sagrada; na Europa, é a lei que é sagrada.”⁸⁷

3.5.1.1. Juízes não são eleitos.

É o chamado argumento da democracia, assim sintetizado por RONALD DWORKIN⁸⁸:

“as decisões políticas, segundo este argumento, devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade com um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira. Esse princípio aplica-se a todas as decisões políticas, inclusive à decisão de quais direitos os indivíduos têm e quais destes deve ser possível impor judicialmente. Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao *aplicar* a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob controle popular.”

A resposta a esta objeção será devidamente analisada mais adiante, mas desde logo é possível fazer duas ponderações.

Em primeiro lugar, a democracia não se resume ao princípio majoritário, mas inclui também regras de preservação das minorias, como a liberdade de pensamento e de expressão e o respeito ao direito de oposição. Segundo JOSÉ DE SOUZA E BRITO⁸⁹, o princípio majoritário só serve para questões sensíveis à escolha, e não para questões insensíveis à es-

⁸⁷ FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, p. 8: “aux États-Unis, la Constitution est sacrée; en Europe c’est la loi qui est sacrée”.

⁸⁸ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, p. 17.

⁸⁹ BRITO, *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, p. 39-47.

colha (a terminologia é de DWORKIN). Ou seja, juízes constitucionais são mais qualificados para resolver questões de princípio, assim como o Poder Legislativo e o Poder Executivo são mais qualificados para decidir questões de política. Claro que sempre há o problema de distinguir precisamente quais são as questões sensíveis à escolha e quais não são. Para SOUZA E BRITO, à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, do qual ele faz parte, o verdadeiro critério distintivo é a estrutura da norma: são questões de princípio as inseridas na Constituição com estrutura de *regra de conduta*, diretamente aplicáveis, e não com estrutura de *princípios* relativamente vagos, em que o campo discricionário do legislador é maior, ou de *normas programáticas*, em que o campo discricionário do legislador é máximo.

Em segundo lugar, juízes de cortes constitucionais não são eleitos *diretamente* pelo povo, mas *indiretamente* sim. No Brasil, por exemplo, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é feita pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal. Esse fato, se não substitui a eleição direta, ao menos confere ao tribunal constitucional alguma representatividade popular (indireta), com a vantagem de evitar os inconvenientes de disputa eleitoral pelo cargo, com o possível comprometimento da imparcialidade e independência daí decorrente.

Aliás, no caso da Constituição brasileira de 1988 o princípio da maioria não é absoluto, sendo excepcionado pela própria Carta, dado que o art. 60, § 4º, exclui a possibilidade de abolição de certas matérias, mesmo por maioria qualificada de três quintos dos congressistas em dois turnos de votação. E, como o Presidente da República não tem poder de veto sobre emendas constitucionais, se o Poder Legislativo violar o citado § 4º, só o Supremo Tribunal Federal poderá corrigir a situação, declarando nula a deliberação do órgão de representação popular. Claro que neste caso os críticos dirão que o tribunal constitucional substitui a visão do legislador pela sua própria visão, mas os defensores da atuação do tribunal, por sua vez, dirão que este, ademais de estar amparado na Constituição, cujo texto será invocado como razão de decidir, substitui a visão do legislador não pela do próprio tribunal, mas pela visão do constituinte originário.

3.5.1.2. O exercício de função política pelas cortes constitucionais viola a separação de poderes.

Esta crítica, em verdade, baseia-se na versão simplificada da doutrina de MONTESQUIEU, segundo a qual a separação entre as funções de legislar, administrar e julgar

seria absoluta, ficando cada ramo do poder afastado do desempenho de funções pertencentes a outros ramos, o que certamente não corresponde ao pensamento do autor de *Do espírito das leis*.

A separação de poderes exige independência e harmonia (conforme estatui, por exemplo, o artigo 2^o da Constituição brasileira). A harmonia entre os poderes não proíbe, antes autoriza a instituição de controles recíprocos, de um sistema de freios e contrapesos.

Aliás, para J. C. VIEIRA DE ANDRADE, o choque entre a jurisdição constitucional e a maioria legiferante não é tão generalizado quanto normalmente se crê. Na fiscalização abstrata preventiva não ocorre conflito, em Portugal, porque a decisão do Tribunal Constitucional é contornável, e no Brasil, porque nem existe esta modalidade de controle pelo Supremo Tribunal Federal. Na fiscalização concreta não há conflito, porque os efeitos atingem apenas as partes e implicam apenas a escolha da norma aplicável a um caso concreto. E na inconstitucionalidade por omissão também não há conflito, porque o tribunal constitucional não legisla, apenas constata e aponta a lacuna normativa. Assim, o único campo em que o conflito se apresenta é o do controle de constitucionalidade abstrato e *a posteriori*, de modo que “a questão se põe *no momento da fiscalização* e, portanto, na perspectiva do juiz constitucional, isto é, surge como uma questão de auto-limitação (...) do juiz.”⁹⁰ E, nesse campo restrito, parece estar em boas mãos o poder de decidir, pois é melhor entregá-lo a juízes amparados por garantias de independência do que à maioria ocasional do parlamento.

3.5.1.3. A politização do órgão jurisdicional politiza as decisões.

Outro argumento contrário ao exercício de função política pelos tribunais constitucionais é o que sustenta que essa tarefa leva a uma politização da corte, com a conseqüente politização das decisões, em detrimento da boa técnica jurídica.

Essa crítica já constava da obra de CARL SCHMITT, publicada na década de 1930⁹¹:

“Lo mas cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Dere-

⁹⁰ ANDRADE, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, p. 84.

cho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. [...] la consecuencia no sería una judicialización de la Política, sino una politiquización de la Justicia.”

Contudo, a crítica ao Judiciário politizado parte da idéia que quanto maior o grau de politização do juiz, menor o grau de segurança e previsibilidade nas decisões. Esta objeção está apoiada em dois postulados falsos.

Primeiro, pressupõe que é possível julgar sem ter atitude política, o que contraria a natureza humana, que é valorativa por excelência. Raramente o ser humano presencia fatos sem lhes atribuir um conceito favorável ou desfavorável. A objeção recusa o julgamento politizado como se algum outro fosse possível. Como se coubesse ao juiz escolher entre ter e não ter uma atitude política diante da norma a aplicar. A margem de atuação política do juiz, em cada caso, não é determinada apenas por ele, pelo seu desejo de ser mais ativo ou mais contido, mas principalmente pelo grau de ambigüidade da norma. Quanto mais imprecisos os termos em que está redigida a norma, mais margem para o exercício de função política pelo juiz, quer ele queira, quer não.

Se a matéria examinada é estritamente jurídica, assim será decidida; em um assunto que nada tenha de político, que seja estritamente técnico, não há motivação para que os juizes das cortes constitucionais deixem de aplicar a norma jurídica em favor de uma deliberação política.

Segundo, o repúdio à politização do juiz parte do pressuposto que as decisões estritamente técnicas, nos exatos termos da lei, são melhores, o que também não é verdade. A decisão com aplicação literal da lei pode até ser a melhor, muitas vezes de fato é, mas nem sempre. Depende do conteúdo da lei aplicada (justo ou injusto), depende da matéria jurídica debatida (no Direito Tributário a aplicação literal da lei tende a ser mais adequada do que no Direito de Família, por exemplo, em que o próprio legislador confere maior espaço de manobra ao juiz).

Por outro lado, é forçoso admitir que em um ou outro caso acontece de o juiz decidir baseado mais em sua convicção pessoal do que em critério técnico. E é evidente que esta decisão deve ser corrigida se violar a lei ou a Constituição. O importante, contudo, é que

⁹¹ SCHMITT, *La defensa de la constitución*, p. 57.

isto ocorra em um ou outro caso, sem colocar em dúvida a legitimidade do Poder Judiciário como um todo, e dos tribunais constitucionais em especial, para a aplicação do ordenamento jurídico.

3.5.1.4. Juízes formam uma classe e integram a elite.

É comum afirmar-se que, em uma democracia, o Judiciário é o menos democrático dos três ramos tradicionais do poder, tanto por causa da formação elitista de seus membros – necessariamente concluíram estudos superiores em Direito – quanto pelo fato de a nomeação para os cargos judiciais ser, em muitos ordenamentos jurídicos, para toda a vida ou até a aposentadoria compulsória em função de idade avançada, ensejando assim a formação de uma classe separada do restante da sociedade.

Quanto ao fato de serem formados em Direito, esse critério de seleção, embora tenha traços elitistas, não é mal visto. Pelo contrário, se é verdade que o acesso às magistraturas é vedado a quem não tenha formação em Direito, também é verdade que o acesso às Faculdades de Direito é livre, mediante aprovação em um sistema de seleção dos candidatos com base no mérito, não em uma origem social específica. Quando muito, pode haver limitações econômicas para determinados candidatos, que podem ser superadas com políticas públicas adequadas. Contanto que a seleção dos magistrados exija conhecimentos jurídicos, mas não dependa de convicções religiosas, filosóficas ou políticas dos candidatos, não há necessariamente a formação de uma classe pelo fato de todos os juízes terem formação em Direito.

E, quanto ao fato de os juízes sentirem-se como classe à parte por integrarem a mesma carreira, estarem sujeitos a regras semelhantes e terem um padrão de vida razoavelmente uniforme, isso não representa, por si só, uma violação ao princípio democrático, dado que o mesmo ocorre frequentemente com funcionários públicos, professores, metalúrgicos, estivadores, militares e numerosas outras categorias profissionais. E se por um lado é verdade que os magistrados se distinguem dessas outras categorias pelo fato de desempenharem função política, de modo que no seu caso específico a consciência de classe – cuja exacerbação leva ao corporativismo – se mostra mais atentatória contra o princípio democrático, por outro lado esse fato é contrabalançado por limitações e controles que não incidem sobre outros grupos.

A crítica, em realidade, é a renovação do argumento de MONTESQUIEU⁹² em favor de um Judiciário composto de juízes temporários, que não constituíssem um corpo separado do restante da população, marcado por interesses próprios e não sujeito às regras comuns a todos os demais indivíduos. Esse argumento parece um exagero, e não é consensual a idéia de que decisões de juízes temporários (como no júri) são sempre melhores que as decisões de juízes de investidura permanente.

Na verdade, só se torna antidemocrático o fato de juízes nutrirem sentimento de classe, de resto inevitável em uma magistratura de investidura vitalícia, primeiro, se utilizarem o poder jurisdicional como instrumento de pressão para fazer valer suas razões, por exemplo, retardando o andamento de processos de interesse do Estado, como a cobrança judicial de tributos, para deste modo obter ganhos de remuneração que não seriam obtidos pelo diálogo com os demais ramos do poder. E, segundo, se utilizarem o espírito de classe para cometer desmandos, certos de que serão acobertados pelo corporativismo de seus pares, por exemplo, na prática de atos de desvio das verbas públicas, de prevaricação ou de corrupção passiva. Mas em ambos os casos – uso de decisões em casos concretos como forma de persuasão (porque desacreditaria a Justiça) e uso do sentimento de classe para acobertar desmandos (porque desacreditaria os juízes) – o espírito de classe da magistratura é não só antidemocrático como ilegal, tanto quanto seria antidemocrático e ilegal militares passarem a usar armamento de combate para exigir melhoria salarial ou acobertar desmandos de outros militares.

Desvios desta natureza são passíveis de correção, no âmbito do próprio Poder Judiciário e, eventualmente, perante órgãos pertencentes a outros ramos do poder, como ocorre no direito brasileiro, em que desvios de conduta de juízes são reprimidos pelo Conselho Nacional de Justiça⁹³ e crimes de responsabilidade de Ministro do Supremo Tribunal Federal são julgados pelo Senado Federal⁹⁴.

Em resumo, não há elitismo em se exigir formação jurídica dos magistrados, desde que as escolas de Direito estejam abertas a todas as classes sociais. E o fato de os juízes se considerarem uma classe não é necessariamente ruim, não é característica exclusiva dos magistrados, não pode ser completamente evitado e não escapa a controle, por parte dos órgãos jurisdicionais superiores, normalmente, e eventualmente por parte do próprio eleito-

⁹² MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, livro XI, capítulo VI.

⁹³ CF/88, art. 103-B, § 4º, III, acrescentado pela EC nº 45/04.

rado, através de órgãos representativos como o Senado.

3.5.1.5. O tribunal constitucional fixa sua própria competência.

Outra crítica que se faz, mencionada já em 1931 por CARL SCHMITT⁹⁵, decorre do fato dos tribunais constitucionais fixarem sua própria competência.

Parece um atentado ao princípio democrático, e mesmo à segurança do Direito, que um órgão estatal seja capaz, em última análise, de escolher se quer atuar ou não, independentemente de qualquer consideração a respeito da vontade popular. A crítica assenta-se tanto na possibilidade de os tribunais interferirem indevidamente em opções políticas do legislador ou do administrador, com o objetivo de substituir a vontade deles pela sua, quanto na possibilidade inversa, de a corte constitucional recusar-se a decidir uma controvérsia incluída em sua competência, com a volta ao *non liquet* abandonado desde os primórdios do Direito Romano.

Entretanto a alternativa a essa possibilidade seria transferir a fixação da competência dos tribunais constitucionais para outros órgãos, o que se mostra de tal modo perigoso para as liberdades individuais e o bom funcionamento das instituições que a maioria dos sistemas só admite alterações nesse campo através de manifestação do poder constituinte derivado.

3.5.2. Argumentos favoráveis.

Os argumentos acima expostos são os que sustentam que o exercício de função política pelos tribunais constitucionais constitui usurpação da soberania popular, um mal em si, independentemente do conteúdo das decisões proferidas. Por outro lado, os argumentos em favor da tese oposta – qual seja, a de que as cortes constitucionais têm legitimidade para exercer função política, sem que isso implique qualquer afronta ao princípio democrático – são muitos e ponderáveis. Os principais argumentos são relacionados e analisados abaixo, sendo certo que nem todos são aplicáveis a todos os tribunais constitucionais.

⁹⁴ CF/88, art. 52, II.

⁹⁵ SCHMITT, *La defensa de la constitución*, p. 94.

3.5.2.1. Fundamento na Constituição.

Por serem órgãos constitucionalmente previstos, e portanto oriundos da vontade direta do poder constituinte originário, os tribunais constitucionais, mesmo se não têm seus juízes escolhidos por eleição popular, não são menos legítimos por isto, já que tanto sua existência quanto a forma de nomeação de seus integrantes foram determinadas expressamente pela própria Constituição.

No fundo, é o mesmo argumento que justifica a supremacia das disposições constitucionais sobre os desígnios do legislador ordinário: parte-se do princípio que o povo soberano, através de seus representantes, deliberou de forma mais cuidadosa e refletida – de forma mais consensual até – quando elaborou a Constituição do que o faz quando elabora as leis ordinárias. Por isso a vontade da maioria constituinte prevalece sobre as deliberações da maioria, às vezes acidental e açodada, do órgão legislativo. Ou, em outros termos, o que se verifica é um confronto entre maiorias – a maioria constituinte e a maioria legislativa ordinária – com a preponderância da primeira sobre a segunda.

É bem verdade o fato da legitimidade do tribunal constitucional se apoiar na Constituição remete ao problema da legitimidade da própria Constituição. Mas essa legitimidade é o dogma sobre o qual se assenta todo o edifício constitucional. Admitindo-se – como aqui se admite – que a Constituição seja o legítimo instrumento de organização do Estado e de seu funcionamento, é forçoso admitir que o tribunal constitucional nela previsto também possui a mesma legitimidade.

Outro aspecto digno de nota é o fato de um princípio como o da supremacia constitucional exigir que algum órgão seja encarregado do controle de constitucionalidade. Se a Constituição é superior a todos os demais atos jurídicos, que com ela devem estar em sintonia, e não em contradição, pelo menos um órgão deve ser encarregado de averiguar essa conformidade e assegurar essa supremacia, sob pena da Constituição tornar-se mera declaração de intenções desprovida de conteúdo vinculante. Por isso, se a Constituição estabelecer uma corte constitucional, encarregando-a da tarefa de assegurar a constitucionalidade de todos os atos jurídicos, é evidente que essa corte tem legitimidade.

3.5.2.2. Separação de poderes.

O princípio da separação de poderes foi invocado, conforme visto acima, para criticar o exercício de função política pelos tribunais constitucionais, como se esse exercício fosse uma intromissão indevida na esfera do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Entretanto, esse mesmo princípio consagra um sistema de freios e contra-pesos por meio do qual o poder detém o poder. A Constituição não negou o princípio quando repartiu a elaboração da lei e a verificação de sua constitucionalidade para entre diferentes ramos do poder. Se essas duas atribuições ficassem com o mesmo órgão ou ramo do poder, o risco desse órgão legislar deliberadamente de forma inconstitucional, para em seguida deixar de declarar nula sua própria regra certamente seria maior.

Cerca de quinze anos antes de *Marbury vs. Madison*⁹⁶, que consagrou jurisprudencialmente o controle de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte norte-americana, HAMILTON⁹⁷ já sustentava:

“as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica, e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.”

Quanto à possibilidade de tal controle exercido pelo tribunal supremo constituir usurpação de competência legislativa ou desrespeito ao princípio da separação de poderes, essa idéia já fora aventada – e rejeitada – pelo mesmo HAMILTON⁹⁸:

“Cabe por fim observar que o risco de invasões, por parte do judiciário, na autoridade do Legislativo, tantas vezes mencionado, não passa de uma fantasia. Podem ocorrer de quando em vez inter-

⁹⁶ U.S. 5 (1 Cranch), 137 (1803).

⁹⁷ HAMILTON, MADISON e JAY, *O federalista*, nº 78.

pretações errôneas e violações da intenção do legislador, mas sem atingir um grau capaz de afetar a ordem do sistema político, como pode ser inferido seguramente da natureza geral do Poder Judiciário, dos assuntos a ele referentes, da maneira como o exerce, de sua relativa fraqueza e sua total incapacidade para recorrer à força em apoio às suas usurpações.”

No controle do legislador a corte constitucional só tem a possibilidade de impedir, jamais a de estatuir⁹⁹. Declara uma norma nula, mas não pode estabelecer outra no lugar, motivo pelo qual não invade a competência do Poder Legislativo.

Na separação de poderes, cada um dos ramos do poder estatal deve exercer plenamente sua competência, mas também deve zelar pela preservação da harmonia. A cada poder cabe não só limitar sua atuação ao campo estabelecido pelas disposições constitucionais, mas também resistir diante de uma eventual tentativa de invasão de sua competência por outro poder.

O exercício de função política pelos tribunais constitucionais não viola, antes dá cumprimento ao princípio da separação de poderes, pois mantém os outros dois ramos dentro dos limites traçados pela Constituição.

3.5.2.3. Proteção das minorias.

A composição supostamente não democrática do tribunal constitucional tem até vantagens para a preservação da democracia. Pela maneira de deliberar, quando integrante do Poder Judiciário, o tribunal constitucional é o órgão de soberania que mais assegura paridade entre os interesses em conflito, mesmo se um dos interessados é pequeno demais para ter voz junto aos outros poderes. O Poder Judiciário é o ramo a que podem recorrer, com mais esperanças, as minorias. O poder mais fraco¹⁰⁰ é o poder dos mais fracos. Tanto é assim que as regras processuais sempre buscam equilibrar partes desiguais, dando a elas a igualdade, senão material, pelo menos processual.

⁹⁸ HAMILTON, MADISON e JAY, *O federalista*, nº 81.

⁹⁹ A distinção é de MONTESQUIEU em *Do espírito das leis*, livro XI, capítulo VI: “Chamo *faculdade de estatuir* o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo *faculdade de impedir* o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro”.

¹⁰⁰ HAMILTON, MADISON e JAY, *O federalista*, nº 78.

No legislativo há regras destinadas a assegurar o direito de oposição das minorias parlamentares. Mas essa garantia é insuficiente, não só porque alguns interesses são pequenos demais para serem ouvidos até por partidos políticos minoritários – e nenhum interesse é pequeno demais para o Poder Judiciário – mas também porque têm sido erguidas dúvidas relevantes quanto ao fato de os partidos políticos serem os melhores canais de comunicação entre os detentores do poder e o povo.

Seja como for, o fato de serem conferidas garantias à magistratura e aos magistrados – inclusive aos integrantes das cortes constitucionais – assegura que eles possam decidir na preservação dos direitos da minoria, ainda que tal decisão seja extremamente impopular.

E a proteção aos direitos das minorias – tão importante para a democracia quanto o respeito ao princípio majoritário – confere legitimidade às cortes constitucionais.

3.5.2.4. Modo de decidir.

As decisões dos tribunais constitucionais devem ser sempre públicas, quase sempre são motivadas e articuladas, e geralmente são baseadas nas alegações das partes. Se não em todas as alegações, pelo menos naquelas necessárias e suficientes para a tomada de posição. Algumas constituições chegam a determinar a necessidade de publicidade e fundamentação de forma expressa, como faz a atual Constituição brasileira¹⁰¹. Esta preocupação com a prestação de contas à sociedade não existe de forma tão evidente nos outros ramos do poder, onde há decisões que não são públicas (como algumas tomadas pelo governo em assuntos de segurança nacional, ou algumas deliberações do parlamento em sessões secretas) e decisões não motivadas ou fundamentadas (como são os votos dos parlamentares em plenário, que só são motivados se eles o desejarem, e não como parte da votação, mas como mera prestação facultativa de contas ao eleitorado).

Outras regras sobre o modo de decidir também podem favorecer a preservação da legitimidade do tribunal constitucional. No Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, existe regra interessante sobre o modo de deliberar, que facilita a renovação da ju-

¹⁰¹ É o que determina o art. 93, IX da CF/88, com a redação dada pela EC nº 45/04: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

risprudência do tribunal, mantendo-o sintonizado com as mudanças da sociedade. É nesse sentido o depoimento do ex-Ministro do Supremo Tribunal, OSCAR DIAS CORRÊA¹⁰²:

(...) o próprio processo de votação no Supremo Tribunal Federal facilita a inovação, quando conveniente: na Corte, o primeiro a votar – após o Relator – é sempre o mais moderno; o segundo, etc., até o mais antigo.

Isso permite que os que chegam possam, desde logo, pronunciar-se sobre as questões, sem que apenas venham a votar quando os mais antigos – e, por isso mesmo, presumivelmente mais presos à jurisprudência da Corte – já firmaram posição.

O que, a princípio, parece estranho – e estranhei eu, ao chegar, que, inexperiente, fosse o primeiro a votar, sempre – tem, no fundo, este efeito salutar.”

3.5.2.5. Modo de escolha de seus integrantes.

Primeiramente é necessário lembrar que, de um modo geral, a escolha dos juízes que integram uma corte constitucional se dá de acordo com as disposições da Constituição, de modo que delas os juízes extraem sua legitimidade.

Por suposto, vislumbra-se um caráter mais acentuadamente democrático dos tribunais constitucionais quando as regras da Constituição sobre a nomeação de seus integrantes determinam a participação dos representantes do povo, como ocorre no caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro, da Suprema Corte norte-americana, do Conselho Constitucional francês, e outros. Nessa hipótese, ainda que de modo indireto, pode-se dizer que seus membros são escolhidos pelo povo. Como aponta FAVOREU¹⁰³,

“este modo de designação dos juízes constitucionais pelas autoridades políticas por razões políticas, longe de constituir uma *tara*

¹⁰² CORRÊA, *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*, p. 108.

¹⁰³ FAVOREU, *La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles*, p. 231: “ce mode de désignation des juges constitutionnels par des autorités politiques pour des motifs politiques, loin de constituer une *tare* des systèmes de justice constitutionnelle, est au contraire une qualité et même une nécessité; car la légitimité de la justice constitutionnelle repose en grande partie, sur cet-

dos sistemas de justiça constitucional, é pelo contrário uma qualidade e mesmo uma necessidade; pois a legitimidade da justiça constitucional repousa em grande parte nesta técnica de designação, assim como ela é geralmente admitida hoje em dia”.

Por outro lado, os mecanismos de designação, além de assegurarem a participação de representantes do povo, procuram assegurar também o pluralismo na composição das cortes constitucionais. Em alguns sistemas, a designação de seus integrantes compete ao presidente da república, com aprovação do legislativo (Brasil, Estados Unidos).

Nesse caso, há duas medidas favoráveis ao pluralismo: primeiro, a sucessão de presidentes de diferentes perfis políticos assegura uma alternância no perfil dos magistrados designados; segundo, o fato da maioria do órgão legislativo adotar ou não a mesma linha política do presidente contribui para a diversidade de perfil dos nomeados. Em outros sistemas repartem-se as nomeações entre diferentes órgãos (França, Itália), de modo a assegurar a diversidade de influências, já que dificilmente órgãos diferentes serão ideologicamente idênticos.

Por fim, acrescenta-se ainda que a renovação da composição das cortes constitucionais não se faz, em geral, *per saltum*, mas sim pouco a pouco, possibilitando uma evolução tão constante e gradual quanto a que se verifica na própria sociedade. É o que ocorre, por exemplo, no Conselho Constitucional francês, cujos nove membros são substituídos três por vez, a cada três anos, ou nos Estados Unidos e no Brasil, onde a substituição dos membros vitalícios ocorre em momentos quase aleatórios, em razão de morte, renúncia, aposentadoria ou por perda do cargo.

3.5.2.6. Perfil dos nomeados.

Por outro lado, e quase como consequência do que se acabou de mencionar, o perfil dos nomeados acaba sendo variado, o que faz com que a sociedade, igualmente pluralista, reconheça a legitimidade da corte constitucional justamente em razão do pluralismo de sua composição.

No caso brasileiro, ao longo da história republicana têm sido escolhidos para o Supremo Tribunal Federal cidadãos de origem variada, de forma a dotar a Corte de pessoas

te technique de désignation, ainsi qu’il est admis aujourd’hui de manière générale”.

tão diferentes entre si que permitam que ela forme seu juízo a respeito das questões jurídicas e políticas a partir de prismas bastante diversificados. Tão diversificados quanto os que seriam encontrados na população em geral, se ela pudesse ser ouvida (ressalvadas, naturalmente, as limitações estatísticas decorrente do pequeno número de assentos no Supremo Tribunal Federal em relação ao número de habitantes do Brasil).

A restrição ao apontado pluralismo ainda é, embora cada vez menos, a pequena participação feminina nas cortes constitucionais. A Suprema Corte americana, o Conselho Constitucional francês e mais recentemente o Supremo Tribunal Federal brasileiro acolheram em seu seio mulheres, objetivando reduzir assim este déficit de legitimidade. Esta menor (em verdade nenhuma) participação feminina se justificava, outrora, pela menor quantidade de mulheres com formação jurídica, se comparada ao número de homens. Mas já de algum tempo as faculdades de Direito têm recebido estudantes de ambos os sexos em proporção praticamente idêntica, de modo que o reflexo disto na magistratura já se faz sentir, e logo os tribunais constitucionais também serão compostos, provavelmente, de homens e mulheres na mesma proporção.

Por outro lado, também a experiência anterior à nomeação dos integrantes das cortes constitucionais contribui para que gozem de legitimidade perante a opinião pública. Muitos possuem larga experiência na magistratura, o que faz com que conheçam bem o ofício de aplicar o Direito. Os que não foram juízes de carreira se legitimam com cargos no Ministério Público, na advocacia, e não raro na política, o que é também bastante útil em um tribunal constitucional, como demonstra, por exemplo, o fato de um dos maiores juízes da Suprema Corte norte-americana no século passado ter sido exatamente o ex-governador da Califórnia Earl Warren, que se destacou mais por ser experiente nos negócios públicos e hábil na condução dos julgamentos do que propriamente por sua cultura jurídica.

Por fim, um fator considerado fonte de legitimidade é o fato de muitas constituições exigirem uma idade mínima para a nomeação para o cargo de membro da corte constitucional. Esta idade se situa, em geral, por volta dos trinta e cinco anos, ponto a partir do qual se obtém uma boa mescla entre a experiência e a disposição para o trabalho. Mesmo onde não há limite expresso, raramente se nomeia para o tribunal constitucional pessoa com idade inferior a essa.

3.5.2.7. Baixo potencial lesivo.

Outra característica do Poder Judiciário, que existe também nas cortes constitucio-

nais, mesmo quando estabelecidas como um órgão de soberania não integrante deste poder, é que suas decisões só podem ser proferidas mediante provocação de algum interessado. Como lembra AROLDO PLÍNIO GONÇALVES¹⁰⁴, o

“princípio *nemo iudex sine actore* vale para qualquer instância, e mesmo quando se põe em questão a própria constitucionalidade da lei. Se não houver provocação, seja qual for a agressão a direito, individual ou coletivo, mesmo que se trate de violação de norma constitucional, mesmo que essa violação seja gritante e manifesta, o Judiciário a ela assiste inerte, pois não tem mecanismo para contê-la”.

Não tendo a faculdade de estatuir, não tendo controle direto sobre a arrecadação do Estado, ou sobre a quase totalidade do funcionalismo público civil e militar, ou sobre o armamento, nem dispondo, em geral, de qualquer respaldo eleitoral, e agindo apenas quando solicitado, é praticamente nenhum o risco de um tribunal constitucional, subvertendo a ordem, assumir de forma autoritária o poder.

MONTESQUIEU¹⁰⁵ afirmou que “dos três poderes [...], o de julgar é, de algum modo, nulo” e HAMILTON, MADISON e JAY¹⁰⁶, que citam este trecho de MONTESQUIEU, desenvolveram a idéia meramente sugerida pelo francês:

“Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder, percebe desde logo que, em um governo em que eles são 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 seus deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influ-

¹⁰⁴ GONÇALVES, *Poder Judiciário*, p. 29.

¹⁰⁵ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, livro XI, capítulo VI.

ência 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.”

É natural, portanto, que o tribunal constitucional seja visto, como de fato é, tão somente como um defensor da ordem constitucional, eventualmente impotente, mas defensor. Jamais como uma ameaça a essa mesma ordem, o que gera, junto à opinião pública, legitimidade decorrente do fato de ser o menos capaz de lesar, entre os atores do palco político.

3.5.2.8. Neutralidade.

Como visto acima, um dos principais campos onde os tribunais constitucionais têm oportunidade de exercer sua competência é no confronto entre órgãos e entes constitucionalmente previstos.

Por sua neutralidade, o tribunal constitucional – absolutamente não comprometido com as urnas, dado que seus integrantes ora são nomeados vitaliciamente, ora são escolhidos para mandato de prazo certo e não renovável – é, sem dúvida, o árbitro ideal para as disputas entre órgãos cujos titulares foram escolhidos por eleições diferentes, às vezes até por eleitorados hostis entre si e divergentes em suas ideologias.

A neutralidade em relação às paixões políticas decorre principalmente das garantias dadas aos magistrados do tribunal constitucional, que os permitem exercer livremente suas funções. Por isso tais garantias são fundamentais.

3.5.2.9. Tradição.

Em se tratando de tribunal constitucional, quanto mais duradoura sua existência, quanto mais antiga sua participação no cenário político-jurídico de um país, maior a estima de que goza por parte dos cidadãos. O acúmulo de acertos torna mais desculpáveis os eventuais erros cometidos. Mesmo que uma ou outra decisão venha a ser acidamente criticada,

¹⁰⁶ HAMILTON, MADISON e JAY, *O federalista*, nº 78.

e até considerada um desserviço ao bom funcionamento do Estado, se em geral o tribunal constitucional cumpre adequadamente o seu papel, e o faz por um lapso de tempo considerável, as críticas tendem a se focalizar na decisão equivocada, não na instituição.

Em última análise, percebe-se a legitimidade de um tribunal constitucional pelo fato de suas decisões, ainda que impopulares, serem eficazes (isto é, efetivamente cumpridas). Como é óbvio, não se quer com isto sustentar que qualquer decisão do tribunal constitucional, independentemente de seu conteúdo, será legítima se for cumprida. A legitimidade das decisões se afere caso a caso e, em princípio, não guarda relação direta com a legitimidade do tribunal. Desde que se verifique o respeito do povo pelas decisões do tribunal constitucional, genericamente falando, ainda que com insatisfação em um outro caso, está atestada a legitimidade do órgão. Naturalmente, isto não obsta que uma série suficientemente longa de decisões desastrosas em curto lapso de tempo afete a legitimidade do próprio tribunal. Mas quanto maior for a tradição de bons serviços prestados, maior é a resistência da legitimidade da corte a equívocos pontuais.

3.5.2.10. Plano internacional.

A existência de uma Constituição, e de um órgão independente encarregado de assegurar seu cumprimento, são elementos necessários (embora não suficientes) para que a comunidade internacional considere que um Estado é regido pelo Direito e governado por um regime democrático. De um certo modo, saber que existe um tribunal constitucional que pode assegurar o respeito aos direitos humanos, ou zelar pelo bom funcionamento das instituições democráticas, faz com que um Estado se torne mais respeitado no plano internacional.

A opinião da comunidade internacional é um fato que faz com que o exercício de função política pelo tribunal constitucional seja dotado de maior legitimidade no plano interno, porque a população se satisfaz quando as instituições nacionais ganham similaridade com aquelas existentes em muitos e prósperos Estados estrangeiros.

3.5.2.11. Possibilidade ampla de acesso.

A questão da possibilidade de acesso ao tribunal constitucional recebe tratamento bastante diferente nas diversas constituições. A tendência geral é no sentido de se restringir a poucas pessoas, e a situações bem definidas, a possibilidade de provocar a decisão do tribunal constitucional a respeito de um tema. Em alguns sistemas, inclusive, cabe ao próprio

tribunal deliberar sobre a aceitação ou não de uma causa.

Não obstante a opinião de alguns, no sentido de que abrir demais a legitimidade ativa seria a morte da jurisdição constitucional, VITAL MOREIRA coloca bem a questão ao consignar que

“a justiça constitucional não pode ser banalizada, nem os tribunais constitucionais devem ver-se sepultados sob aluviões de milhares de processos por ano. No entanto, os remédios para essas situações devem procurar-se preferentemente em instrumentos de filtragem dos recursos ou acções impertinentes e não no maltusianismo artificial de negar aos titulares de direitos ou prerrogativas constitucionalmente protegidos os instrumentos processuais adequados à sua defesa contra os poderes instituídos [porque] um sistema de justiça constitucional deliberadamente desenhado para reduzir ao mínimo a possibilidade de contestação dos actos inconstitucionais tarde ou cedo sofrerá os efeitos do correspondente défice de legitimação.”¹⁰⁷

Assim, quanto mais o acesso ao tribunal constitucional se aproximar do ponto ótimo defendido por VITAL MOREIRA, mais legítimo tende a ser o desempenho de função política.

3.5.2.12. Possibilidade de controle através da vontade popular.

Outro fator de legitimidade para os tribunais constitucionais decorre do fato de suas decisões divorciadas da sociedade poderem ser corrigidas.

Mesmo as decisões impopulares do tribunal constitucional devem ser cumpridas e obedecidas, por respeito à ordem constitucional. Embora definitivas, essas decisões não impedem a apresentação de projetos de emendas constitucionais disciplinando a mesma matéria. A hipótese já ocorreu na Suprema Corte americana, em questão relativa a imposto federal instituído por lei (julgada inconstitucional), posteriormente instituído novamente

¹⁰⁷ MOREIRA, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, p. 192.

por emenda constitucional (aceita pela Suprema Corte).

No caso brasileiro, excetuando-se o conteúdo das chamadas “cláusulas pétreas” da nossa Constituição (art. 60, § 4º), todas as demais afrontas à Constituição são meras questões formais. Isto é, qualquer dispositivo inconstitucional que conste de uma lei ou ato normativo inferior pode perfeitamente ser incorporado ao ordenamento jurídico, desde que introduzido sob a forma de emenda à Constituição.

Contudo, esse argumento – possibilidade de correção de uma decisão equivocada do tribunal constitucional pelo poder constituinte derivado – é válido até certo ponto. De fato, como lembra RONALD DWORKIN¹⁰⁸, por mais que uma decisão politicamente equivocada possa ser corrigida pelos órgãos eletivos,

“o tempo legislativo é um recurso escasso, a ser distribuído com algum senso de prioridades políticas, e é bem possível que uma decisão judicial fosse revogada se o Parlamento tivesse tempo para estabelecer todas as leis que gostaria, mas não será revogada por falta de tempo”.

Além disso, a aprovação de uma emenda constitucional só produzirá efeitos depois de sua entrada em vigor, quando a decisão do tribunal constitucional já terá produzido efeitos que talvez sejam irreversíveis.

3.5.2.13. Possibilidade de controle sobre os juízes.

Os integrantes de cortes constitucionais, quer sejam órgãos autônomos, quer sejam órgãos de cúpula do Poder Judiciário, são responsáveis perante a sociedade pelo exercício de seu *munus*.

Mesmo no caso de tribunais constitucionais com integrantes escolhidos para um mandato, como ocorre no Conselho Constitucional francês, esses integrantes podem ser afastados em determinadas hipóteses.

No caso brasileiro, por exemplo, Ministros do Supremo Tribunal Federal, assim como outras altas autoridades, estão sujeitos a *impeachment*, em função da prática dos

¹⁰⁸ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, p. 17-18.

chamados crimes de responsabilidade, devendo ser julgados, nesse caso, pelo Senado Federal.

Em ambas as situações (nomeação vitalícia ou para um mandato pré-fixado), a mera possibilidade de afastamento serve definitivamente como controle, como atesta a virtual não utilização do instituto nos diversos sistemas jurídicos.

3.5.3. Legitimidade dos tribunais constitucionais.

Apresentados, de um lado, os principais argumentos que negam legitimidade aos tribunais constitucionais para exercer função política, e consideram que esse exercício é na verdade uma usurpação do poder que pertence ao eleitorado, e que só pode ser exercido por ele ou por seus representantes eleitos, bem como apontados, de outro lado, os principais argumentos em favor da legitimidade das cortes constitucionais para desempenhar parte da função política do Estado, verifica-se que há bem mais consistência na linha que defende o caráter democrático e legítimo da atuação desses órgãos na definição do interesse público e dos meios necessários à sua implementação.

Na verdade, como lembra CARDOSO DA COSTA,

“se, apesar de tudo, a questão da legitimidade dessa justiça e desses tribunais não deixa de ser um tema recorrente da doutrina jusconstitucionalista (...) já não é tanto para questioná-la radicalmente, como uma *judicial usurpation*, quanto para clarificar seu fundamento, os seus métodos e os seus limites”¹⁰⁹.

3.6. LIMITES DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO POLÍTICA PELOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.

A função política pode ser exercida por diferentes órgãos, conforme a forma e o sistema de governo adotados. Ora, sendo vários os órgãos encarregados da função política, a questão dos limites de atuação dos tribunais constitucionais no fundo se resume a uma só:

quando deve prevalecer a opinião da corte constitucional e quando deve prevalecer a opinião de qualquer um dos demais órgãos de soberania (governo, parlamento, presidente da república).

Já que a excessiva politização das cortes constitucionais seria para a democracia um mal tão grande quanto sua excessiva neutralidade (por si só dotada de carga política), é fundamental estabelecer quais limites a corte constitucional deve conhecer nesse campo.

É verdade que nem todos os sistemas jurídicos são iguais, e cada um estabelece diferentes órgãos de soberania e estabelece – implícita ou explicitamente – seus limites de atuação. Nos Estados Unidos, por exemplo, o debate se dá entre os adeptos do ativismo judicial (*judicial activism*), exemplarmente visto na Corte de Warren¹¹⁰, e os adeptos da autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), normalmente vinculado a uma visão mais conservadora, ansiosa pelo resgate da intenção original (*original intent*) do constituinte individualista, capitalista e liberal do século XVIII¹¹¹. Em termos semelhantes, o debate acontece em todos os Estados em que existe um tribunal constitucional.

Convém analisar os principais limites encontrados ou criados pelas cortes constitucionais para o desempenho de sua missão. Os limites podem resultar de uma autocontenção, ou seja, limites que o próprio tribunal constitucional se impõe (limites endógenos), como podem ser limites impostos por outros poderes (limites exógenos)¹¹².

3.6.1. Limites endógenos.

Os tribunais constitucionais, por mais ampla que seja a competência conferida a eles pela Constituição, tendem a excluir algumas hipóteses de sua órbita de atuação. Nesse

¹⁰⁹ COSTA, *Discurso de sua excelência o Presidente do Tribunal Constitucional*, p. 33.

¹¹⁰ Earl Warren, eleito três vezes governador da Califórnia, foi nomeado *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana em 1953, onde permaneceu por dezesseis anos. O período é considerado, com a exceção da época de Marshall (1801-1835), aquele em que a Suprema Corte foi mais criativa.

¹¹¹ O *Justice* Hugo Black, que serviu na Suprema Corte dos Estados Unidos de 1937 a 1971, apesar de ser considerado um partidário do ativismo judicial, tinha de si mesmo uma visão um tanto diferente, sustentando ter “motivos para crer (provavelmente ao contrário do que têm ouvido) que os tribunais devem sempre procurar seguir fielmente o verdadeiro sentido da Constituição, e de outras leis, como realmente foram escritas, deixando ao Congresso as mudanças legais e o problema de adaptar a Constituição a novas necessidades, através de emendas aprovadas pelo povo, de acordo com os métodos constitucionais” (BLACK, *Crença na Constituição*, p. 18).

¹¹² Endógeno, segundo ANTENOR NASCENTES (*Dicionário etimológico da Língua Portuguesa*) deriva do grego *éndon*, dentro, e *gen*, raiz de *gignomai*, gerar, significando, neste trabalho, limites ao desempenho de função política pelo Poder Judiciário gerados dentro deste mesmo Poder. Em contra-partida, exógeno, do grego *éxo*, para fora, e *gen*, raiz de *gignomai*, gerar, é o limite que surge a partir de um ponto externo, vem de um dos outros poderes e impõe restrições à atuação do Poder Judiciário.

caso, colocam, para si mesmos, limites que não estão expressos em qualquer texto normativo, mas que são considerados limites reais (ainda que implícitos) por seus integrantes.

3.6.1.1. Questões políticas.

Entre os limites que o próprio tribunal constitucional se impõe está a interpretação das normas constitucionais a respeito de sua competência, eventualmente excluindo dela o exame das chamadas questões políticas (as *political questions* originárias do direito norte-americano).

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, não faltaram casos em que a Suprema Corte se negou a opinar. Já no final do século XIX, THOMAS COOLEY, no clássico *The General Principles of Constitutional Law*¹¹³, examinando o Judiciário norte-americano, concluiu que “acerca das questões políticas, os tribunais nenhuma competência têm, e devem aceitar como determinantes as decisões proferidas pelos departamentos políticos do governo”. Para ele, à vista da jurisprudência da Suprema Corte, são questões políticas, entre outras, a declaração de guerra e celebração da paz, o reconhecimento da autoridade de embaixadores estrangeiros, a admissão de um Estado à União, o restabelecimento das relações constitucionais de um Estado que se tenha rebelado.

Segundo LEDA BOECHAT RODRIGUES, que também estava a examinar o direito constitucional norte-americano¹¹⁴, as questões políticas traduzem na verdade um conceito vago através do qual os juízes se eximem de decidir, evitando um conflito com outros poderes que pode lhes ser desfavorável. Questões políticas não são decididas pelo Poder Judiciário, e são políticas as questões que o Poder Judiciário entende que são. Logo, ele é que escolhe quais questões não vai decidir sob o fundamento de serem exclusivamente políticas. Normalmente considera questões políticas aquelas que entende que devam ser decididas democraticamente apenas pelo próprio povo, através de seus representantes eleitos, e não por juízes.

Debruçando-se sobre o tema das questões políticas, BIDART CAMPOS fornece observações interessantes. De início, ele assume que são consideradas políticas as questões que não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário. A existência de tais questões

¹¹³ COOLEY, *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, p. 138.

¹¹⁴ RODRIGUES, *A Suprema Corte americana e o Supremo Tribunal Federal*, p. 198

choca-se com regra constitucional que universaliza o acesso aos tribunais – como faz o artigo 5º, XXXV da Constituição brasileira de 1988 – de modo que o Poder Judiciário não pode deixar de decidir questões sob o fundamento de serem políticas, a não ser a título excepcional, e desde que expressamente autorizado pela Constituição.

“Solo cuando una constitución establece expresamente que una actividad es judicialmente incontrolable, puede admitirse la retracción de la judicatura; pero entonces es el propio poder constituyente el que ha sustraído la cuestión al control judicial. Y eso, si en todo caso puede ponderarse como desvalioso haciendo crítica axiológica, no es atacable en el plano del derecho positivo.”¹¹⁵

Ele recusa a idéia de que são insuscetíveis de controle jurisdicional os atos que se relacionam à organização e subsistência do Estado, tais como a declaração de guerra, a celebração de certos tratados internacionais (como de paz, de aliança, de definição de fronteiras), a intervenção federal, a decretação de estado de sítio, a nomeação de magistrados, a convocação extraordinária do Congresso e a sanção e veto presidenciais. Não se justifica, para ele, a idéia de que estes atos seriam insuscetíveis de controle porque incapazes de lesar direitos subjetivos, e apenas outros atos, destes decorrentes, é que poderiam ferir direitos individuais e, portanto, serem submetidos ao crivo judicial. Assim, seriam passíveis de controle jurisdicional, por exemplo, os atos do interventor, mas não o próprio ato que decreta a intervenção. BIDART CAMPOS recusa esta distinção porque, para ele, sempre é possível questionar os atos do interventor com base na irregularidade da intervenção, de modo que esta teria que ser apreciada, por mais que fosse considerada questão política. O mesmo raciocínio valeria para as outras hipóteses de atos de organização ou sobrevivência do Estado.

Para BIDART CAMPOS, portanto, onde vigorar norma constitucional que garanta o acesso universal à jurisdição nenhuma questão pode ser recusada pelo Poder Judiciário sob o fundamento de ser política, embora isto não signifique que não possa ser recusada por ser improcedente, ou por ser ilegítima a parte que a provocou sem ter sido lesada em algum direito subjetivo. O que não se admite é a rejeição liminar de uma causa em função

da matéria nela debatida.

FRANCISCO CAMPOS¹¹⁶, em discurso proferido no Supremo Tribunal Federal brasileiro, em abril de 1941, a propósito da competência dessa corte para dirimir questões políticas, afirma:

“É verdade que uma doutrina metafísica da Constituição estabeleceu que as questões políticas são defesas ao vosso conhecimento e à vossa decisão. Traduzida, porém, a estranha doutrina em linguagem do senso comum, o que se quis dizer é que a vossa competência tem por limite a irrecusável competência dos demais Poderes. (...) Tão óbvia, porém, é a doutrina de que há questões excluídas da vossa competência, porque delegadas pela Constituição a outras competências, como a de que, ao invés de excluídas, na vossa competência se acham incluídas, exceto aquelas, todas as questões, por mais políticas, por mais eminentemente políticas, por mais que, para sobre elas decidir, na vossa decisão se haja de envolver, embora reflexamente, mas efetivamente, uma decisão sobre a política do Governo. Se podeis decidir sobre a Constituição, e sobre ela decidis toda vez que a interpretaís, o que decidis, em suma, é sobre matéria de Governo e, particularmente, sobre a política legislativa do Governo.

Desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do Governo. Sois o juiz dos limites do poder do Governo, e, decidindo sobre os seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder. O poder de limitar envolve, evidentemente, o de reduzir ou de anular. E eis, assim, aberto ou franqueado à vossa competência todo o domínio da política.”

¹¹⁵ BIDART CAMPOS, *El Derecho Constitucional del poder*, II, p. 340.

¹¹⁶ CAMPOS, *O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1937*, p. 402.

E pouco adiante acrescenta¹¹⁷:

“O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la”.

JORGE MIRANDA¹¹⁸, por sua vez, considera que mesmo os atos políticos ou de governo devem estar sujeitos a controles jurisdicionais, dado que são subordinados à Constituição.

Em síntese, os tribunais constitucionais se valem do conceito de questão política para não apreciarem matéria que, no seu entendimento, deva ser deixada aos representantes eleitos do povo. Por um lado, a corte erra quando pretende que sua concepção política venha a substituir aquela política formulada pelos representantes. Por outro lado, a corte não deve se omitir, por mais que a matéria enfrentada seja política, quando houver dúvida, divisão de opinião, ou vazio interpretativo, que gere o espaço suficiente para a corte constitucional exercer a função política. E não deve se omitir quando houver lesão a direito individual.

Como a corte tem o poder de determinar o alcance de sua competência, e o momento oportuno para decidir as questões que lhe tiverem sido submetidas, deve utilizar com sabedoria esse mecanismo de autocontenção que é a doutrina das questões políticas.

Tratando de tema correlato – o do controle do governo pelo Poder Judiciário – SERGIO D’ANDRÉA FERREIRA lembra que “o controle, em sentido próprio (...) é algo que traz em si embutidas a noção e a realidade da *interferência* direta, e, por vezes, profunda. E é isso que o Juiz, na verdade, faz, *quando controla o Governo*”¹¹⁹. Essa interferência tem um limite, pois

“haverá, sempre, a possibilidade de existir um núcleo político de opção, que é inerente à *reserva administrativa* (que existe, assim como a *reserva legal*). Mas este núcleo está cada vez mais bem de-

¹¹⁷ Ob. cit., p. 403.

¹¹⁸ MIRANDA, *Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional*, p. 101.

¹¹⁹ FERREIRA, *A aplicação do Direito no exercício da função jurisdicional de controle dos Poderes Públicos*, p. 390, itálico como no original.

limitado, na medida em que constatamos a realidade de que quem fixa os limites do poder discricionário é o Judiciário; é ele que, afinal, dá a última palavra quanto a se saber se aquela área, que está sendo questionada judicialmente, é uma área que deve ficar reservada ao administrador, ou se é um aspecto que ele deva, também apreciar.”¹²⁰

Assim, à liberdade de que desfruta o juiz – e o tribunal constitucional – para escolher quais questões vai decidir (e ampliar ou reduzir sua competência, em função dessa decisão), corresponde a responsabilidade de utilizar a prerrogativa de forma prudente e voltada para a preservação do interesse público. O campo das questões políticas é, possivelmente, aquele que deixa mais liberdade para o julgador.

Por fim, cabe enfatizar que, se uma disposição constitucional exclui expressamente as questões políticas da órbita de atuação dos tribunais constitucionais, a limitação deixa de ser endógena para tornar-se exógena, isto é, imposta ao tribunal por um poder externo. No caso, o poder constituinte que inseriu a cláusula excludente da competência para analisar questões políticas.

3.6.1.2. Grau de participação da sociedade na questão debatida.

PETER HÄBERLE¹²¹, em estudo publicado pela primeira vez em 1975, sustenta que são intérpretes da Constituição não apenas aqueles órgãos expressamente dotados de competência para esta tarefa, mas todos os que vivem sob a lei maior. Esta visão pluralista implica uma mudança na hermenêutica constitucional tradicional, de modo que a interpretação do tribunal constitucional não é, nem deve ser, a única existente. Basta lembrar que algumas questões constitucionais não chegam ao conhecimento da corte, seja por falta de provocação dos possíveis interessados, seja pela peculiaridade da matéria versada (por exemplo, as questões *interna corporis* do parlamento). Mesmo quando o tribunal constitucional decide, o faz depois que cidadãos e entidades como associações, partidos e grupos de pressão, além dos doutrinadores, já realizaram uma pré-interpretação, que de alguma

¹²⁰ Ob. cit., p. 406, itálico como no original.

¹²¹ HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional*.

maneira influencia a corte.

Em função destas constatações, HÄBERLE apresenta uma tese que se relaciona diretamente com a questão dos limites impostos à atividade dos tribunais constitucionais. São limites que têm origem externa, mas que, em última análise, precisam ser reconhecidos e efetivados pelos próprios tribunais.

Para ele, os tribunais constitucionais devem ajustar o rigor com que interpretam a Constituição e os atos infraconstitucionais em função das pessoas cuja interpretação da Constituição é submetida à sua apreciação, ou do grau de consenso em torno da matéria enfrentada¹²².

Em relação às pessoas cuja interpretação é questionada, os tribunais constitucionais devem agir com cautela para invalidar interpretações da Constituição adotadas pelo legislador democraticamente eleito ou pelos Estados-membros da federação.

Em relação ao grau de consenso, os tribunais devem ser particularmente cautelosos quando se tratar de questões amplamente debatidas na opinião pública e objeto de razoável consenso. Nesses casos, a postura de corte deve tender para a autocontenção.

Em contrapartida, os tribunais constitucionais devem ser mais rigorosos na apreciação de interpretações constitucionais realizadas pelos demais intérpretes da Constituição em questões amplamente debatidas, mas que tenham dividido a opinião pública em torno de posições antagônicas e inconciliáveis. Nesse caso, cabe aos tribunais constitucionais adotar uma postura de ativismo, e preservar o núcleo mínimo do texto constitucional, impondo sua própria visão sobre o que seja esse núcleo mínimo.

Assim, embora sujeita a nuances, a regra básica é a de que quanto mais participação da sociedade pluralista houver, menos rigoroso deve ser o controle exercido pelos tribunais constitucionais.

Já ANDRÉ RAMOS TAVARES¹²³, em estudo dedicado aos tribunais constitucionais, examina a questão dos limites postos à sua atuação, encontrando os seguintes: havendo pluralidade de meios de regulamentar uma norma constitucional, o tribunal não pode invalidar a opção política adotada pelo legislador, dentre as várias possíveis, se ela não for frontalmente contrária ao texto da Constituição; na inconstitucionalidade por omissão não cabe ao tribunal fazer uma norma geral, nem mesmo provisória; se um ato é parcialmente

¹²² Ob. cit., p. 44-46.

¹²³ TAVARES, *Tribunal e jurisdição constitucional*.

inconstitucional não cabe ao tribunal separar a parte válida da inválida, se o resultado disto, embora compatível com a Constituição, for diverso do pretendido pelo legislador.

Também esses limites, para serem considerados efetivos, têm que ser reconhecidos pelo próprio tribunal constitucional.

3.6.2. Limites exógenos.

Ao lado dos limites que o próprio tribunal constitucional pode se impor, há limites para o exercício da função política que lhe são impostos “de fora”. Assim são considerados desde os limites explícitos na própria Constituição, até restrições não expressas mas que de algum modo comprimem o campo de atuação dos tribunais constitucionais.

3.6.2.1. Visão de mundo predominante na sociedade.

O próprio meio social em que o tribunal constitucional está inserido fornece limites invisíveis ou inconscientes. HENRY J. ABRAHAM¹²⁴, tratando da Suprema Corte dos Estados Unidos, em raciocínio aplicável a todos os tribunais constitucionais, assevera que o pensamento do tribunal deve estar sintonizado com o pensamento da sociedade. Quando isso não ocorre a orientação adotada pela Corte não subsiste, pois é alterada pelo Congresso, através de emenda à Constituição, ou pela própria Corte, através da revisão de sua posição, eventualmente depois da substituição de alguns de seus integrantes. Por mais que a interpretação da Constituição seja um ato de técnica jurídica, e não de escolha política, dentre as várias interpretações possíveis a opção deve recair na que melhor expresse o ponto de vista da sociedade.

Além da busca de sintonia com o pensamento social – cujo conteúdo nem sempre é simples de identificar, sobretudo em questões polêmicas e sem que um consenso tenha sido estabelecido de forma clara – o tribunal constitucional está sujeito a outros limites não expressos na Constituição. Como lembra o mesmo ABRAHAM, os juízes estão presos por paredes invisíveis para o leigo comum, constituídas pela tradição ensinada do Direito, isto é, por uma certa maneira de pensar e decidir, uma certa lógica, transmitida aos estudantes desde seus primeiros contatos com as letras jurídicas. Ainda que não se dê conta disto, o juiz raciocina segundo uma técnica desenvolvida ao longo de gerações, recebe arrazoados

¹²⁴ ABRAHAM, *A Corte Suprema no evolutivo do processo político*, p. 92-109.

redigidos segundo seus preceitos, e vale-se dela para expor suas razões de decidir. Tudo isso cria limites que, ainda que inconscientes, ou invisíveis para o homem comum, estão presentes em cada causa decidida nos tribunais.

3.6.2.2. Normas constitucionais cujo conteúdo não permite o exercício de função política.

Encontra-se ainda obstáculo ao exercício de função política pelos tribunais constitucionais no próprio texto constitucional. É que nem toda norma é diretamente invocável em juízo. As normas referentes a deveres do Estado, como as que estabelecem direitos sociais, e as normas programáticas, por exemplo, mostram-se inadequadas ao desempenho de função política, pois dificilmente possibilitam a invalidação de um ato infraconstitucional por vício de inconstitucionalidade.

Para CHRISTIAN STARCK¹²⁵, “a supremacia da constituição, entendida em um sentido estritamente jurídico, exige uma limitação do conteúdo da constituição em nome da livre concepção da política pelo legislador”. Se a justiça constitucional fosse chamada a aplicar, ou melhor, se aceitasse a missão de efetivar regras constitucionais programáticas, provavelmente acabaria por determinar parcela substancial do orçamento do Estado, tarefa que a atual Constituição brasileira, como de resto quase todas as constituições democráticas – deixou ao legislador. Para STARCK os direitos sociais devem ser concretizados segundo as possibilidades do orçamento nacional, não sendo tarefa do tribunal constitucional sua realização. Para o Poder Judiciário, essas regras constitucionais apenas autorizam o legislador a discriminar certas situações, a instituir tratamentos desiguais motivados pela política social.

Por exemplo, uma norma que estabeleça o direito de todos à educação não autoriza os juízes a interferir no orçamento nacional para destinar mais verbas à busca desse objetivo, mas autoriza o legislador a criar, e o juiz a reconhecer, tratamento discriminatório em favor dos que têm maiores dificuldades para ter acesso à educação.

O fato é que tais regras não autorizam a corte a formular e mandar implementar políticas públicas, e tampouco autorizam a corte a conferir a um cidadão benefícios que, se

¹²⁵ STARCK, La légitimité de la justice constitutionnelle, p. 69: “la suprématie de la constitution, comprise dans un sens strictement juridique, exige une limitation du contenu de la constitution au nom de la libre conception de la politique par le législateur”.

forem estendidos a todos os cidadãos que se encontram na mesma situação, equivalerão a implementar uma política pública.

J. C. VIEIRA DE ANDRADE, Conselheiro do Tribunal Constitucional de Portugal, em distinção que lembra, mas não se confunde com a de DWORKIN (questões de princípio e questões de política), ressalta que preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias são, em regra, diretamente aplicáveis, podendo ser objeto de concretização pelo tribunal constitucional. Mas preceitos relativos aos direitos sociais dependem, em regra, da determinação de seu conteúdo pelo legislador, e essa tarefa deve ficar a cargo da maioria, expressa no Parlamento, desde que a decisão da maioria não viole os limites constitucionais.

3.6.2.3. Normas constitucionais que proíbem o exercício de função política.

Ao lado das normas constitucionais que, por seu conteúdo, se prestam pouco ao exercício de função política pelos tribunais constitucionais, existem ainda algumas matérias que são expressamente excluídas de sua alçada pela própria Constituição. Foi o que fez, por exemplo, o artigo 68 da Constituição brasileira de 1934¹²⁶, que retirou competência do Poder Judiciário – inclusive do Supremo Tribunal Federal – para examinar questões exclusivamente políticas. Em situações como essa, as questões políticas não são limites endógenos que o tribunal constitucional se impõe. São limites exógenos estabelecidos por um agente externo (no caso, o poder constituinte). Vê-se outro exemplo em um artigo do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968¹²⁷. Também é limite exógeno – porque trazido pelo comando do Regime Militar – que cerceia o campo de atuação da corte constitucional e impede que ela utilize um caso concreto relativo a um determinado assunto para definir o que é o interesse público e quais são os meios para atingi-lo.

Claro que, a despeito de uma regra constitucional desse tipo, o tribunal constitucional ainda pode atenuar o impacto do dispositivo, fazendo uso de sua prerrogativa de determinar o real alcance de sua competência. Ou seja: diante de um caso concreto que quiser avaliar, o tribunal constitucional pode interpretar de modo mais restrito a cláusula constitucional que exclui sua competência, para concluir que a limitação não abrange o caso concreto que tem em mãos (no exemplo citado, pode entender que uma determinada questão

¹²⁶ CF/34, art. 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

¹²⁷ AI-5, 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”.

não decorre do AI-5 ou de seus efeitos e, portanto, pode ser apreciada). Ou, pelo contrário, se quiser deixar de opinar sobre uma situação concreta, basta interpretar de forma abrangente o artigo da Constituição que limita sua competência, e com isso concluir que não pode se manifestar sobre o caso que tem em mãos.

A regra que exclui a competência certamente limita a atuação do tribunal constitucional, mas a dimensão dessa limitação pode ser ampliada ou reduzida pelo próprio tribunal, fazendo uso de sua prerrogativa de dar a palavra final sobre a interpretação justamente da regra constitucional que exclui sua competência.

Tudo isso, naturalmente, enquanto a situação estiver no plano do embate jurídico. Porque no plano da realidade, onde eventualmente a força prevalece sobre o Direito, é bem possível que o tribunal constitucional fique impotente para tornar mais flexível o alcance da regra que limitou sua competência.

SEGUNDA PARTE

A FUNÇÃO POLÍTICA DO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CAPÍTULO 4 – O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO POLÍTICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1. AS FASES NA HISTÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Ao se discorrer sobre a história política brasileira é possível fazer uso de uma periodização que, na fase republicana, considera os movimentos revolucionários e as restaurações democráticas como sendo os marcos divisores entre os períodos. Assim, podem ser apontados cinco períodos: a República Velha (1889-1930), o primeiro governo Vargas (1930-1945), o período democrático-populista (1946-1964), o Regime Militar (1964-1985) e a chamada Nova República (1985 em diante).

Já quando os estudos de caráter histórico põem ênfase no fenômeno jurídico, normalmente a periodização leva em conta as constituições adotadas pelo País, seja porque a Constituição é a lei fundamental que pauta e conforma toda a vida jurídica nacional, seja porque é possível identificar uma correspondência bastante aproximada entre os grandes eventos da vida política nacional e a adoção de novas constituições.

Assim, à independência de Portugal (1822) corresponde a Constituição de 1824. À proclamação da República (1889) corresponde a Constituição de 1891. À revolução de 1930 corresponde a Constituição de 1937, se bem que precedida de um período praticamente regido por decretos (1930-1934), e de um intervalo de limitação do poder trazido pela breve vigência da Constituição de 1934. À redemocratização de 1945 corresponde a Constituição do ano seguinte. Ao regime militar inaugurado em 1964 corresponde a Constituição de 1967, cujas diretrizes foram aprofundadas pela abrangente EC nº 1/69. Por fim, à redemocratização de 1985 corresponde a Constituição de 1988.

Como o presente trabalho aborda a função política desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal – e o faz a partir do exame da jurisprudência produzida, que de algum modo reflete a história política republicana – não seria descabida a adoção de qualquer uma das periodizações acima referidas.

Contudo, tendo em vista o destaque dado ao papel do Supremo Tribunal Federal na análise feita, optou-se por propor uma periodização diferente, que dá ênfase à atuação do

próprio Tribunal. A partir das decisões analisadas, propõe-se a divisão de sua história nas seguintes fases:

1) *Fase inicial* (1891-1897), que constitui um período de hesitação, em que o Supremo Tribunal Federal ainda estava em busca de seu papel institucional na República recém proclamada. Foi um período marcado por atritos e desgastes com dois Presidentes da República (Floriano Peixoto e, em menor dimensão, Prudente de Moraes), bem como pela produção de uma jurisprudência conservadora, por vezes até reacionária. Foi um período marcado também por uma grande instabilidade na composição do Tribunal (39 Ministros nomeados em seis anos).

2) *Fase de ampliação do papel institucional* (1897-1926), quando o Supremo ocupou, pouco a pouco, o espaço que lhe havia sido reservado pela Constituição de 1891, e se valeu de uma interpretação ampliativa do instituto do *habeas corpus* para suprir a falta de norma processual que amparasse direitos necessitados de proteção urgente. Também foi um período de maior estabilidade na composição do Tribunal, durante o qual passaram por ele alguns de seus integrantes mais marcantes.

3) *Fase de contenção imposta* (1926-1945), que foi um período durante o qual vários setores políticos entenderam que o Supremo Tribunal Federal tinha “ido longe demais” e procuraram refrear sua capacidade de exercer função política. Este período teve início com a limitação do alcance do *habeas corpus*, a partir de uma nova redação dada à Constituição de 1891 por emenda promulgada em 1926, e prosseguiu como decorrência da Revolução de 1930. Foi um período durante o qual diversos atentados contra a independência do Supremo Tribunal Federal foram cometidos.

4) *Fase de contenção voluntária* (1945-1964), período em que o Supremo Tribunal Federal recobrou suas prerrogativas, mas inovou pouco na seara política. Não por falta de oportunidade, ou por alguma limitação, mas porque, de um modo geral, estando de acordo com as orientações postas pelos outros ramos do poder, optou por confirmá-las.

5) *Fase de enfrentamento* (1964-1968), quando o Supremo Tribunal Federal – apesar de uma nova série de atentados à sua independência, por meio dos Atos Institucionais do Regime Militar iniciado em 1964 – procurou fazer com que a Constituição e a legislação vigentes fossem observadas, e para isso invalidou diversos atos do governo federal.

6) *Fase de esvaziamento da competência* (1968-1988), período marcado pelo pouco espaço jurídico remanescente para que o Supremo Tribunal Federal exercesse função política.

7) *Fase de retomada do exercício das funções políticas*, a partir da entrada em vi-

gor da Constituição de 1988, e da conseqüente ampliação do papel do Poder Judiciário como um todo e do Supremo Tribunal Federal em particular.

4.2. OS ANTECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Desde o advento da República, o Supremo Tribunal Federal é o órgão que desempenha a função de corte constitucional no Brasil.

Embora se admita que todo juiz tem função política, e exerce esta função, por exemplo, quando aprecia a constitucionalidade de uma norma – ainda que o faça incidentalmente, apenas como passo necessário para a decisão do mérito da causa, e ainda que com efeitos apenas *inter partes* e mediante decisão sujeita a reexame por órgão recursal – é certo que cabe ao Supremo Tribunal Federal a maior parte, ou antes, a porção mais importante, da função política do Poder Judiciário brasileiro.

De início, cabe registrar que não se aceita, neste trabalho, que o Supremo Tribunal Federal seja a continuação do Supremo Tribunal de Justiça do Império. Embora ambos tenham sido, em suas épocas, a mais alta corte do Poder Judiciário, e embora a transição tenha sido feita com o aproveitamento da maior parte dos juízes do Tribunal imperial, foram atribuídas ao Tribunal republicano responsabilidade e relevância muito maiores do que as conferidas a seu antecessor. Portanto, ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal tenha comemorado, em 1978, seus cento e cinquenta anos de existência (remontando sua origem à instalação do Supremo Tribunal de Justiça, durante o reinado de Dom Pedro I, em 1828), assume-se aqui que o Supremo Tribunal Federal nasceu junto com a Presidência da República, o Federalismo, o controle de constitucionalidade e outras inovações trazidas pela Proclamação da República e pela Constituição de 1891.

4.1.1. O ambiente em que nasceu a primeira Constituição republicana.

Se a ruptura dos vínculos com Portugal em 1822 não representou mudança tão radical da mentalidade política ou dos institutos jurídicos, o mesmo não se pode dizer do advento da República. A mudança mais clara foi o desaparecimento do Poder Moderador, que cabia ao imperador, com a conseqüente busca de um novo equilíbrio entre os três outros ramos do poder, de modo que nenhum pudesse preponderar sobre os demais. A excessiva concentração de poderes na figura do Imperador, em detrimento da autonomia das províncias, foi uma das causas que levou ao crescimento dos ideais republicanos e (sobretudo) federativos.

Proclamada a República, era natural que a nova organização política do Estado brasileiro fosse traduzida em um novo texto fundamental. A Constituição de 1891 se fez com base em um projeto elaborado por uma comissão de cinco juristas, presidida por Saldanha Marinho¹²⁸. Posteriormente, a pedido do Ministro da Justiça Campos Salles, este projeto foi revisto por Rui Barbosa e resultou no Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, chamado de Constituição Provisória, que deveria ser apreciada na primeira legislatura do Congresso Nacional, reunido a partir de 15 de novembro daquele ano. Na verdade, a Constituição Provisória só vigorou de imediato na parte referente à composição e funcionamento do Poder Legislativo, enquanto o restante do texto serviu de base para o trabalho da Assembléia Constituinte.

Ainda antes da promulgação da Constituição de 1891, o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, organizou a Justiça Federal e tratou da competência do Supremo Tribunal Federal. Essas regras do Governo Provisório não implicaram qualquer restrição ao trabalho do primeiro Congresso, convertido em Assembléia Constituinte. Visavam apenas permitir o funcionamento normal de algumas instituições republicanas, como a Justiça Federal, até que a Constituição definitiva ficasse pronta.

Apenas dois aspectos não foram debatidos, porque eram objeto de consenso: a forma do Estado, federal, e a forma de governo, republicana democrática (embora tenham surgido várias discussões quanto ao modelo federativo a ser adotado¹²⁹). O projeto do governo, com poucas modificações, foi aprovado após três meses de trabalho da Assembléia Constituinte. Os estudiosos afirmam unanimemente que o principal defensor da orientação política contida na Constituição foi RUI BARBOSA, que inclusive participou de forma determinante da redação do projeto apresentado pelo governo.

¹²⁸ Além do republicano histórico na presidência, a comissão, criada pelo Decreto nº 29, de 3 de dezembro de 1889, era composta por figuras de destaque, como o futuro Ministro do Supremo Tribunal Federal, Américo Brasiliense (vice-presidente), e Rangel Pestana (um dos vogais).

¹²⁹ Conforme ensinam PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE (*História Constitucional do Brasil*, p. 227): “O tema que mais ardorosos debates provocou na sessão constituinte do Congresso Nacional ao elaborar-se a Constituição da Primeira República foi indubitavelmente a questão federativa. A polêmica central se feriu acerca das competências que deveriam pertencer à União e aos Estados, formando-se sobre o assunto duas correntes antagônicas nas discussões de plenário. O texto oferecido pelo Governo Provisório ao Congresso Nacional dividiu os constituintes em *unionistas* e *federalistas*; os primeiros inclinados a dar mais poderes à União, os segundos em transferir para os estados o centro de gravidade das competências, dando-lhes, por conseguinte, o máximo possível de autonomia e de recursos tributários.” Segundo esses autores, compunham a ala unionista Rui Barbosa – temeroso de um federalismo exacerbado – e, entre outros, alguns parlamentares que depois viriam a ser ministros do Supremo Tribunal Federal, como José Higino, Ubaldino Amaral e Amaro Cavalcanti. Na outra corrente, encontravam-se dois futuros presidentes da República: Campos Salles e Epitácio Pessoa, além dos líderes gaúchos Júlio de Castilhos e Borges de Medeiros.

A Constituição de 1891 adotou um sistema de governo democrático, representativo e presidencialista, no qual os representantes dos Poderes Legislativo e Executivo eram eleitos por todos os cidadãos (assim considerados, até 1932, apenas os indivíduos do sexo masculino que cumprissem os requisitos previstos na Constituição), independentemente de sua renda ou patrimônio. Isso representou o fim do voto censitário, mas de qualquer modo durante toda a República Velha a participação eleitoral foi muito pequena.¹³⁰

O federalismo adotado valeu-se dos moldes norte-americanos, em que os poderes da União eram descritos no texto constitucional, reservando-se aos Estados os poderes remanescentes, isto é, aqueles que não tivessem sido atribuídos expressamente à União. Os casos em que se admitia a intervenção da União nos Estados também foram estabelecidos taxativamente na Constituição, de modo que qualquer intervenção fora das hipóteses previstas seria necessariamente inconstitucional. A grande autonomia conferida aos Estados, muito diferente da dependência das antigas províncias em relação à Coroa, facilitou sobretudo o controle do País pelas oligarquias locais. Tal foi a força dos poderes estaduais apoiados no coronelismo, e em outras práticas oligárquicas, que a relação entre o poder central e os poderes locais durante a República Velha foi chamada de “política dos governadores”¹³¹.

No campo dos direitos fundamentais, a Constituição de 1891 ampliou o número de direitos consagrados. A constitucionalização do *habeas corpus*¹³² e a interpretação amplia-

¹³⁰ É o que menciona BÓRIS FAUSTO (*História do Brasil*, p. 262): “À primeira vista pareceria que o domínio das oligarquias poderia ser quebrado pela massa da população através do voto. Entretanto, devemos lembrar que o voto não era obrigatório e o povo, em regra, encarava a política como um jogo entre os grandes ou como uma troca de favores. Seu desinteresse crescia quando nas eleições para presidente os partidos estaduais se acertavam, lançando candidaturas únicas, ou quando os candidatos de oposição não tinham qualquer possibilidade de êxito. A porcentagem de votantes oscilou entre um mínimo de 1,4% da população total do país (eleição de Afonso Pena em 1906) e um máximo de 5,7% (eleição de Júlio Prestes em 1930).”

¹³¹ Ainda segundo FAUSTO (Ob. cit., p. 258/259), a política dos governadores, concebida por Campos Salles, tinha como objetivo principal “chegar a um acordo básico entre a União e os Estados (...) O governo central sustentaria assim os grupos dominantes nos Estados, enquanto estes, em troca, apoiariam a política do presidente da República.” Note-se que este acordo seria totalmente desnecessário durante o Império, quando o Estado era unitário. No mesmo sentido, apontando a força dos Estados, VÍTOR NUNES LEAL ensina que aqueles que “pretendiam limitar o poder dos municípios para impedir as oligarquias locais, acabaram dando aos governadores os meios de que se serviram eles para montar, em seu proveito, essas mesmas oligarquias locais, fundando, assim, as oligarquias estaduais que davam lugar, por sua vez, a esta outra forma de entendimento – entre os Estados e a União, que se conhece em nossa história por *política dos governadores*” (*Coronelismo, enxada e voto*, p. 124).

¹³² O *habeas corpus* já constava do Código Criminal de 1832; portanto, já existia no Império. Apenas foi elevado ao *status* de norma constitucional com a Constituição de 1891. E como a norma que estabelecia o *habeas corpus* (art. 72, § 22º) tinha uma redação bastante abrangente, a jurisprudência brasileira ampliou o instituto para com ele proteger inúmeros direitos ameaçados ou violados (hoje normalmente tutelados através de outros remédios constitucionais, como o mandado de segurança), e não apenas a liberdade de ir e

tiva que recebeu dotaram o País do mecanismo necessário para a proteção judicial desses direitos.

Quanto à separação de poderes, a Constituição de 1891 afastou-se radicalmente da anterior, em que o Poder Moderador¹³³ pairava acima dos demais na função de mediador dos conflitos. A Constituição de 1891 adotou a forma tripartida concebida por Montesquieu, porém atenta às inovações aconselhadas pela prática constitucional norte-americana, que nesta como em outras matérias, foi a grande inspiradora do constituinte brasileiro de 1891. O poder estatal foi dividido em três ramos, independentes e harmônicos entre si. Um ramo Executivo, entregue ao Presidente da República eleito diretamente para um mandato de quatro anos; um Legislativo, exercido ora pelo Congresso Nacional, ora pelas Casas que o compõem: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal; e um Judiciário que se procurou estabelecer com *status* efetivamente igual ao dos demais poderes, mediante a consagração de garantias em favor dos magistrados suficientes para dotá-los da independência e da imparcialidade necessárias ao correto exercício de suas funções.

Quanto às emendas à Constituição, houve grande mudança em relação à Carta de 1824. Enquanto esta era semi-rígida, pois só exigia procedimento especial e quorum qualificado para alterar determinadas matérias¹³⁴, a Constituição de 1891 não só era rígida, exigindo observância de processo legislativo diferenciado para aprovar qualquer modificação em seu texto, mas também previa as chamadas “cláusulas pétreas”¹³⁵.

Especificamente quanto ao Judiciário, já à época da Proclamação da República era voz corrente a necessidade de uma reforma ampla no papel que desempenhava no concerto dos poderes. O próprio Imperador Pedro II, pouco antes do fim de seu reinado, chegou a considerar a possibilidade de transferir as atribuições do Poder Moderador a um Tribunal

vir.

¹³³ O Poder Moderador – inspirado no *pouvoir neutre* concebido por Benjamin Constant em livro publicado pela primeira vez em 1815 – foi instituído pelo art. 98 da Constituição de 1824: “O poder moderador é a chave de toda organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.” Entre as atribuições do Imperador estavam a de participar de forma decisiva do processo legislativo central e das províncias, a de dissolver a Câmara dos Deputados e a de suspender magistrados, entre outras.

¹³⁴ Constituição de 1824, art. 178: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.”

¹³⁵ CF/91, art. 90, § 4º: “Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade de representação dos Estados no senado.”

feito nos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos.¹³⁶

Com a vitória do movimento republicano, era muito natural que o Poder Judiciário sofresse profundas modificações em sua estrutura, como de fato ocorreu.

4.1.2. Base histórica: o Supremo Tribunal de Justiça do Império.

A Constituição imperial, como mencionado, adotou a separação de poderes modificada pela inclusão do Poder Moderador. JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO¹³⁷, ao analisar a Constituição imperial, na parte relativa ao órgão de cúpula do então chamado Poder Judicial, afirmou tratar-se de “uma instituição mista de caráter político e judiciário, e em que o primeiro predomina mais”. Pouco adiante acrescentou:

“não é só à ordem civil, ou judiciária, que esta instituição presta tais serviços; a ordem política deve-lhe também valiosas garantias, é um guarda vigilante da exata divisão dos poderes da independência da autoridade judiciária. (...) Regulando as competências judiciárias e julgando imparcialmente os delitos de altos funcionários sujeitos à sua jurisdição criminal, ela oferece ainda estas outras garantias que muito influem sobre a ordem e regime político.”¹³⁸

Porém o Supremo Tribunal de Justiça, na opinião de BOECHAT RODRIGUES,

“imbuído de idéias francesas, interpretando uma Constituição, a de 1824, de influência francesa, (...) jamais corresponderia à

¹³⁶ LEDA BOECHAT RODRIGUES (*História do Supremo Tribunal Federal*, I, p. 1), reproduz do livro de CARLOS SÜSSEKIND DE MENDONÇA (*Salvador de Mendonça*, Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro, 1960, p. 136), recomendação que o Imperador Pedro II fez em julho de 1889 a Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira, que iam aos Estados Unidos em missão diplomática: “Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudessemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda atenção a este ponto.”

¹³⁷ PIMENTA BUENO, *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*, p. 334-336.

¹³⁸ Ob. cit., p. 338.

descrição que dele fez PIMENTA BUENO”¹³⁹.

Apesar dos esforços do grande constitucionalista do Império para outorgar ao Supremo Tribunal de Justiça uma magnitude política considerável, autores mais recentes, já do período republicano, são praticamente unânimes em opinar no sentido de que sua importância constitucional era infinitamente inferior àquela que o Supremo Tribunal Federal viria a ter.

Na verdade, chega-se a esta conclusão pela análise de suas atribuições. Embora na estrutura do Estado prevista pela Constituição do Império o Supremo Tribunal de Justiça fosse o órgão principal de um dos poderes constituídos – o Poder Judicial, caracterizado e definido como poder político –, o papel efetivamente concedido a ele em matéria política era extremamente limitado. Sua competência, estabelecida no artigo 164 da Constituição de 1824, era restrita à concessão ou denegação de revista (no que agia, portanto, como típica corte de cassação, que atuava por meio de decisões sem eficácia *erga omnes*); decidir conflitos de competência entre tribunais da relação; e ao julgamento de “delitos e erros de ofício” de certas autoridades judiciais, dos diplomatas e dos presidentes de província. Assim, o presidente de província era a única autoridade política passível de julgamento pelo Tribunal, o que, no entanto, não ocorria na prática, pois como o Brasil era Estado unitário, sempre foi mais fácil o presidente de província ser demitido pelo Imperador do que ser processado.

Não é outro o entendimento do Ministro OSWALDO TRIGUEIRO¹⁴⁰, para quem,

“do ponto de vista político ou, mais precisamente, das relações entre os poderes e da delimitação das respectivas competências, o Supremo Tribunal monárquico não tinha tarefa importante a desempenhar”.

Isso porque, segundo o Ministro, o Estado brasileiro era unitário e com sistema de governo parlamentar, o que impedia respectivamente conflitos entre o governo central e o governo das províncias, bem como entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, na con-

¹³⁹ RODRIGUES, A *Suprema Corte dos Estados Unidos e sua contribuição ao Direito Constitucional brasileiro*, p. 195

dução dos negócios públicos. Além disso, se ainda assim algum conflito surgisse, entraria em cena o Poder Moderador, cuja tarefa era justamente a de solucionar este tipo de controvérsia.

Ademais, o artigo 154 da Constituição autorizava o Imperador a suspender qualquer juiz de suas funções em razão de queixas apresentadas, embora o artigo seguinte estabelecesse que a perda do cargo só se daria por sentença. E havia autorização expressa para a remoção compulsória de magistrados “de uns para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinar” (artigo 153). Tudo a indicar que, durante o Império, os juízes, inclusive os do Supremo Tribunal de Justiça, não eram protegidos por garantias mínimas para o desempenho de suas tarefas com independência, nem em relação às deliberações do monarca, nem em relação às decisões do legislador.

Por outro lado, se do ponto de vista das atribuições o Supremo Tribunal da República suplanta em muito o congênere do Império, identifica-se com ele, no momento inicial, pela composição, dado que onze dos quinze primeiros Ministros do Supremo Tribunal Federal haviam sido Ministros do Supremo Tribunal de Justiça. De modo que de início o órgão republicano herdou parte da reputação e do respeito de que gozavam os magistrados do Supremo Tribunal imperial.

Mas houve grande choque entre a mentalidade dos juízes formados sob o Direito Constitucional monárquico e as expectativas em torno do novo Tribunal. Nos seus primeiros anos, a Corte tateava em busca de um padrão de atuação, e vários de seus primeiros integrantes não se adaptaram às condições de trabalho. Certamente contribuíram para tal incompatibilidade a baixa remuneração oferecida e a falta de instalações físicas adequadas. Mas o papel definido para o Supremo Tribunal Federal pela Constituição republicana, tão diferente da função de corte de cassação exercida no tempo do Império, foi decisivo para o desconforto que levou muitos ministros a deixarem o cargo prematuramente.

Em síntese, o Supremo Tribunal de Justiça imperial não é base ou antecedente do Supremo Tribunal Federal senão na medida em que também exerceu, no seu tempo, o papel de órgão de cúpula do Poder Judiciário. É verdade que a nova Corte herdou boa parte do prestígio de que gozava o Tribunal imperial no seio da sociedade, mas seu papel de mera corte de cassação, privada de competência política em favor do Poder Moderador, foi sobretudo uma herança limitadora da qual o novo Supremo Tribunal teve que se livrar nos

¹⁴⁰ TRIGUEIRO, *O Supremo Tribunal no Império e na República*, p. 8.

primeiros tempos de República.

4.1.3. O paradigma: a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Com a Proclamação da República, o nome oficial do Estado brasileiro passou de Império do Brasil para Estados Unidos do Brasil, dando mostra inequívoca de que o modelo adotado pelo constituinte foi o norte-americano, em aspectos tão fundamentais como o federalismo, o presidencialismo, o legislativo com estrutura bicameral e o controle da constitucionalidade das leis.

LEDA BOECHAT RODRIGUES aponta que foi sobretudo através da obra do francês TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, publicada a partir de 1835, que

“os homens públicos e os juristas brasileiros se familiarizaram com o sistema do governo americano, e ela foi extensa e numerosamente citada no Congresso, pelos juízes e publicistas brasileiros.”¹⁴¹

Especificamente quanto ao Poder Judiciário, não só no Brasil e na América Latina, como também em diversos círculos políticos europeus, causava profunda admiração o papel desempenhado pela Suprema Corte americana, sobretudo em razão de suas decisões no sentido de preservar as liberdades do indivíduo contra o Estado. E esta influência estendeu-se para além do período de elaboração da primeira Constituição brasileira.

Ainda segundo BOECHAT RODRIGUES, no Supremo Tribunal Federal, no período situado entre 1910 e 1930,

“a citação de autores norte-americanos e da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos é freqüentíssima e, em mais de um caso, chega-se a inserir nas ementas e acórdãos brasileiros – coisa fantástica – ementa de acórdão da Suprema Corte americana *como razão de decidir* do Supremo Tribunal. Constata-se um luxo de citação de autores e julgados norte-americanos verdadeiramente

¹⁴¹ RODRIGUES, *A Suprema Corte dos Estados Unidos e sua contribuição ao Direito Constitucional brasileiro*, p. 191.

extraordinário. E não é um só, não são dois ou três ministros que exibem tal erudição. Muitos demonstram sobejamente seu conhecimento do direito constitucional americano.”¹⁴²

4.2. A INSTALAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS PRIMEIROS ANOS DE ATIVIDADE (1891-1896).

Como costuma ocorrer com as novas estruturas organizacionais integrantes do Estado, os primeiros anos do Supremo Tribunal Federal foram de alguma hesitação. A corte buscava o delineamento preciso de seu papel na vida republicana e a intensidade com que devia exercer seu poder. O período que se seguiu à instalação do Supremo Tribunal Federal foi aquele no qual se fez necessária a demonstração de sua utilidade. Assim como a Suprema Corte norte-americana, seu modelo, também o Supremo Tribunal Federal nasceu sob o signo da controvérsia.

E os primeiros anos da vida republicana, bastante tumultuados, impuseram grandes desafios à corte recém instalada, que foi chamada a demonstrar, na prática, a sua relevância para o bom funcionamento das instituições.

4.2.1. A conformação constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Antes da entrada em vigor da primeira Constituição republicana, e para atender as necessidades da população, ainda em 1890 foi elaborado o Decreto nº 848, que organizava a Justiça Federal, contendo regras inclusive sobre o Supremo Tribunal Federal. Como a Constituição de fevereiro de 1891 manteve a estrutura dada ao Poder Judiciário por esse decreto, não houve qualquer problema na continuidade dos serviços judiciais.

No preâmbulo (espécie de “exposição de motivos”) do Decreto nº 848/1890, o então Ministro da Justiça (e futuro Presidente da República) CAMPOS SALLES ressaltava:

“a magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela

¹⁴² RODRIGUES, *História do Supremo Tribunal Federal*, III, p. 35-36, itálico como no original.

lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. (...) Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o poder judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera de sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, afim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.”

Comparando o Poder Judiciário republicano com o imperial, JOÃO BARBALHO UCHOA CAVALCANTI (que foi ministro do Supremo Tribunal Federal) assim expôs a principal diferença:

“Antes julgava ele somente *secundum legem*, passou a julgar também *de legibus*, e eis tudo. Cabia-lhe, nos casos controversos que lhe eram levados, aplicar aos fatos a lei existente, fosse qual fosse, sem mais exame que o necessário para sua inteligência. Foi agora investido do poder de conhecer igualmente da *legalidade da lei*, isto é, se o ato legislativo está dentro dos limites do poder que o decretou, se não lhe excede as raias da competência, se não há nele *defectus potestatis*; e com essa faculdade deu-se-lhe a de, verificando esse defeito (e para o juiz *nullus est major*), pronunciar a nulidade do ato.”¹⁴³

Na estrutura desenhada pelo Decreto nº 848, e confirmada pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal foi concebido como órgão de cúpula deste Poder Judiciário renovado, inspirado na Suprema Corte americana, e por isso mesmo dotado de atribuições e prerrogativas bem mais amplas do que as do extinto Supremo Tribunal imperial. Porém, mais do que simplesmente reproduzir o modelo norte-americano, ao tratar do órgão de cú-

pula do Poder Judiciário a Constituição brasileira procurou se antecipar a problemas que surgiram ao longo do primeiro século de existência da Suprema Corte. Não se limitando a ser cópia fiel, a Constituição de 1891 procurou disciplinar expressamente aspectos em relação aos quais a Constituição norte-americana fora omissa, como o número de integrantes da Suprema Corte e sua competência, deixados a cargo do legislador ordinário.

Segundo RUI BARBOSA,

“exercidas com parcimônia nos Estados Unidos, onde a opinião pública atua constantemente com a sua fiscalização moralizadora nos atos do poder, essas duas faculdades, se a Constituição brasileira as adotasse, teriam aniquilado, aqui, a justiça federal (...). Toda vez que o Supremo Tribunal Federal adotasse uma decisão contrária (...) aos interesses de uma situação política, seus potentados, suas maiorias, uma lei, votada entre a sentença e os embargos, e executada incontinenti com as nomeações necessárias, aumentando o número aos membros daquela magistratura, operaria a reconsideração do julgado. Toda a vez, por outro lado, toda a vez que a União receasse perder, na segunda instância, uma causa de relevância excepcional para a sua política ou as suas finanças, já vitoriosa na primeira, o Congresso Nacional, alterando o regime das apelações, e excluindo esse recurso no gênero de casos a que pertencesse o da hipótese, inibiria o Supremo Tribunal Federal de entender no pleito, e, destarte, firmaria como definitivo o vencimento já obtido pelo governo, mas ainda sujeito a revisão.”¹⁴⁴

Embora com o cuidado de dispensar ao Supremo Tribunal Federal um tratamento constitucional mais amplo do que aquele dado pelo artigo III da Constituição dos Estados Unidos à sua Suprema Corte, ao determinar expressamente a competência e o número de Ministros do Tribunal brasileiro, pelo menos uma omissão do constituinte foi sentida: a exigência de notório saber – sem qualificá-lo de saber *jurídico* – para que alguém pudesse

¹⁴³ CAVALCANTI, *Constituição Federal Brasileira: comentários*, p. 223, itálico como no original.

¹⁴⁴ BARBOSA, *O Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira*, p. 164.

ser nomeado para cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o que permitiu que durante a presidência do Marechal Floriano Peixoto fossem nomeados – e recusados pelo Senado Federal – um médico e dois generais.

Seja como for, tem razão LENINE NEQUETE¹⁴⁵ quando afirma, ao comentar o papel dado ao Supremo Tribunal Federal:

“há que reconhecer que o constituinte de 91 esmerou-se, quanto pôde, em conferir-lhe aquela mesma magnitude da Suprema Corte dos Estados Unidos”.

Com relação a sua missão constitucional, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal foi dotado de uma dupla ordem de atribuições: por um lado, foi concebido como um tribunal de jurisdição ordinária, com competência originária e recursal. A originária ligada a casos comuns, mas relativos a pessoas especiais pelo cargo ou condição; a recursal, como terceira instância de determinadas decisões da justiça estadual, e como único tribunal de segunda instância da justiça federal, aspecto este que decorreu mais de sua jurisprudência do que do texto da Constituição de 1891.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal foi dotado também de atribuições típicas de uma corte constitucional, como a guarda dos direitos fundamentais, a fiscalização das instituições democráticas e o papel de árbitro nos conflitos entre órgãos de soberania, bem como nas relações decorrentes do sistema federativo.

Ver-se-á adiante que algumas dessas atribuições o Supremo Tribunal Federal não quis ou não pôde exercer da maneira esperada pelo constituinte. Contudo, outras atribuições foram exercidas de forma muito mais ampla do que seria de se supor a partir da simples leitura do texto constitucional. E isso por força de uma interpretação ampliativa de suas próprias competências.

4.2.2. O início dos trabalhos (1891-1897).

Em 28 de fevereiro de 1891 o Supremo Tribunal Federal começou a funcionar, quando tomaram posse os primeiros ministros. Todos haviam sido nomeados em 12 de novembro do ano anterior, exceto o Barão de Pereira Franco, nomeado em 29 de janeiro de

1891 para o lugar de Bernardino de Campos, que, escolhido com os primeiros, recusou o cargo.

Os primeiros anos foram de dificuldades. Segundo BOECHAT RODRIGUES¹⁴⁶, “o prédio em que funcionava o S.T.F. em seu primeiro ano primava pela pobreza e pelo desconforto”. No ano seguinte o tribunal mudou-se para edifício em que dividia as salas com a Corte de Apelação. Somente em meados de 1895 transferiram-se ambos os tribunais para instalações mais dignas, situadas na Rua do Lavradio, onde puderam desenvolver seus trabalhos em salas separadas, e acomodar melhor seus arquivos e suas respectivas secretarias.

Além disso, nos primeiros anos o Supremo Tribunal Federal perdeu vários ministros para a política e a advocacia, atividades que em geral eram exercidas concomitantemente. O patrocínio de causas assegurava aos juristas remuneração bastante superior à do Tribunal, o que fazia do exercício da suprema magistratura um verdadeiro encargo financeiro, suportado estoicamente pelos ministros – geralmente advogados conceituados – a bem da sociedade. É o caso, por exemplo, de Ubaldino do Amaral, nomeado por Prudente de Moraes, que permaneceu no cargo por apenas um ano, porque abandonara a remuneração três ou quatro vezes maior que recebia, como senador e advogado, antes da posse no Tribunal.

Nos quase sete anos que vão da instalação do Supremo, em fevereiro de 1891, até o final do ano de 1897, foram nomeados trinta e nove ministros, sendo que muitos tomavam posse e, não adaptados às exigências republicanas, logo renunciavam. Após este período inicial, superadas as resistências ideológicas e a questão dos vencimentos, a composição do Supremo Tribunal Federal passa a ter mais estabilidade. Verifica-se, a título de comparação, que foram necessários não sete, mas trinta e cinco anos, até a escolha do Ministro Laudo de Camargo, para que se completassem outras trinta e nove nomeações.

Para acentuar as dificuldades decorrentes das instalações físicas inadequadas e da alta rotatividade na composição do Tribunal, eram grandes também os desafios decorrentes da transposição do modelo norte-americano para o meio jurídico nacional, decorrentes sobretudo da diferença de mentalidade entre os advogados e juízes brasileiros e aqueles formados na *common law*. RUI BARBOSA, nesse ponto, deu contribuição inestimável para a difusão da experiência da Suprema Corte norte-americana, através de seus discursos par-

¹⁴⁵ NEQUETE, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*, vol. 2, p. 34.

¹⁴⁶ RODRIGUES, *História do Supremo Tribunal Federal*, I, p. 8 e p. 58.

lamentares, petições, artigos publicados em jornais de grande circulação e textos voltados à comunidade jurídica. É verdade que em um primeiro momento sua interpretação a respeito de qual deveria ser o novo e grandioso papel do Supremo Tribunal Federal foi rejeitada, e como advogado suas teses foram vencidas. Mas menos de dez anos depois de instalação do tribunal, as mesmas teses, levadas ao Supremo às vezes pelas mãos de outros advogados, acabaram vencedoras.

Por todos esses motivos – precariedade das instalações físicas, alta rotatividade na composição da corte, e mentalidade de muitos ministros formada sob as instituições imperiais, com dificuldade de adaptação às funções pretendidas pela constituição republicana – o Supremo Tribunal Federal esteve, em um primeiro momento, aquém do que dele se esperava.

Dessas razões, a mais relevante provavelmente foi o hábito de raciocinar com base em premissas totalmente diferentes das consagradas na ordem republicana e federativa. Os Ministros do Supremo Tribunal de Justiça do Império não se adaptaram às novas diretrizes constitucionais. Como apontado, o Supremo Tribunal Federal foi desenhado para o papel de salvaguarda dos direitos individuais e do equilíbrio entre os poderes. Mas o raciocínio dos ministros aproveitados no novo Tribunal era, por força do hábito, feito *sub legem*, sendo impensável no sistema anterior algo como o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o governo no Brasil, desde os tempos de colônia, sempre fora extremamente centralizado, e embora todas as províncias imperiais ansiassem por maior autonomia, poucas estavam efetivamente preparadas para ela quando o federalismo foi implementado.

A perplexidade inicial do Supremo Tribunal Federal e sua momentânea dificuldade para adaptar-se às novas instituições foram as mesmas da Nação como um todo.

A todas estas dificuldades estruturais, some-se o fato de que os primeiros tempos de República foram muito conturbados. O Supremo Tribunal Federal foi duramente criticado e atingido, especialmente durante o governo do Marechal Floriano Peixoto. Durante seu mandato presidencial, o médico Barata Ribeiro foi nomeado, empossado e exerceu o cargo por quase um ano, até que sua nomeação, feita *ad referendum* do Senado, foi tornada ineficaz pela recusa da confirmação. Coube ao Senador João Barbalho, futuro ministro do Supremo Tribunal Federal, sustentar que a Constituição, quando falava em notável saber, referia-se necessariamente, e só assim podia ser compreendida, a notável saber *jurídico*. O presidente Floriano chegou ainda a nomear dois generais – Inocêncio Galvão de Queiroz e

Ewerton Quadros – que, contudo, não tomaram posse. Em represália, não deu posse ao novo Presidente do Supremo Tribunal Federal, como lhe cabia pelo regimento interno da Corte, e deixou cargos vagos que só foram preenchidos por Prudente de Moraes, paralisando o Tribunal por falta de *quorum* para as sessões.

4.2.3. As primeiras decisões relevantes.

Por todas as dificuldades estruturais e circunstanciais, próprias de um órgão recém criado, nos primeiros anos de existência o Supremo Tribunal Federal ficou mais caracterizado pelos direitos fundamentais que *não* protegeu e pelos limites aos excessos do Poder Executivo federal que *não* impôs.

É o que resulta da análise das primeiras decisões relevantes proferidas pela Corte.

4.2.3.1. Estado de sítio e presos políticos (*habeas corpus* nº 300).

Segundo a unanimidade dos comentadores, data de 1892 o primeiro caso importante trazido ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal: o *habeas corpus* impetrado por Rui Barbosa em favor de presos políticos envolvidos nas agitações que se seguiram à renúncia de Deodoro e à resistência de Floriano em convocar eleições¹⁴⁷. O pedido trazia, em síntese, três argumentos: o estado de sítio, decretado por setenta e duas horas, era inconstitucional; o Supremo Tribunal Federal era competente para conhecer da inconstitucionalidade; e, ainda que fosse válido o estado de sítio, a suspensão de direitos dele decorrente desapareceria com o término de sua vigência.

O *habeas corpus* foi negado por decisão quase unânime, vencido apenas o Ministro Pisa e Almeida. Para o Tribunal, o estado de sítio autorizava a imposição de medidas de segurança como a detenção e o desterro, que não tinham caráter de pena, mas eram medi-

¹⁴⁷ O artigo 43, § 4º da CF/91 determinava que o primeiro período presidencial, iniciado com a posse do presidente Deodoro da Fonseca no início de 1891, terminaria a 15 de novembro de 1894. O art. 42 da Carta, por sua vez, determinava que “se no caso de vaga, por qualquer causa, da presidência ou vice-presidência, não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição.” A renúncia de Deodoro deu-se em novembro de 1891, menos de dois anos após o início do mandato, portanto. Contudo o art. 1º, § 2º das Disposições Transitórias da Constituição estabelecia que “o presidente e o vice-presidente, eleitos” indiretamente pelo Congresso Nacional “ocuparão a presidência e a vice-presidência da República durante o primeiro período presidencial.” Com base nesta regra, o vice-presidente Floriano Peixoto entendia que não se aplicava a ele o comando geral da Constituição, mas sim a regra das disposições transitórias, motivo pelo qual não convocou eleições e governou até o final de seu mandato designando-se “vice-presidente”. Em abril de 1892 treze altas patentes da Marinha e do Exército lançaram manifesto advogando a realização de eleições para a presidente e vice-presidente da república. Da agitação decorrente do manifesto resultaram

das transitórias enquanto os acusados não fossem submetidos ao juiz natural. O exercício deste poder foi conferido pela Constituição ao Presidente da República, que é responsável pelo início do estado de sítio, pelas medidas tomadas e por eventuais abusos cometidos, a juízo do Congresso Nacional, competente para aprovar ou reprovar o sítio e as medidas adotadas durante sua execução.

Segundo o acórdão,

“ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende.”

Além disso, a cessação do estado de sítio não implicava necessariamente

“[a] cessação das medidas tomadas dentro dele, as quais continuavam a subsistir enquanto os acusados não forem submetidos, como devem, aos tribunais competentes, pois, do contrário, poderiam ficar inutilizadas todas as providências aconselhadas em tal emergência por graves razões de ordem pública.”¹⁴⁸.

A incompetência para analisar questões políticas, mesmo diante de ameaça ou lesão a direitos individuais, e a permanência dos efeitos do estado de sítio após o término de sua vigência voltariam a ser debatidas no Supremo Tribunal Federal pouco tempo depois.

4.2.3.2. Declaração de inconstitucionalidade de ato administrativo (apelação cível nº 112).

O Marechal José de Almeida Barreto, reformado por decreto do Presidente Floriano Peixoto, propôs ação, representado por Rui Barbosa, pleiteando indenização consistente

um decreto de estado de sítio e diversas prisões.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 300, rel. Min. Joaquim Barradas, j. em 23.04.1892.

nos proventos que teria recebido se não tivesse ocorrido a reforma considerada inconstitucional. Vencedor em primeira instância, houve apelação da Fazenda Nacional e o caso foi remetido ao Supremo Tribunal Federal. Confirmando a sentença, a Corte considerou que a reforma compulsória de militar, fora dos casos previstos em lei, implicava violação ao art. 74 da Constituição¹⁴⁹ e determinou que a Fazenda pagasse ao autor da ação os proventos passados que não recebera, e os futuros, enquanto durassem os efeitos do decreto inconstitucional.

O acórdão deixou explícito que

“o poder judiciário da União é guarda da inviolabilidade da Constituição, pois lhe compete conhecer das causas que se fundarem em disposições constitucionais (art. 60, letra *a*, da Constituição) e declarar nulos ou negar efeitos jurídicos aos atos administrativos que forem ofensivos de direitos garantidos pela Constituição e pelas leis (lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13)”¹⁵⁰.

Na ocasião, votou vencido o Ministro Macedo Soares, para quem a consequência da nulidade do decreto deveria ser a restituição do militar ao *status quo ante*. Dois meses depois do acórdão, o decreto foi anulado pelo próprio Poder Executivo, sendo reintegrados o autor da ação e todos os demais atingidos. Como lembra BOECHAT RODRIGUES¹⁵¹, este posicionamento quanto à reintegração veio a prevalecer, mais tarde, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo incorporado também à Constituição de 1934.

4.2.3.3. Outras decisões.

Nestes primeiros anos de funcionamento, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu limite à sua própria competência ao decidir, em duas ocasiões¹⁵², que não lhe cabia respon-

¹⁴⁹ CF/91, art. 74: “As patentes, os postos e os cargos inamovíveis são garantidos em toda a sua plenitude”.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação cível nº 112, rel. Min. José Higino, j. em 19.09.1895.

¹⁵¹ RODRIGUES, *História do Supremo Tribunal Federal*, I, p. 66.

¹⁵² LEDA BOECHAT RODRIGUES (*História do Supremo Tribunal Federal*, I, p. 45-46), menciona a Reclamação nº 3, j. em 22.02.1893, e a resposta de 15.09.1894 dada a ofício do Ministro da Marinha. Em ambas as situações o Supremo Tribunal Federal se recusou a tratar do mérito das questões que lhe foram apresentadas sob a forma de consulta.

der a consultas, devendo manifestar-se apenas acerca de questões levadas a juízo em processos formalmente constituídos¹⁵³.

4.3. A INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DOS PRÓPRIOS PODERES (1897-1926).

Segundo visto acima, alguns fatores contribuíram para o desempenho acanhado do Supremo Tribunal Federal em seus primeiros anos, e sua discreta presença no relacionamento com os outros dois Poderes.

Além dos fatores já citados, outro ponto que merece destaque é a pouca divulgação do trabalho da Corte. De fato, sua jurisprudência era pouco conhecida e mal era publicada¹⁵⁴, até que, em 1897, apareceu a coleção *STF Jurisprudência*, que passou a reproduzir as decisões do Supremo Tribunal Federal, permitindo divulgação mais ampla de seu conteúdo e melhores estudos acerca das teses jurídicas vencedoras e suas implicações.

Outro fator que contribuiu para o desempenho discreto do Supremo Tribunal Federal nos primeiros anos, e certamente fator de grande importância, foi a constante troca de ministros, que impediu a formação de uma jurisprudência elaborada, resultante do amadurecimento do pensamento dos magistrados durante uma permanência duradoura na Corte.

4.3.1. A estabilidade na composição.

A partir de 1897 a formação do Tribunal começa a se estabilizar. Dos quinze ministros que lá tinham assento no final de 1897, treze ficaram por pelo menos mais quatro anos, e oito permaneceram por pelo menos mais dez anos.

Em 1897 tomou posse André Cavalcanti, que ficou no Supremo Tribunal Federal por trinta anos. Lá já se encontrava, desde 1894, o Ministro Hermínio do Espírito Santo,

¹⁵³ Em que pese haver tribunais estrangeiros que, por expressa decisão constitucional, respondem a consultas sobre textos normativos ainda não colocados em vigor (caso do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional francesa), é da tradição brasileira exigir-se a existência de um caso concreto que seja objeto de um processo devidamente apresentado ao Poder Judiciário. Disto são exemplos não só as duas decisões do Supremo Tribunal Federal acima citadas, mas várias outras decisões que levaram, por exemplo, à elaboração de súmula que não admite mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266, aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963).

¹⁵⁴ Segundo LEDA BOECHAT RODRIGUES (*História do Supremo Tribunal Federal*, I, p. 14, nota de rodapé), até 1897 as decisões do Supremo eram publicadas apenas em anexos dos relatórios do Ministério

que também permaneceu no tribunal por trinta anos. Até hoje, estes são os dois ministros que permaneceram no cargo por mais tempo, e durante vinte e sete anos estiveram lá simultaneamente. Ambos faleceram no exercício de suas funções, eram ambos pernambucanos, e foram contemporâneos na Faculdade de Direito do Recife, embora Cavalcanti tenha atingido o bacharelado em 1859 e Espírito Santo, que era sete anos mais moço, em 1862. De 1911 a 1924 este foi Presidente do Supremo Tribunal Federal e, quando faleceu, o outro assumiu a presidência até 1927. Essas semelhanças biográficas, contudo, não impediram que, com alguma freqüência nos casos controvertidos, eles se alinhassem em lados opostos no momento da votação, o que ocorreu principalmente até 1911, quando Hermínio do Espírito Santo deixou de participar da maior parte das deliberações por ter passado a ocupar a Presidência do Tribunal.

Também nesta mesma época integraram o Supremo Tribunal Federal o mato-grossense Manoel Murinho, que ficou por vinte anos, a partir de 1897, e o fluminense Ribeiro de Almeida, que a partir de 1896 ficou por dezessete anos.

Nesse período passaram pelo Tribunal, ainda que por prazo menor, algumas de suas principais figuras, como os Ministros João Barbalho (1897-1906), Epitácio Pessoa¹⁵⁵ (1902-1912), Pedro Lessa (1907-1921), Enéas Galvão (1912-1916), João Mendes Júnior (1916-1922) e Pires e Albuquerque (1917-1931).

Assim, fatores como a maior divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal, a permanência dos ministros por prazo mais longo e a qualidade técnica de vários dos nomeados contribuíram para que o Tribunal alcançasse de fato a relevância institucional que lhe fora dada pela Constituição de 1891. Em contraste com os primeiros anos, esse período foi marcado pela consolidação e ampliação que promoveu de seu próprio poder.

A resistência à criação de tribunais federais de segunda instância é exemplo disto. O problema resultante da interpretação da expressão “juízes e tribunais federais”, do artigo 55¹⁵⁶ da Constituição Federal de 1891, foi bem exposto por PEDRO LESSA¹⁵⁷:

da Justiça.

¹⁵⁵ A respeito de quem cabe registrar uma curiosidade: além de ter sido Ministro da Justiça de Campos Salles e juiz titular da Corte Permanente de Justiça Internacional, em Haia, Holanda, o paraibano Epitácio Pessoa é o único brasileiro, até hoje, a ter exercido os quatro principais cargos da República: elegeu-se Deputado Federal – e constituinte – em 1890, foi Ministro do Supremo Tribunal Federal por dez anos, depois elegeu-se Senador, em 1912, e Presidente da República, em 1919.

¹⁵⁶ CF/91, artigo 55: “O poder judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar.”

“Para uns a expressão (...) quer dizer – juízes singulares de primeira instância e tribunais coletivos de segunda. Para outros os vocábulos (...) são equivalentes a tribunais singulares e coletivos de primeira instância, residindo no Supremo Tribunal Federal a segunda e última instância. Entendem os primeiros que, respeitada a Constituição, é possível criar alguns tribunais regionais de segunda instância, que julguem definitivamente certas causas, e outras com recurso para o Supremo Tribunal Federal, que assim virá a funcionar como terceira instância. Pensam os segundos que, dentro da Constituição, não é permitido instituir tais cortes regionais de segunda instância; porquanto, o legislador constituinte fez do Supremo Tribunal Federal a segunda instância, e não cogitou de nenhuma outra.”

Embora LESSA tenha invocado outras razões para optar pela segunda corrente – quais sejam, a Constituição não mencionar três instâncias, duas instâncias serem tradicionais no direito brasileiro da época, e três instâncias tornarem a solução dos feitos ainda mais lenta – é evidente que seu posicionamento teve como consequência evitar a possível perda de autoridade que o Supremo Tribunal Federal experimentaria, dado que algumas causas passariam a ser decididas definitivamente pelos tribunais federais de segunda instância a serem instituídos. E, segundo noticia ALCINO SALAZAR¹⁵⁸, este posicionamento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, ficando inviabilizada a criação de qualquer tribunal federal de segunda instância até a Constituição de 1934.

Em 1921, o art. 22 da Lei 4.381 autorizou o Poder Executivo a criar tribunais regionais no Recife, em São Paulo e no Rio de Janeiro, mas o Supremo Tribunal Federal já havia emendado seu regimento, em 1920, para declarar-se o único tribunal de segunda instância federal, de modo que em 1923, sem que os tribunais regionais tivessem sido criados, o Congresso revogou a autorização para sua criação.

É interessante notar que, se essa época foi marcada por decisões do Supremo Tri-

¹⁵⁷ LESSA, *Do Poder Judiciário*, p. 19-20.

¹⁵⁸ SALAZAR, *Poder Judiciário: bases para a reorganização*, p. 65.

bunal Federal que buscaram consolidar e ampliar os poderes da Corte, bem como pela leitura ampliativa do dispositivo constitucional relativo ao *habeas corpus*, foi também a época em que esteve no tribunal o Ministro Hermínio do Espírito Santo¹⁵⁹, como julgador (1894-1910) e depois como Presidente que não votava, a não ser para desempatar (1911-1924). Foi, talvez, de quantos passaram pelo Supremo, o que com mais ênfase defendeu a auto-restrição judicial. Votou vencido em julgamento que anulava ato do Poder Executivo, por entender que ao Poder Judiciário faltava competência para isso¹⁶⁰; vencido também em *habeas corpus* dado em favor de desembargadores do Piauí que haviam julgado uma lei estadual inconstitucional, sob o argumento de que a decisão do Supremo Tribunal Federal constituía verdadeira intervenção em Estado, vedada à justiça federal pela Constituição¹⁶¹; também vencido em preliminar em que defendia a incompetência do Supremo Tribunal Federal para tratar de limites entre Estados membros da federação¹⁶²; novamente vencido, pelo mesmo motivo, na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão do Contestado¹⁶³.

Não obstante este posicionamento de auto-restrição, votou em algumas oportunidades para defender liberdades individuais, ainda que ao fazê-lo contrariasse deliberações dos outros poderes. E esteve entre os quatro ministros que lavraram protesto contra manifestações depreciativas do Presidente Prudente de Moraes contra a um acórdão do Supremo Tribunal Federal, que foram consideradas um verdadeiro atentado contra a independência

¹⁵⁹ Originário de Pernambuco, onde graduou-se em Direito em 1862, Hermínio do Espírito Santo dedicou quase seis décadas ao serviço público: por vinte e oito anos foi magistrado e chefe de polícia, a maior parte do tempo com exercício no Rio Grande do Sul, mas também em Santa Catarina, Paraná e Maranhão. Nomeado para o Supremo Tribunal Federal em 1894, nele permaneceu por trinta anos, até seu falecimento.

¹⁶⁰ Constou do voto do Min. Hermínio do Espírito Santo: “Que independência é esta do Poder Executivo, se os atos de sua privativa competência podem ser infirmados pelo Judiciário? Onde a harmonia sem independência? De harmônicos e independentes entre si que eram os poderes, passará por força do acórdão, a ser o Executivo dependente do judiciário. (...) Só por uma interpretação arbitrária, violentando a letra, divorciada do espírito da lei, poderia o acórdão deste Tribunal anular decretos do Executivo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação cível nº 148, rel. Min. José Higino, j. em 27.11.1895, voto do Min. Hermínio do Espírito Santo).

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 956, rel. Min. José Higino, j. em 24.04.1897.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária nº 6, rel. Min. Hermínio do Espírito Santo, j. em 30.09.1908.

¹⁶³ Constou do voto do Min. Hermínio do Espírito Santo: “Fixar novos limites entre os Estados contêdores de modo a operar o desmembramento de território de um deles, como me parece ser a hipótese dos autos, é tarefa completamente alheia à missão do Poder Judiciário Federal. (...) E a não ser assim, a que ficará reduzida a autonomia dos Estados e a integridade dos territórios, tendo o Poder Judiciário a faculdade de alterar-lhes os limites, desmembrá-los, subdividi-los?” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária nº 7, rel. Min. André Cavalcanti, j. em 06.07.1904).

do Judiciário¹⁶⁴.

Pelos exemplos citados, vê-se que o Ministro Hermínio do Espírito Santo, talvez mais até do que partidário da auto-restrição judicial, era contrário a qualquer ato que pudesse configurar violação da independência dos poderes ou do federalismo, de que tinha uma visão bastante rígida.

Portanto, após os primeiros anos de trabalho acanhado, e a despeito de um ou outro posicionamento em contrário, a Corte assumiu o exercício da função política que o constituinte de 1891 lhe reservara.

Mas a ampliação das atribuições do Supremo Tribunal Federal, a partir de acórdãos cada vez mais ousados, não se deu sem resistências. Em 1911, o Presidente da República Hermes da Fonseca recusou-se a cumprir *habeas corpus* concedido pelo Supremo Tribunal Federal. Encaminhou suas justificativas ao Congresso Nacional, que o apoiou. O incidente gerou veementes protestos dos Ministros Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti. Hermes da Fonseca, já na qualidade de ex-Presidente da República, voltaria a ser protagonista de episódio marcado pela tensão, e que levaria ao Levante do Forte de Copacabana, em 1922.

Também em 1911 o então Senador – e futuro Ministro do Supremo – João Luiz Alves apresentou projeto de lei sobre a responsabilização dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que seriam julgados pelo Senado. Este projeto recebeu crítica veemente de PEDRO LESSA¹⁶⁵ e réplica do próprio JOÃO LUIZ ALVES¹⁶⁶, amparado em Rui Barbosa, o mentor intelectual da carta de 1891, e no então Senador Epiácio Pessoa, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal. Segundo ALVES, o que o motivara a apresentar o projeto não era o propósito de tolher os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas o dever do Congresso Nacional de legislar sobre sua responsabilidade, pois o Supremo, segundo ele, era o “único poder até hoje juridicamente irresponsável, apesar do art. 53 da Constituição”¹⁶⁷, já que faltavam as normas processuais e a definição das condutas passíveis de tipificação como crime de responsabilidade.

4.3.2. O ativismo jurisprudencial.

A jurisprudência desenvolvida nesta época foi fundamental para o funcionamento

¹⁶⁴ Conforme RODRIGUES, *História do Supremo Tribunal Federal*, I, p. 103 a 125.

¹⁶⁵ LESSA, *A nova revista*, p. 7-10.

¹⁶⁶ ALVES, *A responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*, p. 301-309.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 301.

da República. O Supremo Tribunal Federal passou a contribuir efetivamente para a definição do interesse público e para a indicação dos meios necessários para alcançar sua implementação.

4.3.2.1. A separação de poderes e o controle difuso de constitucionalidade.

Neste período, foi notável o papel do Supremo Tribunal Federal na concretização da separação de poderes.

Exemplo disto é a extensão das garantias constitucionais dos magistrados federais aos magistrados estaduais, novamente atendendo às exigências do momento, ainda que com sacrifício da melhor técnica jurídica. De fato, o Supremo Tribunal Federal decidiu em mais de uma oportunidade que a inamovibilidade se incluía na vitaliciedade, justamente para proteger os magistrados estaduais de remoções autorizadas e ordenadas pelos demais poderes, quando evidentemente a primeira garantia não se inclui necessariamente na segunda. Errando, de propósito, na teoria, o Supremo Tribunal Federal acertou na prática, compensando a omissão do constituinte quanto a esse aspecto fundamental para a garantia da independência da magistratura.

Uma decisão, importantíssima para que os magistrados pudessem exercer livremente o controle de difuso de constitucionalidade, foi aquela proferida em recurso interposto contra decisão do Superior Tribunal de Justiça gaúcho.

O juiz Alcides de Mendonça Lima havia deixado de aplicar lei estadual que tratava do funcionamento do júri por entendê-la inconstitucional. Denunciado pelo Procurador-Geral daquele Estado, foi condenado, em agosto de 1896, a nove meses de suspensão do cargo. Rui Barbosa, perante o Supremo Tribunal Federal, patrocinou recurso em que, entre outros argumentos, sustentou a impossibilidade de responsabilizar criminalmente um juiz pelo fato de divergir de orientação adotada posteriormente pelo tribunal a que ele se subordina. O Supremo Tribunal Federal absolveu¹⁶⁸ por unanimidade o juiz Mendonça Lima, sob o fundamento de que ele, ao analisar a constitucionalidade de uma norma e deixar de aplicá-la por considerar que ofendia a Constituição Federal, exercera regularmente seu *munus*. Se o tribunal gaúcho discordasse da decisão do juiz de primeira instância, como de fato discordara, ficaria claro que o magistrado errara, mas nem por isso cometera crime.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação criminal, rel. Min. Ribeiro de Almeida, j. em

Como nesta decisão o Supremo Tribunal Federal não chegou a examinar a constitucionalidade da lei gaúcha sobre o júri, e como o juiz Mendonça Lima continuava a negar-lhe aplicação, foi outra vez condenado a nove meses de suspensão. Novamente provocado, o Supremo Tribunal Federal julgou válida¹⁶⁹ a lei estadual, mas tornou a absolver o juiz Mendonça Lima, por não considerar provada a ocorrência de crime de prevaricação.

4.3.2.2. O federalismo e o recurso extraordinário.

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal brasileiro julgou-se incompetente para apreciar algumas questões, sob o fundamento de serem de cunho meramente estadual. Foi o que ocorreu, por exemplo, em caso referente à deposição do Governador do Maranhão¹⁷⁰, e em *habeas corpus* concedido para libertar acusados de conspiração contra governo estadual, presos por ordem de juiz federal¹⁷¹. Posteriormente, passou a enfrentar rotineiramente questões de interesse dos Estados, assumindo seu papel natural de árbitro do federalismo.

Tratando do recurso extraordinário, previsto no artigo 59, § 1º da Constituição de 1891 – que na sua interpretação inicial só era admitido contra decisões da justiça estadual que deixassem de aplicar uma lei por julgá-la inconstitucional – SAN TIAGO DANTAS¹⁷² lembra que

“a doutrina que a Constituição de 1891 espelhava era a que faz do recurso extraordinário um meio técnico para extremar as competências legislativas da União e dos Estados, confiando ao poder judiciário o encargo de presidir ao equilíbrio e coordenação entre elas. Verificou-se, mais tarde, que assim limitado, o recurso servia melhor ao regime norte-americano, onde é muito extensa a competência dos Estados, incluindo o direito privado, e alargou-se o seu emprego aos casos em que o juiz, mesmo sem denegar à lei

10.02.1897.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação criminal, rel. Ministro Macedo Soares, j. em 07.10.1899.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso criminal nº 2, rel. Min. Lucio de Mendonça, j. em 30.03.1892.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 298, , rel. Min. Trigo de Loureiro, j. em 20.04.1892.

¹⁷² SAN TIAGO DANTAS, *Figuras do Direito*, p. 118.

da União vigência formal, deixa de aplicá-la em tese à controvérsia examinada.”

4.3.2.3. A doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Dentro do campo da proteção aos direitos fundamentais, e também relevante em termos de ampliação dos próprios poderes, destacou-se no Supremo Tribunal Federal o desenvolvimento dado ao instituto do *habeas corpus*, em orientação jurisprudencial que veio a ser conhecida como “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.

Essa doutrina permitiu a utilização do *habeas corpus* para remediar casos não enquadrados como ameaça ou lesão ao direito de ir e vir. Seu desenvolvimento foi resultado do fato de não existir um meio processual que pudesse ser utilizado pelos indivíduos para pleitear e obter a reparação imediata de uma situação efetiva ou potencialmente violadora de outro direito que não fosse a liberdade de locomoção. Além da falta de um instrumento processual ágil (como veio a ser, a partir de 1934, o mandado de segurança), o art. 72, § 22 da Constituição de 1891 foi redigido em linguagem bastante ampla¹⁷³, sem menção expressa ao direito de ir e vir, o que permitiu ao Supremo Tribunal Federal adotar a interpretação construtiva que adotou.

A ampliação do *habeas corpus* nada mais foi do que a modificação de um aspecto formal do instituto, ampliando seu alcance para a proteção de outras liberdades e direitos, mas nada acrescentou a respeito do mérito das situações julgadas. Mesmo assim, a doutrina brasileira do *habeas corpus* evidencia uma disposição do Supremo Tribunal no sentido de não se conformar com os limites da lei, se desses limites resultasse a incapacidade de reparar a tempo uma injustiça.

A doutrina brasileira do *habeas corpus* teve início com uma série de decisões proferidas no final de 1909, por ocasião do julgamento de pedidos motivados por uma controvérsia em torno da diplomação e verificação de poderes de dezesseis intendentes municipais eleitos para integrar o Conselho Municipal, que era o órgão legislativo do Distrito Federal. Toda a disputa se deu em torno do procedimento denominado “verificação de poderes”.

BORIS FAUSTO relata como funcionava a verificação de poderes no âmbito da

¹⁷³ CF/91, art. 72, § 22º: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.”

Câmara dos Deputados, que não difere muito do que se praticava nas eleições para as demais casas legislativas, até o surgimento da Justiça Eleitoral, na década de 1930:

“Por ocasião das eleições para a Câmara, realizadas nos Estados com o emprego de todo tipo de ilegalidades, os candidatos eleitos recebiam um diploma. Entretanto, ele era muitas vezes contestado. Na falta de uma justiça eleitoral como existe hoje, a validade do diploma dependia de exame por parte de uma comissão de verificação de poderes, constituída de deputados escolhidos pelo plenário da Câmara.

O presidente temporário da nova Câmara eleita desempenhava, entretanto, um papel decisivo na escolha dos membros da comissão. Até a reforma incentivada por Campos Sales, o presidente temporário da Câmara era o mais velho dos deputados diplomados. (...)

Desse modo, um presidente da Câmara, temporário e de confiança influía na composição da comissão de verificação de poderes, de modo a garantir mandato de deputado a quem representasse os grupos dominantes nos Estados e tendesse a ser fiel ao governo federal. Os não-merecedores desse tipo de confiança eram excluídos, ou “degolados”, como se dizia na gíria política da época.”¹⁷⁴

No caso do Conselho Municipal, os dezesseis eleitos se dividiram em dois grupos antagônicos de oito intendentes, que pretendiam iniciar os trabalhos do mandato e constituir as comissões de verificação de poderes. Um dos grupos era presidido pelo intendente mais idoso dentre os eleitos. O Presidente da República, Nilo Peçanha¹⁷⁵, considerando irregular a situação, por entender que o Conselho só poderia iniciar validamente o trabalho da legislatura com onze membros (e talvez considerando que o grupo presidido pelo mais idoso “degolaria” alguns de seus aliados políticos), declarou o Conselho extinto, por meio

¹⁷⁴ FAUSTO, *História do Brasil*, p. 259.

¹⁷⁵ Nilo Peçanha havia sido eleito Vice-Presidente da República para o período 1906-1910. Com a morte de Afonso Pena, em 1909, tornou-se o sétimo Presidente da República do Brasil. Depois foi Senador e Governador do Estado do Rio de Janeiro.

do Decreto nº 7.689, de 26 de novembro de 1909, o que significava que novas eleições teriam que ser realizadas. Determinou também que o Prefeito administrasse o Distrito Federal com base nas leis então vigentes, até que a situação, que submeteu ao Congresso Nacional, se resolvesse.

Um *habeas corpus*¹⁷⁶ foi impetrado contra o Decreto presidencial de 26 de novembro, sendo pacientes alguns dos intendentos eleitos, e foi denegado em primeira instância no dia 30 de novembro. Houve recurso para o Supremo Tribunal Federal, que em 8 de dezembro confirmou a decisão do juiz federal e não concedeu a ordem pedida. O Ministro Canuto Saraiva, relator, afirmou que a “reunião dos intendentos diplomados, que deveriam eleger a Mesa provisória, ante a qual seria feita a verificação de poderes, não fora presidida pelo intendente diplomado mais velho dentre os presentes”, além de apontar outros fundamentos. Concluía que de fato existia uma irregularidade e que o Decreto presidencial atacado era válido, motivo pelo qual negava a ordem. Já o Ministro Pedro Lessa considerava o Decreto inconstitucional e ilegal, mas mesmo assim denegava a ordem porque “o fim que se tentou conseguir, impetrando-a, não fora garantir a liberdade individual somente, mas resolver concomitantemente uma questão de investidura em funções de ordem legislativa.” Houve três votos vencidos, dos Ministros Amaro Cavalcanti, André Cavalcanti e Cardoso de Castro, que concediam a ordem.

Nesse mesmo dia 8 de dezembro um outro *habeas corpus* foi impetrado em favor de outro grupo de intendentos¹⁷⁷, com pedindo de concessão de ordem para que os pacientes pudessem entrar no edifício do Conselho Municipal e, no local próprio, prosseguir nos trabalhos de verificação dos poderes, sob a direção de Mesa presidida pelo intendente mais idoso, sem constrangimento por parte de autoridades federais ou locais. Desta vez, a decisão do Tribunal foi diferente. Na sessão de 11 de dezembro, depois de superada a preliminar de incompetência do Supremo Tribunal Federal para conhecer originariamente do pedido, o Decreto do Presidente da República de 26 de novembro foi considerado inaplicável ao caso e a ordem foi concedida. Em seu voto o Ministro Pedro Lessa – depois de ressaltar que já na sessão anterior considerara o Decreto presidencial ilegal, mas negara a ordem por considerar que a Mesa provisória fora ilegalmente constituída, por não estar sob a presi-

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 2.793, rel. Ministro Canuto Saraiva, j. em 08.12.1909.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 2.794, rel. Ministro Godofredo Cunha, j. em 11.12.1909.

dência do mais velho – consignou em seu voto:

“O *habeas-corpus* tem por fim exclusivo garantir a liberdade individual. A liberdade individual, ou pessoal, que é a liberdade de locomoção, a liberdade de *ir e vir*, é um direito fundamental, que assenta na natureza abstrata e comum do homem. A todos é necessária.

(...)

Que deve fazer então o juiz? Tendo presente e bem viva a idéia de que o *habeas-corpus* somente garante a liberdade individual, deve o juiz averiguar, se concedendo *habeas-corpus* não decide implicitamente qualquer outra questão, estranha à liberdade individual e relativa ao direito que o paciente pretende exercer, utilizando-se para esse fim de sua liberdade de locomoção.

Alguns exemplos tornarão mais claro o meu pensamento. (...) Se um Juiz, um professor, um funcionário público qualquer, pedir uma ordem de *habeas-corpus*, alegando que lhe vedam o ingresso no edifício onde exerce suas funções, o juiz deve garantir-lhes a liberdade de locomoção. Mas, se no processo de *habeas-corpus* se alegar, convencendo o Juiz, que se trata de um cidadão demitido, ou suspenso das suas funções, e que além do *habeas-corpus* há outra questão a estudar e decidir, que se pretende envolver na decisão do *habeas-corpus*, mas que lhe é estranha, o Juiz não poderá conceder a ordem pedida.

(...)

Na espécie dos autos, os pacientes provaram, e isto é público e notório, que foram eleitos intendentess, que muito legal e corretamente se reuniram, sob a presidência do mais velho, para os trabalhos de verificação dos poderes, quando foram tolhidos em sua liberdade de penetrar na sala do Conselho Municipal por um decreto manifestamente ilegal e inconstitucional. Ao Juiz só se apresenta uma questão para decidir: o garantir, ou não, a liberdade de locomoção.”

Nessa época, a concepção tradicional do *habeas corpus* ainda prevalecia entre os Ministros do Supremo Tribunal, embora já com votos divergentes. A mudança na interpretação do alcance do *habeas corpus* deu-se em 1914, quando uma ordem foi concedida, por cinco votos a quatro¹⁷⁸, em favor de Nilo Peçanha. Proclamado Presidente do Estado do Rio de Janeiro pela Assembléia Legislativa, o paciente temia não poder tomar posse do cargo porque uma dissidência da citada Assembléia havia se reunido fora do recinto daquela Casa e havia proclamado um outro candidato como vencedor da eleição. O Presidente do Estado, cujo mandato terminava, não queria transmitir o cargo a Nilo Peçanha, por preferir o candidato dissidente. O Ministro Coelho e Campos votou vencido porque entendia que havia uma dualidade de Assembléias Legislativas, não sendo cabível que, por ocasião do julgamento do pedido de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal decidisse qual era a facção legítima, que legitimamente poderia proclamar o resultado das eleições. A maioria afastou a idéia de dualidade, que só poderia ser resolvida por intervenção, e considerou que a Assembléia era uma só, e que proclamara validamente a vitória do paciente, apesar da ausência dos deputados dissidentes, que se reuniam em outro lugar. O Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem para que Nilo Peçanha pudesse ingressar livremente no Palácio do Governo e exercer seu mandato.

A corrente liderada por Enéas Galvão era apoiada nos seguintes princípios¹⁷⁹: o texto da Constituição relativo à concessão de *habeas corpus* protegia contra qualquer coação, e não apenas quando o direito lesado fosse a liberdade de locomoção; não havia outro meio processual para proporcionar essa proteção; a prova da alegação deve ser feita de forma imediata, pois o *habeas corpus* não aceita dilação probatória; o instituto evolui com as necessidades da sociedade, e o Supremo Tribunal Federal não se preocupa com a sobrevivência da fórmula latina, mas com a preservação de direitos; a Corte tem a prerrogativa de interpretar soberanamente as regras constitucionais.

Como se nota, na primeira fase da doutrina do *habeas corpus*, sob a liderança do Ministro Pedro Lessa, a concessão da ordem dependia de ser essa a única questão debatida, sendo que o uso que o paciente faria da liberdade conquistada no Tribunal devia ser perfei-

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 3.697, rel. para o acórdão Min. Enéas Galvão, j. em 16.12.1914. Votaram a favor da concessão os Ministros Enéas Galvão (relator designado), Guimarães Natal, Sebastião de Lacerda, Leôni Ramos e Canuto Saraiva. Pela denegação da ordem votaram os Ministros Pedro Lessa (relator vencido), Amaro Cavalcanti, Pedro Mibielli e Coelho e Campos.

¹⁷⁹ Conforme síntese de EDGARD COSTA, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, vol. 1, p. 229.

tamente lícito e aceito. Essa era a liberdade-fim, como a chamava o Ministro Lessa, que devia ser incontroversa, enquanto o direito de ir e vir era a liberdade-meio, que o Tribunal podia amparar por *habeas corpus*. Na segunda fase da doutrina, sob a liderança do Ministro Enéas Galvão, o Tribunal alterou seu posicionamento. Passou a entender que a liberdade-fim (para manter a terminologia do Ministro Lessa) poderia efetivamente ser discutida e amparada pelo Tribunal, desde que *os fatos* que davam origem a essa liberdade fossem cabalmente provados, tendo em vista que o *habeas corpus* não permitia a dilação probatória.

E houve ainda, até a reforma constitucional de 1926, uma terceira posição, a mais tradicional na aplicação do *habeas corpus*, exemplarmente retratada pelo Ministro Hermenegildo de Barros. Para ele, a liberdade-fim jamais poderia ser amparada por *habeas corpus*, nem se os fatos que constituíam o direito fossem demonstrados já na petição inicial, e nem mesmo se o próprio direito-fim fosse incontroverso. Foi a posição que prevaleceu nos primeiros anos do Supremo, mas que se tornou minoritária a partir da adoção da doutrina brasileira do *habeas corpus*. O Ministro Hermenegildo de Barros, desde quando ingressou no Tribunal, em 1919, e encontrou a orientação já consolidada, sempre votou pela denegação do *habeas corpus* quando não estivesse em jogo a liberdade de locomoção. Outros ministros, depois de ressaltarem que tinham um ponto de vista semelhante ao do Ministro Hermenegildo de Barros, aceitavam a orientação da maioria, e concediam ou negavam as ordens, conforme as circunstâncias de cada caso, mesmo que o objeto debatido fosse mais amplo que a simples liberdade de locomoção.

A doutrina brasileira do *habeas corpus* foi o mecanismo por meio do qual várias situações de lesão ou ameaça a direitos foram remediadas, apesar da resistência de alguns ministros e apesar da crítica dirigida aos excessos praticados na concessão do *habeas corpus*, como noticiou ALIOMAR BALEEIRO¹⁸⁰, que levaram à aprovação da emenda que deu redação restritiva ao art. 77, § 22 da Constituição.

No fundo, trata-se de um debate muito conhecido na Suprema Corte norte-americana: a disputa entre o ativismo e a autocontenção judiciais (*judicial activism vs. judicial self-restraint*). Muitas foram, na época, as críticas à deturpação do instituto, mas evidentemente o repúdio ao formalismo é digno de louvor, e mostra a relevância do papel

¹⁸⁰ Segundo BALEEIRO, “como sempre acontece no Brasil, o exagero seguiu-se ao uso. Houve casos de concessão da ordem para os mais extravagantes fins, como assegurar a reintegração de um funcionário, publicação de artigos jornalísticos lidos da tribuna parlamentar em período de estado de sítio, e até para que estudantes concluíssem o curso pelo regime anterior, a despeito de lei que os obrigava a novo currículo”

do Supremo Tribunal Federal na proteção de liberdades que, de outro modo, ficariam relegadas à defesa por meio de processo judicial de tramitação bem mais lenta. A construção jurisprudencial foi tão importante que os requisitos que estabeleceu para a concessão de *habeas corpus*, quando da proteção a outros direitos além do direito de ir e vir, foram de certo modo incorporados pelo mandado de segurança.

4.3.2.4. O controle das instituições democráticas e as questões políticas.

Um tema polêmico, que gerou acalorados debates nos meios jurídicos, é o que diz respeito à competência do Poder Judiciário para decidir questões políticas. Houve um caso¹⁸¹ que retratou exemplarmente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a esse respeito.

Na eleição para Vice-Presidente da República de 1922, o candidato vencedor, Urbano Santos, faleceu antes da conclusão da apuração. Por esse motivo, o Congresso Nacional determinou a realização de novas eleições para o cargo. O candidato derrotado, J. J. Seabra, pretendia assumir a Vice-Presidência, tendo argumentado que como seu oponente falecera antes de concluída a apuração, seria por isso mesmo inelegível, devendo ser desconsiderados os votos dados a ele. De modo que ele, J. J. Seabra, ficava com a maioria absoluta. O *habeas corpus* foi concedido por Octávio Kelly, futuro ministro do Supremo Tribunal Federal, quando era juiz federal no Distrito Federal. Contra essa decisão foi interposto recurso ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador da República Francisco de Andrada e Silva.

O parecer do Procurador-Geral da República, Ministro Pires e Albuquerque, preliminarmente, negava a competência do Poder Judiciário para conhecer da matéria. No mérito, reportou-se a julgamento de 1919, em que fora o relator¹⁸², quando o Tribunal, à unanimidade, decidira pelo não conhecimento de questão idêntica – inelegibilidade do candidato Eptácio Pessoa, que resultaria na eleição do candidato derrotado Rui Barbosa, e ensejaria à hipótese absurda de estabelecer o Presidente da República por um processo que em outros países não se presta a mais do que libertar encarcerados. Esse posicionamento era

(O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido, p. 65).

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 8.584, rel. Ministro Muniz Barreto, j. em 03.07.1922.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 5.140, rel. Min. Pires e Albuquerque, j. em 09.07.1919.

adotado não porque o Supremo Tribunal Federal não pudesse conhecer de questões políticas (posicionamento que, segundo o Procurador-Geral, àquela altura já não tinha opositores), mas porque ao paciente faltava o “direito líquido, certo, incontestável”. O juízo de primeira instância não protegeu o direito, que o paciente não tinha, ao cargo de Vice-Presidente, mas conferiu-lhe este direito. Com isto contrariou jurisprudência pacífica no sentido de que a verificação de poderes que se seguia às eleições não era tarefa do Poder Judiciário, mas do Congresso Nacional.

O Ministro Muniz Barreto votou pela reforma da decisão do juiz federal, por ser a questão puramente política. Também o Ministro Viveiros de Castro votou no mesmo sentido, e acrescentou que ainda que a questão não fosse política, faltava ao paciente o direito líquido, certo e incontestável, porque o Congresso Nacional não o proclamara vencedor do pleito.

Já o Ministro Sebastião de Lacerda negou provimento ao recurso e manteve a decisão de primeira instância que considerava o paciente eleito. Considerou não se tratar de questão meramente política, mas de um pedido de proteção a direito líquido e incontestável do candidato sobrevivente, que decorria do fato de ter sido o candidato mais votado, já que o outro, pela morte, se tornara inelegível.

O Ministro Guimarães Natal o acompanhou, pelos mesmos fundamentos, considerando que o Congresso Nacional, ao determinar a realização de novas eleições, atingia o direito do paciente.

O Ministro Edmundo Lins lembrou que, de início, entendia que o *habeas corpus* só se prestava à proteção da liberdade de locomoção. Mudara, porém, de entendimento, para acompanhar a orientação jurisprudencial da corte, desde que não houvesse outro remédio ou instituto jurídico apto para proteção de um direito lesado ou ameaçado, e desde que a situação jurídica do paciente fosse certa, líquida e incontestável. Mas, no caso, isso pouco importava, porque a questão era puramente política, não sendo da alçada do Poder Judiciário, motivo pelo qual votou pela reforma da decisão de primeira instância.

Com a mesma observação a respeito do alcance do *habeas corpus*, e com a mesma conclusão sobre o caráter puramente político da questão, o Ministro Alfredo Pinto acompanhou o voto do Ministro Edmundo Lins.

O Ministro Pedro dos Santos também concluiu que a questão era puramente política e não podia ser decidida pelo Poder Judiciário.

O Ministro Leôni Ramos acompanhou os votos dos Ministros Sebastião de Lacerda e Guimarães Natal, no sentido de ser mantida a decisão de primeira instância que concede-

ra o *habeas corpus* ao paciente.

O Ministro Hermenegildo de Barros votou vencido pelo não conhecimento do pedido, já que o *habeas corpus* servia apenas para proteger a liberdade de locomoção. No mérito, manteve a sentença favorável ao paciente.

Os Ministros Godofredo Cunha e André Cavalcanti consideraram a questão puramente política, e o Ministro Pedro Mibielli, pelo contrário, mantinha a concessão da ordem em favor do candidato J. J. Seabra.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a cinco, reformou a decisão de primeira instância que assegurava ao paciente o cargo de Vice-Presidente da República, por ser a verificação de poderes de competência exclusiva do Congresso Nacional, e por ser puramente política a questão trazida a juízo.

Nota-se que, àquela altura (1922), ainda havia três ministros contrários ao uso do *habeas corpus* para proteger direitos que não fossem o de ir e vir. A maioria achava que o Tribunal podia conhecer de questões políticas, desde que não fossem *puramente* políticas¹⁸³. E alguns consideravam que qualquer questão que lesasse direitos individuais não era meramente política e devia ser enfrentada.

4.3.2.5. O tenentismo e o Supremo Tribunal Federal.

Entre 1922 e a Revolução de 1930, houve no Brasil um movimento político que ficou conhecido como tenentismo¹⁸⁴. Em diversas ocasiões, ao longo desses anos, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir a respeito da liberdade dos envolvidos nas ações realizadas pelos “tenentes” (assim chamados, embora nem todos tivessem essa paten-

¹⁸³ Poucos anos depois, ambos os pontos controversos foram abordados expressamente no corpo da constituição, e em ambos os casos adotou-se posicionamento no sentido de restringir o alcance da competência do Supremo Tribunal Federal. Em 1926 uma emenda constitucional restringiu o *habeas corpus* à proteção da liberdade de locomoção, e em 1934 a Constituição aprovada vedou expressamente ao Poder Judiciário o conhecimento de questões exclusivamente políticas.

¹⁸⁴ Ao analisar o movimento tenentista, BORIS FAUSTO conclui que lhes faltava uma orientação ideológica bem definida, embora pretendessem, de modo um tanto vago, melhorar o Exército e a sociedade brasileira. Segundo FAUSTO, “os ‘tenentes’ agiram muito e falaram pouco. De qualquer forma, a restrição da fala é um indício forte de que, nos anos 20, eles não tinham uma proposta clara de reformulação política. No fundo, pretendiam dotar o país de um poder centralizado, com o objetivo de educar o povo e seguir uma política vagamente nacionalista. Tratava-se de reconstruir o Estado para construir a nação. O grande mal das oligarquias – pensavam eles – consistia na fragmentação do Brasil, na sua transformação ‘em vinte feudos’ cujos senhores são escolhidos pela política dominante. Embora não chegassem nessa época a formular um programa antiliberal, os ‘tenentes’ não acreditavam que o ‘liberalismo autêntico’ fosse o caminho para a recuperação do país. Faziam restrições às eleições diretas, ao sufrágio universal, insinuando a crença em uma via autoritária para a reforma do Estado e da sociedade.” (*História do Brasil*, p. 314).

te, em função de alguns de seus líderes serem jovens oficiais).

O marco inicial desse movimento foi a revolta ocorrida no Rio de Janeiro, em 5 de julho de 1922. A origem dessa primeira ação conspiratória está em alguns episódios ocorridos no calor da campanha para as eleições presidenciais de março de 1922, que geraram, no meio militar, um sentimento contrário ao governo federal e ao candidato lançado por São Paulo e Minas Gerais, o governador mineiro Artur Bernardes.

Em junho de 1922, com Bernardes já eleito, mas ainda não empossado, a tensão se agravou por causa de um protesto, feito pelo Clube Militar, contra a utilização de tropas do Exército, a mando do governo federal, para interferir na política local de Pernambuco. Em resposta ao protesto, o governo determinou o fechamento do Clube Militar e a prisão de seu presidente, que na ocasião era o ex-Presidente da República Marechal Hermes da Fonseca.

Em 5 de julho eclodiu a chamada Revolta do Forte de Copacabana, que tinha por objetivo desagrar a honra do Exército. Tiros de canhão foram disparados pelos rebeldes contra as ruas do Rio de Janeiro, mas logo em seguida o Forte foi cercado e os rebeldes foram contra-atacados por tropas leais ao governo. No dia seguinte, centenas de insurretos se entregaram, e muitos foram presos, mas os “dezoito do Forte” – dezessete militares e um civil – não quiseram depor armas, e decidiram atacar as forças governamentais em plena praia de Copacabana. Restaram, feridos, os tenentes Siqueira Campos e Eduardo Gomes. Os outros morreram.

Muitos dos militares acusados de participar do movimento subversivo de 5 de julho de 1922 não tinham sido presos em flagrante delito, e só foram denunciados por crime militar em fins de novembro, após demorado inquérito. Mesmo assim, em dezembro ainda permaneciam detidos, à disposição da Justiça Militar. Entre os presos havia quase seis meses estava o Marechal Hermes da Fonseca, o que causava grande consternação em alguns setores do Exército.

Em janeiro de 1923 alguns *habeas corpus*¹⁸⁵ foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal, que concedeu a ordem de soltura e determinou o prosseguimento dos processos perante a Justiça Federal comum. Os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal foram os seguintes: o crime não era militar, mas político (pois o objetivo da ação era a

¹⁸⁵ Por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 8.301, rel. Min. Godofredo Cunha, j. em 3 de janeiro de 1923; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 8.811, rel. Min. Guimarães Natal, j.

mudança da forma de governo); sendo político, o julgamento da questão não cabia à Justiça Militar, mas à Justiça Federal comum, mesmo que os acusados fossem militares; além disso, havia civis sendo processados perante a Justiça Federal comum, e a manutenção dos processos na Justiça Militar poderia levar a decisões conflitantes; finalmente, alguns ministros da Corte entenderam que tinha havido excesso de prazo para a formação da culpa, já que os pacientes ficaram presos por mais de cinco meses sem que tivessem sido detidos em flagrante delito, sem que tivesse sido oferecida denúncia contra eles (o que só ocorreu em novembro) e sem que houvesse ordem da autoridade judicial competente (um juiz federal).

Embora tivessem sido concedidas as ordens de soltura, já nesses primeiros julgamentos houve votos vencidos, favoráveis à denegação da ordem, e houve manifestações bastante ácidas do Ministro Pires e Albuquerque, Procurador-Geral da República, contra os militares revoltosos.

Em 1924, o Tenente Eduardo Gomes – que havia sido pronunciado por juiz federal em razão de sua participação nos movimentos de julho de 1922, e que estava foragido – foi preso em Santa Catarina, depois de tomar parte em novo movimento rebelde, desta vez iniciado em São Paulo no dia 5 de julho de 1924, exatamente dois anos depois da Revolta do Forte.

Desta vez o movimento, cujo objetivo era derrubar o presidente Artur Bernardes, tinha sido melhor organizado e foi mais amplo. Alguns quartéis do Exército e parte da Força Pública estadual aderiram. Os rebeldes ficaram na capital de São Paulo até o final de julho, quando rumaram para o interior do Estado e em seguida para o oeste do Paraná, tendo recebido algumas adesões no caminho.

Em abril de 1925 veio se juntar a eles uma coluna de revoltosos que vinha do Rio Grande do Sul, onde um movimento rebelde tivera início em outubro do ano anterior. Os dois grupos, a partir de então reunidos em uma única tropa, decidiram percorrer o Brasil para propagar a idéia de uma revolução contra as oligarquias. Nascia a Coluna Prestes.

Quanto ao Tenente Eduardo Gomes, preso em Florianópolis quando tentava se juntar a forças rebeldes, ainda em 1924 foi impetrado em seu favor um *habeas corpus*¹⁸⁶ perante o Supremo Tribunal Federal, fundamentado no fato do paciente encontrar-se preso em estabelecimento destinado a criminosos comuns, e não a acusados de crimes políticos,

em 6 de janeiro de 1923, pacientes o Marechal Hermes da Fonseca e outros.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 11.942, rel. Min. Guimarães Natal, j. em 30.08.1924.

e no fato de ali estar incomunicável. Em depoimento prestado no inquérito policial, o acusado afirmou que participara das ações militares em São Paulo; que pilotara uma aeronave em direção ao Rio de Janeiro para bombardear o Palácio do Catete e despejar sobre a cidade manifestos de propaganda da sua causa; que só não conseguira realizar seu intento em razão de uma pane na aeronave que o obrigara a descer na cidade de Cunha; e que, finalmente, fora preso em Florianópolis quando tentava se reunir às forças revolucionárias.

Na sessão de julgamento, o Ministro Pires e Albuquerque, no exercício das funções de Procurador-Geral da República, pronunciou-se com virulência contra os revoltosos, e em especial contra o paciente do *habeas corpus*. Diversos diálogos ríspidos entre os ministros indicaram que a Corte estava dividida. O pedido, afinal, foi negado, por seis votos a quatro, porque o Supremo considerou que não havia prova de que os pacientes estavam detidos com presos comuns (o Ministro da Justiça informara que havia presos comuns no local da detenção, mas os acusados de crimes políticos estavam em celas diferentes das destinadas aos outros detentos). Quanto à incomunicabilidade, uns ministros consideraram não provada, e outros consideraram que ela era legal, já que estava em vigor o estado de sítio, e não seria admissível que conspiradores pudessem receber visitas às quais transmitiriam livremente as ordens para o prosseguimento do movimento rebelde.

Os julgamentos dos revoltosos das jornadas de 1924 se estenderam, da primeira instância aos pronunciamentos finais do Supremo Tribunal Federal, até 1929. Ao final, foram condenadas mais de cento e setenta pessoas.

Houve ainda outros episódios de agitação no seio das forças armadas, como a chamada Conspiração Protógenes, de abril de 1925, liderada pelo Capitão-de-Mar-e-Guerra Protógenes Pereira Guimarães, com o objetivo de derrubar o governo, revogar a legislação vigente sobre crimes políticos, dar anistia aos perseguidos por crimes políticos e convocar uma Assembléia Constituinte. Entre os denunciados pelo Ministério Público havia vários oficiais da Marinha e do Exército, além de alguns civis. Nesse episódio, e a despeito da convicção do juiz de primeira instância, que não recebeu a denúncia, o Supremo Tribunal Federal acolheu recurso do Ministério Público e terminou por condenar parte dos denunciados, após várias idas e vindas processuais.

A rigor, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses casos não ensejaram o exercício de função política. Não foram deliberações que levaram à definição do que era o interesse público naquele momento, nem dos meios necessários para implementá-lo. Juridicamente, foram decisões ordinárias de aplicação da legislação penal e processual penal a acusados da prática de crimes. Mas do ponto de vista político, os acórdãos do

Supremo Tribunal Federal significaram um claro repúdio à atuação dos “tenentes”. Essa postura da corte não foi esquecida pelos vencedores da Revolução de 1930, que após a vitória não só providenciaram a anistia de todos os civis e militares que tivessem participado dos movimentos ocorridos a partir de 1922, mas também tomaram medidas de retaliação contra alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal.

4.4. A CONTENÇÃO IMPOSTA PELO DIREITO E PELA FORÇA (1926-1946).

Após um período de cerca de trinta anos, durante o qual o Supremo Tribunal Federal passou da condição de coadjuvante do processo político à condição de órgão de soberania, responsável pelo legítimo exercício de parte da função política do Estado, seguiu-se um período de vinte anos de reação contra o ativismo da corte.

Essa reação veio, primeiro, por meio de emenda constitucional, aprovada segundo as regras postas pela Constituição de 1891. Em seguida, por meio de medidas autoritárias adotadas após a Revolução de 1930.

A despeito das investidas contra seu ativismo, o Supremo Tribunal Federal, até o final do primeiro governo Vargas, ainda resistia diante das tentativas de domesticação.

4.4.1. A contenção imposta pelo Direito: emenda à Constituição.

Em 1926 foi aprovado um conjunto de emendas à Constituição de 1891. A tese revisionista – que entrara em cena junto com a Carta, antes mesmo que sua aplicação pudessem revelar seus defeitos, mas que até a década de 1920 ainda não produzira efeitos concretos – finalmente ganhou força política nessa época e acabou aprovada pelo Congresso Nacional.

Quanto à competência da Justiça Federal – e do Supremo Tribunal Federal – a alteração mais significativa ficou por conta de disposição acrescentada à Constituição de 1891¹⁸⁷, que retirou o exame de diversos atos do campo de atuação do Poder Judiciário.

¹⁸⁷ CF/91, art. 60, § 5º: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal, ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração de estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade, a perda de mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo.”

Por outro lado, outra modificação levou a uma ampliação da competência recursal do Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhe competência para examinar questões decididas pelos Judiciários estaduais. Essa atribuição lhe permite uniformizar a jurisprudência dos Estados na aplicação da lei federal, o que é fundamental para o bom funcionamento do sistema federativo.

As emendas de 1926 – ao mesmo tempo que pretenderam incrementar o papel do Supremo Tribunal Federal como árbitro do federalismo, colocando freios nos excessos cometidos por algumas legislaturas e administrações estaduais, embora tenham retirado de sua competência a apreciação de questões decorrentes de intervenção federal – marcaram em contrapartida o fim da chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*. De fato, esta doutrina se baseou na interpretação ampliada do § 22 do artigo 72 da Constituição, mas a nova redação¹⁸⁸ aprovada em 1926 impedia a utilização do instituto para proteger liberdades que não fossem a de locomoção, tomada em seu sentido tradicional. Como resultado dessa mudança verificou-se, no período subsequente, a carência de um instituto destinado a preservar direitos e liberdades que até então vinham sendo amparadas por *habeas corpus*. Passou-se a utilizar, em determinadas situações, a proteção possessória do direito civil, sob a ficção jurídica de que o acesso a um cargo público, por exemplo, podia ser decidido em termos de preservação da posse do espaço físico em que o cargo era exercido. Esta carência viria a resultar na adoção, pela Constituição de 1934, do Mandado de Segurança, regulamentado por lei de 1936.

4.4.2. A contenção imposta pela força: o governo Vargas (1930-1945).

A Revolução de 1930 traria novos impactos sobre a pretensão do Supremo Tribunal Federal de contribuir de forma abrangente para o exercício da função política pelo Estado.

A sucessão de Washington Luís, que chegara à Presidência da República em 1926, foi marcada por forte antagonismo entre duas facções, sendo que cada uma delas aglutinava, em torno do respectivo candidato à sucessão presidencial, interesses que eram, quanto ao mais, bastante diferentes.

De um lado, os cafeicultores, apoiados por parte da classe média, que sofreram se-

¹⁸⁸ CF/91, art. 72, § 22º, com a redação dada pela EC de 1926: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.”

vero golpe em plena campanha eleitoral, com o *crack* da Bolsa de Nova Iorque, em 29 de outubro de 1929.

De outro lado, apresentou-se para a disputa eleitoral a chamada Aliança Liberal. Segundo BORIS FAUSTO¹⁸⁹,

“[o] programa da Aliança Liberal refletia as aspirações das classes dominantes regionais não associadas ao núcleo cafeeiro e tinha por objetivo sensibilizar a classe média. Defendia a necessidade de se incentivar a produção nacional em geral e não apenas o café; combatia os esquemas de valorização do produto em nome da ortodoxia financeira e por isso mesmo não discordava nesse ponto da política de Washington Luís. Propunha algumas medidas de proteção aos trabalhadores, como a extensão do direito à aposentadoria a setores ainda não beneficiados por ela, a regulamentação do trabalho do menor e das mulheres e a aplicação da lei de férias. (...) Sua insistência maior concentrava-se na defesa das liberdades individuais, da anistia (com o que acenava para os tenentes) e da reforma política, para assegurar a chamada verdade eleitoral.”

Quanto a este último aspecto, não há dúvida que a fraude nas votações chegara a patamares insustentáveis. Apenas a título de exemplo, ainda segundo FAUSTO¹⁹⁰, o candidato derrotado, Getúlio Vargas, colheu em seu Estado natal, o Rio Grande do Sul, 298.627 votos, contra 982 votos dados a Júlio Prestes. Pode-se imaginar o que ocorreu em favor do candidato vencedor nos demais Estados...

Com a vitória de Prestes, parte da oposição reconheceu a derrota, enquanto outra parte passou para a conspiração. O movimento ganhou força em julho de 1930, com o assassinio de João Pessoa, político identificado com a causa da Aliança Liberal e que havia sido candidato a Vice-Presidente de Getúlio Vargas, além de ser sobrinho do ex-Presidente da República Epitácio Pessoa. A morte de João Pessoa deveu-se a motivos pessoais, mas deu-se-lhe coloração política, o que aumentou a agitação. Em outubro o movimento revo-

¹⁸⁹ FAUSTO, *História do Brasil*, p. 319.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 321.

lucionário chegou ao ápice, e a tomada do poder se consumou.

A vitória dos revolucionários de 1930 significou a queda de um arranjo político que dava sustentação à República Velha, e inaugurou um novo capítulo na história política brasileira.

4.4.2.1. O Governo Provisório e o Supremo Tribunal Federal.

A revolução de 1930, sob o comando de Getúlio Vargas, tão logo se sagrou vitoriosa, editou uma espécie de “constituição” que estabelecia os poderes (praticamente ilimitados) do Governo Provisório: o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro daquele ano. Na verdade, este Governo Provisório chefiado por Vargas se apresentou desde o início como uma autoridade de transição, que governaria com totais poderes mas por prazo limitado, apenas até o advento da nova Constituição. Mas, contrariando o discurso, a prática getulista sempre se deu no sentido de adiar pelo máximo de tempo, se possível indefinidamente, a elaboração da Constituição, que afinal só saiu depois de manifestações populares – algumas beirando a guerra civil, como foram as jornadas de 1932 pela constitucionalização, em São Paulo.

Entre as principais disposições deste Decreto – nulo do ponto de vista do Direito então vigente, mas que se sustentou pela força do regime que ali nascia, e equivaleu portanto a autêntica manifestação do poder constituinte originário – encontram-se as seguintes:

- a) o Governo Provisório passava a exercer os Poderes Legislativo e Executivo, cabendo-lhe fazer todas as nomeações e demissões de funcionários públicos (artigo 1^o);
- b) foram dissolvidos o Congresso Nacional e os órgãos legislativos dos Estados, Distrito Federal, Território do Acre e Municípios (artigo 2^o);
- c) todos os atos normativos federais, estaduais e municipais, inclusive a Constituição Federal e as Constituições estaduais, passavam a ser livremente alteráveis por atos do Governo Provisório (artigo 4^o);
- d) todos os governadores ou presidentes de Estados, e todos os prefeitos municipais, passavam a ser substituíveis por interventores, por sua vez demissíveis *ad nutum* (artigo 11, §§ 3^o e 4^o);
- e) os interventores estaduais teriam o mesmo poder de alterar as Constituições estaduais e leis estaduais e municipais que o Governo Provisório tinha de alterar a Constituição e as leis federais (artigo 11, § 2^o).

Se estes atentados aos princípios da separação de poderes e do federalismo já eram mais do que suficientes para o Governo Provisório assumir a direção do Estado brasileiro, em todos os níveis, não foram menos relevantes as disposições contra o Poder Judiciário, em especial contra o Supremo Tribunal Federal. O Decreto nº 19.398 estabeleceu que os juízes deveriam continuar atuando segundo as leis em vigor, com as modificações introduzidas pelo Governo Provisório (artigo 3º). E essas modificações não foram poucas. Ademais, definiu-se a criação de um Tribunal Especial para processo e julgamento de crimes políticos, funcionais e outros determinados por lei, a ser instalado futuramente (na verdade só foi instalado em 1936). Além disso, suspenderam-se todas as garantias constitucionais, inclusive a possibilidade de reclamação junto ao Poder Judiciário, conforme consta do art. 5º:

“Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos decretos e atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores.

Parágrafo único. É mantido o *habeas corpus* em favor dos réus acusados nos processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais”.

Por fim, o Decreto nº 19.398 preparou o terreno para “livrar” o Supremo Tribunal Federal e todos os órgãos da administração pública dos ocupantes de cargos contrários ao regime que acabava de se instalar. Nos termos do art. 8º do Decreto, poderiam

“ser anulados ou restringidos, coletiva ou individualmente, por atos ulteriores, os direitos até aqui resultantes de nomeações, aposentadorias, jubilações, disponibilidade, reformas pensões ou subvenções e, em geral, de todos os atos relativos a emprego, cargos ou ofícios públicos, assim como do exercício ou o desempenho dos mesmos, inclusive, e, para todos os efeitos, os da magistratura, do Ministério Público, ofícios de Justiça e quaisquer outros, da União Federal, dos Estados, dos municípios, do Território do Acre e do Distrito Federal”.

Feitas tais modificações institucionais, o Governo Provisório aguardou algum tempo para verificar quais autoridades seriam refratárias ao novo regime. A resistência não tardou a aparecer no Supremo Tribunal Federal, e a recém criada legislação autoritária foi usada para aposentar compulsoriamente seis Ministros da Corte.

Em 03 de fevereiro de 1931 o Decreto nº 19.656 reorganizou provisoriamente o Supremo Tribunal Federal, adotando as seguintes providências:

a) reduziu de quinze para onze o número de Ministros (art. 1^o), determinando que não se preenchessem as vagas que fossem surgindo, até que se chegasse ao número correto (parágrafo único);

b) dividiu o Supremo Tribunal Federal em turmas de cinco Ministros para as causas não relacionadas a questões constitucionais (artigo 2^o);

c) definiu alguns aspectos de organização da secretaria, número de sessões semanais, prazo máximo de conclusão de autos a cada Ministro.

d) ratificou a revogação do § 2^o do artigo 41 da Constituição de 1891, segundo o qual caberia ao Presidente do Supremo Tribunal Federal assumir a Presidência da República em caso de impedimento deste, do Vice-Presidente da República (que era também necessariamente Presidente do Senado), do Vice-Presidente do Senado e do Presidente da Câmara dos Deputados. Como Getúlio Vargas não tinha Vice-Presidente, e fechara as Casas do Congresso, seu substituto imediato passaria a ser o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Com a revogação do mencionado parágrafo segundo, o chefe do Governo Provisório ficava virtualmente sem substituto legal.

E quinze dias depois, para se chegar ao número de onze ministros, o surgimento das vagas que não deveriam ser preenchidas foi apressado através do lacônico Decreto nº 19.711, de 18 de fevereiro de 1931, *verbis*:

“O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil:

Considerando que o decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduziu o número de ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 1^o);

Considerando que imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com

suas funções por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante;

Decreta:

Art. 1º. São aposentados, com as vantagens que lhes assegura a legislação vigente, dispensado o exame de sanidade, os ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antônio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibielli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca.

Art. 2º. Revogam-se as disposições em contrário.”

De pronto, nota-se a fragilidade das alegações de idade avançada e moléstia, pois os seis afastados tinham idade entre sessenta e um (Geminiano da Franca) e setenta anos (Godofredo Cunha), mas não foi aposentado, na mesma oportunidade, o Ministro Carolino Leôni Ramos, então com setenta e três anos, e que veio a falecer um mês depois, nem foram aposentados os Ministros Edmundo Lins, Hermenegildo de Barros, Artur Ribeiro, Soriano de Sousa, Rodrigo Octávio e Firmino Whitaker, todos com mais de sessenta e quatro anos. Aliás, só dois Ministros estavam abaixo dos sessenta anos: Cardoso Ribeiro (cinquenta e quatro), que morreu no ano seguinte, e Bento de Faria (cinquenta e cinco).

Se os critérios usados para as aposentadorias não foram, apesar de invocados, idade avançada ou moléstia, só podem ter sido “outros de natureza relevante”, como constou do Decreto. E, segundo BALEEIRO¹⁹¹, este episódio foi na verdade nada mais que

“a punição que o vencedor da Revolução de 1930 resolveu infligir aos ministros do Supremo Tribunal Federal, que, como Procurador-Geral da República – o caso da nobilíssima figura de Pires e Albuquerque – ou como julgadores, condenaram, na forma da lei, os acusados de revoluções e conspirações em 1922, 1923, 1924 e 1926.”

O paraibano GEMINIANO DA FRANCA, que havia sido nomeado para o Supremo Tribunal Federal em 1922, depois de fazer boa parte de sua carreira em terras flumi-

nenses, publicou, no mesmo ano de 1931, breve mas interessante estudo sobre a história do Judiciário brasileiro, da época colonial à Revolução de 1930. Nele, tratando do Supremo Tribunal Federal, afirmou que

“através de todos os óbices, seteado pela calúnia, ameaçado em suas prerrogativas, combatido em seus privilégios, jamais perdeu ele a confiança no triunfo da justiça e na vitória dos princípios liberais”.

Pouco adiante, demonstrando que a aposentadoria compulsória que o privou do cargo não vergou seu espírito, assim criticou o ímpeto revolucionário do Governo Provisório:

“para um trabalho de purificação não é necessária a destruição sistemática da obra das gerações pretéritas. Não é com o exagero do agradar, negando todo e qualquer valor à labuta de quarenta anos de vida republicana, que se poderá constituir um sólido monumento político.”¹⁹²

Com as seis aposentadorias, mais o óbito do Ministro Leôni Ramos, o Supremo Tribunal Federal passou a ter oito Ministros, sendo nomeados nos meses seguintes Eduardo Espínola, Carvalho Mourão e Plínio Casado.

Ainda em 1931, em 13 de junho, foi editado o Decreto nº 20.106, que, segundo sua ementa, “modifica e completa a reorganização provisória do Supremo Tribunal Federal e estabelece várias providências sobre o processo na Justiça Federal”. Este decreto restabeleceu as garantias dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, suspensas pelo artigo 8º do Decreto nº 19.398, mas confirmou os atos do Governo Provisório praticados até aquela data, inclusive a redução do número de Ministros do Tribunal, acrescentando ainda que a irredutibilidade de vencimentos dos Ministros e Juízes não os dispensava do pagamento dos

¹⁹¹ BALEEIRO, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, p. 115.

¹⁹² FRANCA, *O Poder Judiciário no Brasil*, p. 63.

impostos gerais¹⁹³, disposição que veio a ser confirmada na Constituição de 1934¹⁹⁴.

E finalmente, em 17 de dezembro de 1931, o Decreto nº 20.810 dispôs em seu artigo único:

“As transgressões disciplinares, como tal punidas pela autoridade competente, escapam à jurisdição da autoridade judiciária, sendo-lhe vedado tomar conhecimento de *habeas corpus* ou outros quaisquer recursos que se relacionem com essas punições, revogadas as disposições em contrário”.

Por tudo o que se acabou de mencionar, verifica-se que, instalado em 28 de fevereiro de 1891, em 1931 o Supremo Tribunal Federal completou quarenta anos de funcionamento a serviço da República brasileira. No entanto, nada houve para comemorar, pois o período que vai de novembro de 1930 a dezembro de 1931 pode ser considerado o pior da história do Supremo Tribunal Federal, em termos de atentados contra sua independência.

Em 16 de maio de 1932 faleceu o Ministro Cardoso Ribeiro, e em 30 de maio o Ministro Soriano de Sousa pediu aposentadoria. Embora este fosse pernambucano, e dezesseis anos mais velho que aquele, paulista, ambos ingressaram, no final do século XIX, na magistratura de São Paulo, serviram em diversas cidades do interior, inclusive Campinas, e foram ambos nomeados para o Supremo Tribunal Federal pelo Presidente Washington Luiz, em 1927. Chegaram juntos ao Supremo e quando Cardoso Ribeiro faleceu Soriano de Souza afastou-se da corte por aposentadoria.

Nas suas vagas foram nomeados Laudo de Camargo (junho de 1932) e Costa Manso (julho de 1933). Este último foi indicado por unanimidade, pelos dez Ministros do Supremo Tribunal Federal, para encabeçar a lista quántupla solicitada pelo Governo Provisório com sugestão de nomes para ocupar a suprema magistratura. A lista tinha em segundo

¹⁹³ A instituição de impostos incidentes sobre vencimentos de magistrados havia sido julgada inconstitucional sob a égide da Constituição de 1891. Ressalve-se, contudo, que naquela oportunidade surgiu primeiro a garantia de irredutibilidade, depois surgiram os impostos. Já neste momento, o mesmo ato que restabelecia a garantia ressalvava a inexistência de imunidade tributária. Seja como for, a tributação incidente sobre a renda dos magistrados, embora justa e aceita até hoje, naquele momento tinha uma conotação diferente: sinalizava que os magistrados, além de atingidos por aposentadorias compulsórias, poderiam ser também atingidos por redução de vencimentos.

¹⁹⁴ CF/34: “Art 64. Salvas as restrições expressas na Constituição, os juizes gozarão das garantias seguintes: (...) c) irredutibilidade de vencimentos, os quais ficam, todavia, sujeitos aos impostos gerais.”

lugar, com oito votos, Carlos Maximiliano, e em terceiro, com sete votos, Cunha Melo, também nomeados posteriormente por Getúlio Vargas, respectivamente em 1936 e 1937. Preocupado, talvez, em parecer menos autoritário do que suas atitudes até então demonstravam, Vargas, depois de expulsar do Tribunal seis de seus membros, recorreu aos remanescentes para se aconselhar...

Em 09 de agosto de 1933 – ocasião em que, por aposentadoria compulsória ou voluntária, ou por morte, nove ministros já tinham deixado o Supremo Tribunal Federal desde a Revolução de 1930 – o Decreto nº 23.055 ampliou a competência recursal da corte, inclusive mediante a criação de novos casos de recurso de ofício, de modo a fazer do Supremo Tribunal um instrumento mais presente no controle das magistraturas estaduais.

Em fevereiro de 1934 aposentou-se o Ministro Rodrigo Otávio, sendo substituído no mesmo mês por Otávio Kelly. Neste momento, ainda antes da entrada em vigor da Constituição de 16 de julho de 1934, seis dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal já tinham sido nomeados por Getúlio Vargas.

4.4.2.2. A Corte Suprema na Constituição de 1934.

As providências adotadas pelo Governo Provisório levaram os governantes estaduais à asfixia e a elite cafeeicultora paulista ao inconformismo, decorrente de seu alijamento do processo político. Passou-se de uma “política dos governadores”, baseada na força e influência das oligarquias estaduais, para uma grande centralização do poder nas mãos de Vargas.

Desse cenário, entre outras manifestações, resultou o movimento constitucionalista paulista de 1932. Embora militarmente derrotado, o movimento colaborou para que, em 15 de novembro de 1933, fosse finalmente instalada a Assembléia Constituinte prometida em 1930. De seus trabalhos resultou a promulgação, em 16 de julho de 1934, da terceira Constituição brasileira.

Embora este documento tenha tido vida curta, mal ultrapassando os três anos de vigência, diversas de suas disposições foram posteriormente resgatadas e incorporadas na Constituição de 1946. Sua visão de mundo, portanto – ainda que tenha sido ofuscada durante alguns anos pelo regime autoritário reintroduzido por Vargas em 1937 – tinha raízes na sociedade brasileira, em especial na elite que participou de ambas as assembleias constituintes.

A Constituição de 1934 trouxe algumas novidades importantes, como a previsão do

mandado de segurança, reclamado para a proteção urgente de direitos lesados que, desde 1926, não podiam mais ser protegidos por *habeas corpus*; a Justiça Eleitoral, que havia sido instalada em 1932 e ganhou *status* constitucional na nova Constituição; a atribuição de competência ao Senado Federal para suspender a eficácia de atos julgados inconstitucionais pela Corte Suprema (nova denominação dada ao Supremo Tribunal Federal); a criação de tribunais de segunda instância, procurando liberar a Corte Suprema da tarefa de órgão de jurisdição recursal ordinária; e ainda, a expressa vedação de competência para o Poder Judiciário julgar as questões exclusivamente políticas.

A Constituição de 1934 trouxe ainda outra novidade importante: enquanto a Constituição de 1891 estabelecia que o Procurador-Geral da República devia ser designado pelo Presidente da República dentre um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁵, a Constituição de 1934 estabeleceu que ele seria escolhido pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos que preenchessem os requisitos para a nomeação para a Corte Suprema¹⁹⁶.

Ainda em 1934 o Supremo Tribunal Federal perdeu mais um ministro que chegara à corte antes da revolução de 1930: faleceu o Min. Firmino Whitaker, sendo substituído por Aaulfo de Paiva.

Em 1936 foram aprovadas duas leis importantes para o Poder Judiciário: a que criava o Mandado de Segurança (Lei nº 191, de 16 de janeiro) e a que criava o Tribunal de Segurança Nacional (Lei nº 224, de 11 de setembro). A primeira, aprovada para suprir a lacuna aberta no ordenamento jurídico brasileiro desde que emenda constitucional de 1926 restringira o uso do *habeas corpus* à proteção da liberdade de locomoção, de modo que as demais violações somente pudessem ser corrigidas por meio de ação de rito ordinário. E a segunda, que criava o Tribunal Especial a que os artigos 58 e 75 da Constituição de 1934 faziam referência, com competência para julgar o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema nos crimes de responsabilidade.

¹⁹⁵ CF/91, art. 58, § 2º: “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei.”

¹⁹⁶ CF/34, art. 95, § 1º: “O Chefe do Ministério Público Federal nos juízos comuns é o Procurador Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*.”

4.4.2.3. O Estado Novo e o Supremo Tribunal Federal.

Em 1937, a pretexto de debelar ações comunistas, Vargas promoveu um golpe de Estado e inaugurou o chamado “Estado Novo”. Visto no contexto mundial, esse movimento de aprofundamento da revolução de 1930, com suspensão das regras do jogo democrático, ocorreu em uma época de preponderância autoritária no plano internacional. Nos anos que antecederam 1937, haviam chegado ao poder Mussolini, na Itália, Hitler, na Alemanha, Salazar, em Portugal, e Franco, na Espanha. Até nos Estados Unidos, o *new deal* representou uma concentração de poderes nas mãos do Presidente da República, com impacto sobre a própria Suprema Corte¹⁹⁷.

Em 10 de novembro de 1937 foi outorgada a nova Constituição brasileira. Seu preâmbulo faz referência a conflitos que tendiam a se resolver pela violência, “colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil”, e “ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista”, para em seguida constatar que “sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz”. Destarte, não restava ao Presidente da República outra alternativa senão decretar a nova Constituição.

A Constituição de 1937 manteve o Brasil como república federativa, e inseriu diversos dispositivos que ampliavam a autoridade do Presidente da República. Além deste desenho concentrador de atribuições, o art. 180 da Carta determinava que, enquanto o Parlamento Nacional não se reunisse, o Presidente da República exerceria o Poder Legislativo federal. Ora, como o Parlamento, até a queda de Vargas, jamais se reuniu...

O Supremo Tribunal Federal recuperou sua denominação tradicional, trocada para Corte Suprema durante a vigência da Constituição de 1934. Era integrado por onze ministros nomeados pelo Presidente da República, em tese após a aprovação pelo Conselho Federal (que substituiu o Senado Federal). Este último aspecto, contudo, teve pouca importância, já que as eleições para o Conselho Federal não chegaram a ocorrer. Nos termos do art. 101 da Constituição de 1937, o Supremo Tribunal Federal tinha competências originárias e recursais ordinárias, além da competência para julgar os recursos extraordinários. A

¹⁹⁷ Nesta época diversas leis foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, por cinco votos a quatro. Incapaz de superar a resistência da Corte à legislação intervencionista, o Presidente Roosevelt, com apoio do Congresso, fez ameaça de aumentar o número de juízes que nela tinham assento, para assim transformar em maioria a minoria que apoiava a orientação política compartilhada pelo Poderes Executivo e Legislativo. Cogitou-se também a possibilidade de ser movido processo de *impeachment* contra alguns dos juízes resistentes. Porém, com a aposentadoria de um *justice*, e a mudança de posição de outro, a legislação do *new deal* passou a ser considerada constitucional por seis votos a três. Esta mudança de orientação ficou conhecida como “a mudança a tempo que salvou nove” (*the switch in time that saved nine*).

Constituição de 1937 manteve o dispositivo que vedava aos juízes o exame de questões exclusivamente políticas.¹⁹⁸

O art. 184 da Constituição de 1937 determinou a extinção das ações em curso, referentes a limites entre Estados membros, vedando a propositura de quaisquer outras, e atribuiu ao Serviço Geográfico do Exército a competência para demarcação.

O art. 96, *caput* da Constituição de 1937 estabeleceu a possibilidade de os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Contudo, o parágrafo único do mesmo artigo fez os efeitos desta declaração relativos, ao possibilitar a confirmação do ato julgado inconstitucional pelo voto de dois terços de cada uma das Casas legislativas¹⁹⁹. Cabe lembrar, porém, que elas haviam sido dissolvidas, ficando o poder de convalidação entregue ao próprio Presidente, assim como todas as demais atribuições do legislativo federal, nos termos de um conjunto de disposições transitórias da Constituição²⁰⁰. Em pelo menos uma ocasião a regra de confirmação de ato julgado inconstitucional foi utilizada.

Com efeito, em 30 de agosto de 1939 o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional uma disposição daquele ano que tratava de tributação. O Presidente da República, em 5 de setembro, editou o Decreto-lei nº 1.564, que confirmou o texto declarado nulo pela corte e tornou sem nenhum efeito a decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como eventuais decisões proferidas por quaisquer outros tribunais ou juízes que houvessem declarado a inconstitucionalidade da norma tributária.

Outro aspecto trazido pela Constituição de 1937 foi a redução da idade para apo-

¹⁹⁸ CF/37, art. 94: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

¹⁹⁹ CF/37: “Art. 96 – Só por maioria absoluta e votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar social do povo, à promoção ou defesa de um 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.”

²⁰⁰ Com efeito, Getúlio Vargas deu-se ao trabalho de encomendar uma Constituição que tratava do Poder Legislativo, embora esta mesma Carta tivesse dissolvido os órgãos deste Poder nos âmbitos federal, estadual e municipal, postergando a realização de eleições para as Casas do Legislativo federal para um momento a ser definido pelo próprio Presidente da República, e que nunca chegou enquanto Vargas esteve no Poder. Dispunha a CF/37: “Art. 178 – São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento Nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187. (...) Art. 180 – Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-lei sobre todas as matérias da competência legislativa da União. (...) Art. 187 – Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República. (...)”

sentadoria compulsória dos servidores públicos. A Constituição de 1934, em seu art. 170 § 3º, estabelecia a idade de 68 anos, mas continha regra especial para os magistrados (aposentadoria compulsória aos 75 anos, nos termos do art. 64, “a”). Já a Constituição de 1937, em seu art. 156, “d”, manteve a regra geral para os funcionários públicos (aposentadoria compulsória aos 68 anos), bem como manteve regra especial para os magistrados, embora tenha reduzido a idade máxima para o mesmo patamar dos demais servidores (art. 91, “a”).

Menos de uma semana depois da entrada em vigor da Constituição de 1937, aposentaram-se os Ministros Hermenegildo de Barros e Edmundo Lins, que contavam então, respectivamente, dezoito e vinte anos no Tribunal. Ambos eram mineiros, formados na Faculdade de Direito de São Paulo (o primeiro em 1886, o segundo em 1889), e tinham sido nomeados Desembargadores do Tribunal da Relação de Minas Gerais em 1903. No Largo São Francisco, Edmundo Lins e outro mineiro, Carvalho Mourão (formado em 1892), foram redatores de um conhecido jornal acadêmico. Os três conterrâneos vieram a se encontrar no Supremo Tribunal Federal, para o qual Edmundo foi nomeado em 1917, Hermenegildo em 1919 e Mourão em 1931. Contudo, apesar das coincidências biográficas entre os três, não consta que fossem particularmente ligados. Segundo o Ministro LUIZ GALLOTTI²⁰¹, Edmundo Lins era grande amigo do baiano Pires e Albuquerque, formado no Recife, enquanto Carvalho Mourão, de temperamento difícil, era mais conhecido, segundo o Ministro Castro Nunes²⁰², pelos constantes e calorosos debates que, na Primeira Turma e no Tribunal Pleno, travava com o afável Ministro Costa Manso, com quem discutia às vezes até quando estavam de acordo.

Ainda em novembro de 1937, nas vagas de Edmundo e Hermenegildo, foram nomeados os Ministros Armando Alencar e Cunha Melo, e no mesmo ano, em 16 de dezembro, aposentou-se o Ministro Ataúlfo de Paiva – que chegara ao Tribunal aos sessenta e nove anos de idade, em 1934 – para cuja vaga foi nomeado logo em seguida, na véspera do Natal, o Ministro José Linhares.

Em função das muitas mudanças, ao término do ano de 1937 apenas Bento de Faria, dos onze Ministros, não fora nomeado por Getúlio Vargas, o que, não obstante, não significou a docilidade do Tribunal para com o ditador.

Pelo contrário, há indícios de divergência entre o Tribunal e o ditador, como de-

²⁰¹ GALLOTTI, *O Supremo Tribunal Federal que eu conheci (1922 a 1978)*, p. 23-27.

²⁰² Cf. DANIEL AARÃO REIS, *O Supremo Tribunal do Brasil: notas e recordações*, p. 152.

monstram o Decreto-lei nº 1.564/39, acima referido, que anulou um acórdão do Supremo Tribunal Federal, e o Decreto-lei no. 2.770, de 11 de novembro de 1940, que determinou que “o Presidente e o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal serão nomeados por tempo indeterminado dentre os respectivos Ministros pelo Presidente da República e considerar-se-ão empossados mediante publicação do respectivo ato no *Diário Oficial*”. Esse decreto-lei foi elaborado para evitar que o Ministro Laudo de Camargo, que o próprio Getúlio nomeara em 1932, tomasse posse no cargo de Vice-Presidente da corte, pois já vigorava a praxe de eleger os Ministros mais antigos para ocupar a Presidência e a Vice-Presidência do Tribunal.

Nos eventos de comemoração dos cinquenta anos do Supremo Tribunal Federal, e talvez procurando criar um clima mais amistoso, o Ministro da Justiça de Vargas, Francisco Campos, foi ao plenário do Tribunal, no dia 02 de abril de 1941, e discursou em defesa da Constituição de 1937, que causava constrangimento por causa da disposição que facultou ao Poder Legislativo – entenda-se, ao Presidente Vargas, já que o Congresso Nacional seguia fechado – anular decisões do Supremo que tivessem declarado a inconstitucionalidade de algum ato normativo²⁰³.

Em 1942 chegou ao Tribunal um dos grandes nomes do Direito Nacional, o carioca Filadelfo Azevedo, que permaneceu na Corte até 1946, quando foi ser Juiz na Corte Internacional de Justiça, em Haia, Holanda.

O fato é que, com todas as amarras que tinham sido colocadas, no período do Estado Novo a corte pouco produziu que pudesse ser considerado exercício de função política. Não há um único acórdão desse período incluído na coletânea de Edgard Costa (*Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, em 5 volumes), e tampouco na relação de julgamentos históricos elaborada pelo próprio tribunal, e disponível na rede mundial de computadores.

Em outubro de 1945, Getúlio Vargas, por pressão de setores do Exército, deixou o poder e refugiou-se no interior do Rio Grande do Sul. Voltaria à cena política no ano seguinte, depois de disputar e vencer eleições para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

²⁰³ Cf. CAMPOS, *Direito Constitucional*, II, p. 403-404.

4.4.3. A jurisprudência no período (1926-1946)

Durante o período de vinte anos iniciado em 1926, foram adotadas diversas medidas para reduzir o exercício de função política pelo Supremo Tribunal Federal: uma das emendas à Constituição de 1891 restringiu a utilização do *habeas corpus* e retirou da Corte a competência para julgar questões decorrentes da intervenção federal nos Estados e da declaração de estado de sítio, entre outras; um decreto excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Governo Provisório nos primeiros meses após a Revolução de 1930; e a Constituição de 1934 vedou o conhecimento, pelo Poder Judiciário, de questões exclusivamente políticas, disposição que foi mantida na Constituição de 1937.

Após todas essas medidas, é natural que a jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal, em termos de exercício de função política, tenha sido bem menos exuberante do que na fase anterior.

Houve alguns poucos julgados de destaque no período.

4.4.3.1. A separação de poderes e a independência do Poder Judiciário.

Ainda antes da Revolução de 1930, o Supremo Tribunal Federal discutiu a independência do Poder Judiciário, sob o viés um tanto constrangedor da irredutibilidade de vencimentos.

A Constituição Federal de 1891 procurou dotar a magistratura de garantias para o exercício de suas atribuições. Além da vitaliciedade, que já constava da Constituição imperial, acrescentou um dispositivo relativo à irredutibilidade de vencimentos²⁰⁴, que desde o início da República era considerado, por várias decisões judiciais, como gerador de imunidade tributária em favor dos magistrados.

Esta tese poderia até ser defensável se um magistrado tivesse seus vencimentos reduzidos pela criação de um tributo, incidente apenas sobre a magistratura, que não existia quando de seu ingresso na carreira de juiz. Mas era difícil sustentar a tese em relação aos impostos gerais, criados para todas as profissões, bem como em relação aos impostos já existentes ao tempo em que um determinado cidadão passava a exercer a judicatura. Nesse caso, a percepção do primeiro vencimento mensal, deduzido dos impostos gerais, não poderia ser qualificada de redução de vencimentos. Ou seja, quando muito seria possível sus-

²⁰⁴ CF/91: “Art. 57. Os juízes federais são vitalícios, e perderão o cargo unicamente por sentença judicial. § 1º Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos. (...)”

tentar que os impostos gerais não poderiam atingir os juízes em exercício na data de criação do tributo, mas era difícil sustentar que não poderiam atingir futuros juízes. A imunidade tributária era vista mais como um privilégio de classe do que como expressão de uma garantia constitucional para a independência do Poder Judiciário.

Por ocasião das emendas à Constituição, em 1926, uma das alterações foi justamente a supressão da imunidade tributária de magistrados, por meio do acréscimo de parágrafo ao art. 72 da Carta²⁰⁵.

Após a promulgação da emenda, Geminiano da Franca, Ministro do Supremo Tribunal Federal, propôs ação para declarar nulo o ato do Poder Executivo que determinou desconto nos seus vencimentos, a título de impostos. Julgada procedente em primeira instância, houve recurso de ofício e da União Federal e a ação chegou ao Supremo Tribunal Federal (Apelação Cível nº 5.914). No julgamento da questão, o relator, Ministro Bento de Faria, entendeu que a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos da magistratura impedia a cobrança dos impostos, de modo que a Emenda que acrescentara o § 32 ao art. 72 da Constituição era inconstitucional.

Houve embargos, igualmente rejeitados, pois, nos termos do voto do relator,

“a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados é parte integrante da independência do Poder Judiciário. (...) não deve nem pode ser considerado como privilégio de certa classe (...). Não é disso que se trata, nem foi esse o objetivo do julgamento embargado, mas tão somente o de assegurar a vigência de um princípio constitucional, cuja defesa é imposta pela própria Constituição da República, sem quaisquer preocupações de caráter subalterno.”

Ao final, rejeitaram os embargos por maioria, contra os votos dos Ministros Soriano de Sousa e Muniz Barreto.

Porém, essa imunidade tributária para preservação da irredutibilidade de vencimentos teve vida curta, sendo expressamente afastada pelo Decreto nº 20.106/31 do Governo Provisório e definitivamente rejeitada pela Constituição de 1934.

²⁰⁵ Foram acrescentados três parágrafos ao art. 72 da Constituição de 1891, dentre os quais o seguinte: “§ 32º. As disposições constitucionais assecuratórias da irredutibilidade de vencimentos civis ou militares

Embora o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em favor da imunidade tributária tenha sido superado pouco depois por ato do governo provisório instalado após a Revolução de 1930, cabe mencionar um outro aspecto abordado na decisão da corte. Tanto o Ministro Bento de Faria, relator do processo, quanto o Ministro Edmundo Lins, afirmaram que não se sentiam impedidos de decidir sobre a questão, embora fossem integrantes da magistratura e, por isso, titulares de um interesse idêntico ao do autor da ação, Ministro Geminiano da Franca. Entenderam que uma ação não podia ficar sem decisão; que a competência para decidir a questão da imunidade tributária era da justiça federal de primeira instância, com recurso ao Supremo Tribunal Federal; que, portanto, todos os magistrados competentes para a causa tinham interesse idêntico ao autor da ação, e se não pudessem decidir, o caso ficaria sem solução, por falta de quem o resolvesse; que, sendo assim, decidiriam o caso, ainda que correndo o risco de se tornarem alvo de maledicência.

Essa era, de fato, uma situação peculiar, em que todos os integrantes da magistratura federal podiam ser considerados impedidos de julgar, em razão do interesse que tinham na questão. Não havia disposição constitucional ou legal para resolver o impasse criado pelo impedimento generalizado dos juízes e a obrigatoriedade de todo processo chegar a um final. Ao decidir a questão, o Supremo Tribunal Federal lançou as bases para uma norma como a que consta da atual Constituição²⁰⁶, que o define como o tribunal competente para julgar ações em que todos os membros da magistratura são interessados.

4.4.3.2. Os direitos fundamentais.

Quanto à jurisprudência produzida pela Corte Suprema – denominação dada ao Supremo Tribunal Federal durante o curto período de vigência da Constituição de 1934 – no campo dos direitos políticos, ela pode ser considerada, no mínimo, controvertida. Para muitos, a Corte falhou flagrantemente em um momento de arbítrio por parte do governo federal, quando sua jurisprudência protetora era mais necessária. Destacaram-se no período um mandado de segurança relativo à liberdade de associação, e dois *habeas corpus* referentes a direitos políticos.

não eximem da obrigação de pagar os impostos gerais criados em lei.”

²⁰⁶ CF/88: “Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, (...)”

O mandado de segurança²⁰⁷ foi impetrado pelo Presidente da Aliança Libertadora Nacional contra ato do Governo que determinou o fechamento dessa associação, por seis meses, para realizar apuração de indícios de atividade subversiva que, se confirmados, deveriam levar à extinção da organização. A Corte Suprema acatou parecer do então Procurador-Geral da República (e futuro Ministro) Carlos Maximiliano, acrescentou outros argumentos e rejeitou a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 38, que embasava o fechamento da Aliança.

Quanto aos *habeas corpus*²⁰⁸, o primeiro foi impetrado pelo Deputado João Mangabeira, sendo pacientes ele mesmo e outros parlamentares, presos por crime contra a segurança nacional, sob o fundamento de ter ocorrido afronta às imunidades parlamentares. O pedido foi indeferido por unanimidade.

O segundo *habeas corpus*²⁰⁹ foi um dos casos mais marcantes da história do Supremo Tribunal Federal. Foi impetrado por Heitor Lima em favor de Maria Prestes, ou Olga Benário, que havia sido detida como estrangeira perniciososa à ordem pública e encontrava-se ameaçada de expulsão do território nacional. O pedido era para que fosse julgada no Brasil por eventuais crimes aqui cometidos, alegando-se a gravidez da paciente, que era companheira de Luís Carlos Prestes, comandante da Coluna Prestes. Denegado o *habeas corpus*, a paciente foi posteriormente entregue ao regime nazista alemão e veio a falecer em um campo de concentração.

Estes casos retratam exemplarmente a postura do Supremo Tribunal Federal em relação à preponderância do Poder Executivo. O que muitos qualificam de subserviência, significa, possivelmente, comunhão de pontos de vista. Provavelmente o Supremo Tribunal Federal comungava da idéia de que o combate ao comunismo era necessário e, portanto, lícito. E de que as medidas excepcionais eram admissíveis, porque destinadas a produzir efeitos em tempos excepcionais. É certo que, por suas conseqüências, o caso Olga Benário talvez seja o pior momento da história do Supremo Tribunal Federal. Mas nunca é demais lembrar que o contexto era o das vésperas da Segunda Guerra Mundial. Sem pretender entrar no mérito das decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos políticos, cabe apenas ponderar que constitui equívoco pretender, no exame de fatos histó-

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 111, relator Min. Arthur Ribeiro, j. em 21.08.1935.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 26.178, rel. Min. Carvalho Mourão, j. em 20.07.1936.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 26.155, rel. Min. Bento de Faria, j. em 17.06.1936.

ricos, avaliar ações pretéritas à luz dos valores vigentes no presente.

Tanto não havia submissão da Corte ao Poder Executivo que novos mecanismos de controle tiveram que ser instituídos pela Constituição de 1937 (que criou a possibilidade de o Presidente da República anular uma decisão do Poder Judiciário que declarasse a inconstitucionalidade de um ato governamental) e por Decreto-lei (que deu ao Presidente da República a competência para escolher o Presidente e o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal).

4.5. A AUTOCONTENÇÃO (1945-1964).

Após o governo Vargas, seguiu-se período durante o qual a contenção foi voluntária. Um Supremo Tribunal Federal integrado por ministros de postura mais legalista e a redemocratização do País – com a revitalização dos Poderes Legislativo e Executivo, tanto nacionais quanto estaduais – levaram a Corte a assumir uma postura mais contida, deixando o protagonismo político para os representantes do povo eleitos pelo voto direto.

Quando exerceu função política, o Supremo o fez em sintonia com o pensamento dominante na sociedade, seja por concordar com ele, seja por considerar que, havendo representantes eleitos diretamente pelo povo, a eles cabia o papel preponderante na definição do interesse público e dos meios para implementá-lo.

4.5.1. A redemocratização e a Constituição de 1946.

Em 29 de outubro de 1945, Getúlio Vargas, pressionado por integrantes da cúpula militar, renunciou à Presidência da República. Houve um momento de perplexidade e dúvida quanto à sucessão do renunciante. A Constituição de 1937 estabeleceu que o Presidente da República, nos casos de vacância da Presidência, seria sucedido por membro do Conselho Federal²¹⁰, escolhido por seus pares para exercer provisoriamente a Presidência da República até que se elegeesse o sucessor. Como as eleições para as Casas do Poder Legislativo não chegaram a ocorrer durante o Estado Novo, Getúlio Vargas, à luz das regras da Constituição de 1937, era juridicamente insubstituível.

Com o Congresso fechado, e não havendo a figura do Vice-Presidente, um grupo de

²¹⁰ O Conselho Federal, se tivesse funcionado, seria uma espécie de Senado. Segundo a Constituição de 1937, art. 50, deveria ser integrado por um representante de cada Estado, eleito por sua Assembléia Legis-

oficiais das forças armadas convidou o Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, na qualidade de presidente do único Poder que se encontrava em funcionamento regular, a assumir a Presidência da República, o que ocorreu em 30 de outubro.

Logo após sua posse o Presidente José Linhares editou, com base no art. 180 da Constituição, uma série de Leis Constitucionais cujo objetivo era o de dar início ao restabelecimento da normalidade democrática.

Para isso, revogou o artigo da Constituição que permitia que civis e militares fossem aposentados ou reformados a juízo exclusivo do Governo; convocou eleições para a Presidência da República, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, a serem realizadas no dia dois de dezembro seguinte, sendo que a posse dos eleitos foi marcada para 31 de janeiro de 1946; determinou que os eleitos para o Congresso Nacional se reuniram em Assembléia Constituinte, ficando o Presidente da República encarregado de exercer as funções legislativas, no âmbito da União, até que a nova Constituição fosse promulgada e os deputados e senadores ficassem liberados para assumir a tarefa de legislar; extinguiu o Tribunal de Segurança Nacional; revogou alguns outros dispositivos da Constituição de 1937, além de ter adotado medidas legais e administrativas.

Especificamente naquilo que se refere ao Supremo Tribunal Federal, o Ministro Linhares restabeleceu a competência do Tribunal para escolher soberanamente, dentre seus integrantes, o Presidente e o Vice (Decreto-lei nº 8.561, de 04.01.1946), e para organizar sua própria Secretaria (Decreto-lei nº 8.632, de 11.01.1946).

O Ministro José Linhares, nos três meses em que esteve à frente da Presidência da República (novembro de 1945 a janeiro de 1946), nomeou três magistrados de carreira para compor o Supremo Tribunal: os Ministros Lafayette de Andrada, Edgard Costa, e Ribeiro da Costa.

A nova Constituição foi promulgada em 18 de setembro de 1946, e resgatou diversos dispositivos previstos na Constituição de 1934, mas que mal chegaram a produzir efeitos por causa de sua curta vigência. Por outro lado, a Constituição de 1946 não incorporou disposições de inspiração fascista, como a representação de categorias profissionais no âmbito do Poder Legislativo.

Uma das medidas de maior impacto sobre o Supremo Tribunal Federal foi a criação do Tribunal Federal de Recursos, que absorveu a competência para julgar, em segunda ins-

lativa, e por dez membros nomeados pelo Presidente da República.

tância, as causas em que a União Federal tivesse interesse²¹¹.

Segundo ROGÉRIO BASTOS ARANTES²¹²,

“tal modificação tem duas conseqüências importantes: primeiramente porque soluciona, pelo menos em parte, o problema da sobrecarga de trabalho que se abatia sobre o STF com a transferência do papel de segunda instância dos assuntos envolvendo a União para o TFR. Em segundo lugar, porque livrando-se desta atribuição, vê salientado seu papel de árbitro da federação nos conflitos políticos e de jurisdição, e o papel de guardião da Constituição.”

Com isso,

“a partir de 46 a posição do STF vai sendo depurada no sentido de transformá-lo mais numa Corte das questões federativas e constitucionais e menos numa Corte dos assuntos da União.”²¹³

Quanto à composição do Supremo Tribunal Federal, chama a atenção o grupo de ministros extremamente qualificados que foi nomeado no período. Em função das acirradas disputas políticas que a restauração democrática de 1946 trouxe, cada Presidente da República procurou nomear juristas que não só estivessem entre os mais qualificados do País, mas também que pudessem ter livre trânsito entre partidários de diferentes correntes políticas. Foi um período em que a excelência técnica prevaleceu, havendo vários magistrados de carreira e estudiosos do Direito entre os nomeados.

O Presidente Eurico Gaspar Dutra nomeou, em 1946, o carioca Hahnemann Guimarães, professor de Direito Romano e catedrático de Direito Civil, que havia sido Consultor-Geral da República e Procurador-Geral da República, e nomeou, em 1949, o catarinense Luiz Gallotti, Procurador da República de carreira, que ocupou o cargo de Procurador-

²¹¹ CF/46, art. 104, II: “Compete ao Tribunal Federal de Recursos: (...) II – julgar em grau de recurso: a) as causas decididas em primeira instância, quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência, ou quando se tratar de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar; (...)”

²¹² ARANTES, *Judiciário e política no Brasil*, p. 91.

²¹³ *Idem*, p. 92.

Geral da República antes de ser nomeado para o Supremo Tribunal Federal. Gallotti teve a peculiaridade de ser genro do ex-Ministro e ex-Procurador-Geral da República Pires e Albuquerque, e pai de Octávio Gallotti, que também chegaria a ser Ministro do Supremo Tribunal Federal na década de 1970.

Getúlio Vargas, que voltou à Presidência da República nas eleições de 1950, nomeou para o Supremo Tribunal Federal, em 1951, dois expoentes da cultura jurídica brasileira, ambos oriundos da magistratura estadual: o paulistano Mário Guimarães, ex-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, e o mineiro Nelson Hungria, um dos maiores especialistas em Direito Penal que o Brasil já teve.

Em 1954 foi introduzida, por lei ordinária, uma ação para análise da constitucionalidade de ato que afrontasse algum dos princípios estabelecidos no art. 7^o, VII da Constituição então vigente²¹⁴. Essa ação poderia ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, por iniciativa própria ou em função de representação que lhe fosse apresentada, e foi o primeiro passo na direção da criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade, instituída pela EC nº 16/65 à Constituição de 1946.

Após o suicídio do Presidente Vargas e o tumultuado período que se seguiu – em que houve, inclusive, uma decisão importantíssima do Supremo Tribunal Federal provocada por um mandado de segurança impetrado pelo Presidente da República afastado João Café Filho – o Presidente eleito Juscelino Kubitschek finalmente tomou posse.

Antes disso, porém, em janeiro de 1956, o Vice-Presidente do Senado Federal no exercício da Presidência da República, Nereu Ramos, nomeou para o Supremo Tribunal Federal o magistrado fluminense Ary Franco, ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, professor de Direito Penal e catedrático de Direito Processual Penal.

Já empossado, o Presidente Kubitschek nomeou para o Supremo Tribunal Federal, ainda em 1956, o paulistano Candido Motta, jornalista e catedrático de Direito Constitucional do Largo São Francisco. Em seguida, nomeou três mineiros: em 1957, Antônio Villas Boas, catedrático de Direito Civil em seu Estado natal; em fevereiro de 1960, Gonçalves de Oliveira, até então Consultor-Geral da República; e em novembro de 1960, Victor

²¹⁴ CF/46: “Art. 7^o O Governo Federal não intervirá nos Estados, salvo para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios: 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 de reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário.”

Nunes Leal, advogado e professor de Ciência Política, autor do clássico *Coronelismo, Enxada e Voto*, e que substituiu Gonçalves de Oliveira na Consultoria-Geral da República quando este foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal.

Em sua curta passagem pela Presidência da República, o Presidente Jânio Quadros nomeou um único Ministro, o magistrado de carreira Pedro Chaves, que na data da nomeação ocupava a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em 1963 foram nomeados para o Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente João Goulart, dois fundadores do Partido Socialista Brasileiro: o baiano Hermes Lima e o piauiense Evandro Lins e Silva. Hermes Lima havia sido professor de Sociologia e de Direito Constitucional em universidades da Bahia, de São Paulo e do Rio de Janeiro, Deputado Estadual e Deputado Federal. Foi também, no Governo Goulart, Chefe da Casa Civil, Ministro do Trabalho e da Previdência Social, Ministro das Relações Exteriores e Presidente do Conselho de Ministros. Evandro Lins e Silva era conhecido advogado criminalista, que se sobressaiu na atuação em júri e na defesa de presos políticos durante o Estado Novo. Anos mais tarde, viria a subscrever a petição inicial do processo de *impeachment* do Presidente da República Fernando Collor.

Os Ministros Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, nomeados pelo Presidente João Goulart, e Victor Nunes Leal, nomeado pelo Presidente Juscelino Kubitschek, antes de ingressarem no Supremo Tribunal Federal eram os mais ativos politicamente, dentre os nomeados desde o fim do Estado Novo. Os três Ministros viriam a ser cassados, em 1969, com base no AI-5.

Sem nenhum demérito para os vários juristas que se destacaram na história do Supremo Tribunal Federal por sua cultura jurídica e sensibilidade política e social, não se pode deixar de notar que de 1951 a 1963 houve a nomeação de um grupo particularmente brilhante: Mario Guimarães, Nelson Hungria, Ary Franco, Cândido Motta, Antônio Vilas Boas, Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal, Pedro Chaves, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Nenhum dos dez estava mais no Supremo Tribunal Federal quando terminou o ano de 1969.

4.5.2. A jurisprudência no período 1946-1964

Durante o período que vai do término do Estado Novo ao início do regime militar de 1964, o Supremo Tribunal Federal trouxe alguma contribuição para o exercício de função política, mas de um modo geral nesse tempo a Corte viveu uma fase de autocontenção,

em que predominou o alinhamento com as diretrizes estabelecidas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Em diversas ocasiões, atos desses Poderes foram contestados perante o Supremo Tribunal Federal, mas foram invariavelmente preservados. Apenas no campo do federalismo o Supremo Tribunal Federal exerceu a função política com mais desenvoltura, posicionando-se com um viés claramente centralizador.

4.5.2.1. Separação de poderes e questões políticas.

No final de 1950, logo após as eleições para o Poder Legislativo, surgiu novamente a controvérsia a respeito da possibilidade de questões políticas serem analisadas pelo Poder Judiciário.

O Congresso Nacional foi convocado para se reunir extraordinariamente durante os meses de janeiro, fevereiro e parte de março de 1951. A convocação extraordinária seria realizada com os congressistas da legislatura que estava por terminar, apesar da nova legislatura ter início em 1^o de fevereiro. A Mesa do Congresso, nos termos do que dispunha a Constituição, tinha marcado para 10 de março o início das sessões preparatórias da legislatura seguinte, e o início da sessão legislativa de 1951 para o dia 15 de março.

Um dos novos deputados impetrou mandado de segurança²¹⁵ alegando, em síntese, que a Mesa do Congresso Nacional não poderia convocar os trabalhos para além de 31 de janeiro, data final da legislatura. Essa medida, na prática, significava prorrogar o mandato de uns, em detrimento do mandato de outros, eleitos em 1950 para a legislatura seguinte. O impetrante, como deputado eleito, tinha direito subjetivo de exercer seu mandato imediatamente após o início da legislatura, em 1^o de fevereiro, mesmo que as sessões preparatórias da nova legislatura só fossem acontecer a partir de 10 de março. Pediu a concessão de segurança para que o exercício desse direito subjetivo lhe fosse concedido.

O relator solicitou informações ao Presidente da Câmara dos Deputados, que alegou preliminar de incompetência do Poder Judiciário para tratar da questão, por ser eminentemente política. E, no mérito, sustentou que o ato era legal, à luz da Constituição Federal e do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O relator, Ministro Luiz Gallotti, começou seu voto pela análise da preliminar de incompetência do Supremo Tribunal Federal, rejeitando-a. Para ele, já não cabia a recusa

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 1.423, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 22.02.1951.

de análise das questões políticas sob a Constituição de 1946. Seja porque ela não trazia mais a vedação expressa que constava das Constituições de 1934 e 1937, seja porque ela afirmava o princípio de inafastabilidade do controle jurisdicional sempre que houvesse lesão de direito individual. Consta de seu voto:

“Não estão em causa, portanto, os aspectos de oportunidade, acerto ou conveniência do ato, hipótese em que não caberia a apreciação judicial.

Há que examinar a legitimidade do ato no seu assento constitucional, matéria jurídica, que o Judiciário aprecia.

Há que apurar se assiste ao impetrante o direito líquido e certo que invoca, mas isso já diz com o mérito do pedido.

Improcede, por conseguinte, a preliminar de incompetência do Poder Judiciário.”

No mérito, porém, o relator votou pela denegação da segurança, por entender que não existia o direito de exercer o mandado já a partir de 1^o de fevereiro, porque a própria Constituição apontava o dia 10 de março para início das reuniões preparatórias para a sessão legislativa ordinária a se iniciar em 15 de março. Os demais seguiram o relator, exceto o Ministro Rocha Lagoa, que não conhecia do pedido, e o Ministro Edgard Costa, que concedia a segurança. Alguns chegaram a lembrar que, se fosse mantida a convocação extraordinária, a partir de 1^o de fevereiro ela não poderia permitir a atuação dos parlamentares cujo mandato terminara, embora esse fosse aspecto que não precisava ser examinado no mandado de segurança impetrado.

Em termos de função política, o ponto mais importante é o que foi debatido quando do julgamento da preliminar relativa à incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar questões políticas, tese essa rejeitada por unanimidade. Como ocorreu frequentemente nesta fase da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a opção foi por reafirmar a competência da Corte, mas, no mérito, evitar interferir na deliberação do Poder Legislativo, configurando a adoção de uma postura de autocontenção.

4.5.2.2. Princípios da Constituição Federal de observância obrigatória pelos poderes constituintes estaduais.

A Constituição Federal de 1946, em seu artigo 18, estabeleceu que cada Estado seria regido pela Constituição e pelas leis que adotasse, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal. E, no § 11 do artigo 9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu o prazo de quatro meses para que as Assembleias Legislativas produzissem as respectivas constituições estaduais.

Disso resultou um conjunto de disposições estaduais cuja compatibilidade com a Constituição federal foi bastante questionada nos meios políticos. Alguns dispositivos foram também atacados judicialmente, sendo que a competência originária para dirimir tais litígios era do Supremo Tribunal Federal.

Enquanto a evolução histórica de muitas federações (Estados Unidos da América, Suíça) se baseava na união de Estados-membros originalmente soberanos, a federação brasileira era decorrente de outra realidade: um Estado federal formado por segregação, a partir de uma decisão política – tomada na Proclamação da República – no sentido de promover a descentralização da administração pública brasileira, que era considerada excessivamente concentrada sob o regime monárquico.

Assim, enquanto após a Independência houve uma decisão política de acentuar as características de Estado unitário – para evitar que o Brasil passasse por um processo de fragmentação territorial equivalente àquele que ocorreu na América espanhola – quase setenta anos depois, por ocasião da Proclamação da República, a deliberação política se deu em sentido inverso. O movimento de 1889 foi, mais até do que republicano, um movimento federalista. Desde então tem havido um esforço deliberado no sentido de promover a autonomia dos Estados, sobretudo com base no argumento de que a extensão do território e o tamanho da população brasileira exigem tal orientação. Há quem sustente que o Brasil, até hoje, ainda não percorreu completamente o caminho traçado quando da Proclamação da República; persiste centralizado demais. Isso talvez seja conseqüência da disparidade entre os Estados e da necessidade de uma atuação da União que promova o desenvolvimento mais acelerado dos Estados menos desenvolvidos, de forma a realizar um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, o de reduzir as desigualdades entre regiões (Constituição de 1988, art. 3º, III).

Retornando ao período pós-Constituição de 1946, verifica-se que o alcance da autonomia dos Estados foi debatido por causa de uma discussão a respeito da separação dos

poderes estaduais.

A Constituição do Estado do Ceará, por exemplo, foi declarada inconstitucional na parte que pretendia instalar uma espécie de parlamentarismo estadual, ao condicionar a nomeação dos Secretários de Estado, pelo Governador, à aprovação da Assembléia Legislativa²¹⁶. No dia seguinte, foi a vez da Constituição do Rio Grande do Sul ter mais de dez artigos julgados inconstitucionais, também por pretender estabelecer um parlamentarismo estadual²¹⁷. Foram declaradas inconstitucionais, entre outras disposições, as que estabeleciam que haveria um Chefe do Secretariado (espécie de Primeiro Ministro estadual), que os Secretários de Estado permaneceriam no cargo enquanto gozassem da confiança da Assembléia Legislativa, e que o Governador poderia, em determinadas hipóteses, dissolver a Assembléia Legislativa para a realização de eleições.

Do ponto de vista jurídico, a alegação fundamental contra as constituições estaduais era a inobservância da separação de poderes, princípio estabelecido na Constituição Federal que devia ser respeitado pelos Estados. A tese principal era que as disposições parlamentaristas contidas em algumas constituições estaduais subordinavam o Executivo ao Legislativo, o que afrontava a idéia de poderes independentes e harmônicos.

O Supremo Tribunal Federal agiu no sentido de evitar disparidade na organização dos diversos Estados, submetendo-os, todos, ao padrão adotado pela União. Com isso, a Corte teve, no exercício da função política, uma concepção bastante centralizadora do federalismo, e deixou pouca autonomia para os Estados membros se organizarem.

Chama a atenção o fato de alguns Estados terem inserido dispositivos parlamentaristas em suas constituições estaduais, enquanto que a Constituição federal adotou o presidencialismo sem qualquer ressalva. Essa tentativa dos Estados, rechaçada pelo Supremo, era um prenúncio do interlúdio parlamentarista que o Brasil viveria entre 1961 e 1963.

Na jurisprudência produzida durante a análise das diversas constituições estaduais, mais especificamente durante o julgamento da validade de alguns artigos da Constituição do Estado do Piauí²¹⁸, o relator, Ministro Barros Barreto, lançou algumas diretrizes para a atuação do Tribunal, em questões de constitucionalidade de norma estadual, que vale a pe-

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 93-DF, rel. Min. Aníbal Freire, j. em 16.07.1947.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 94-DF, sendo rel. Min. Castro Nunes, j. em 17.07.1947.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 102-DF, rel. Min. Barros Barreto, j. em 24.11.1948.

na reproduzir:

“Com a ressalva, pois, dos princípios constitucionais necessários a que se mantenha o regime, deve ser atribuída e reconhecida aos Estados a mais ampla autonomia no decretarem a Constituição pela qual se deverão reger; é uma competência irrecusável, que compreende tudo quanto não se lhe proíbe nem se atribui à União, expressa ou implicitamente.

(...)

Ainda uma outra consideração preliminar há a fazer: a inconstitucionalidade cuja declaração se pleiteia será a que resulte manifesta, evidente, acima de toda dúvida razoável (...); a presunção é a de que o legislador agiu dentro dos seus poderes constitucionais, de modo que, na dúvida, deve o Tribunal se abster de pronunciar a invalidação do ato.”²¹⁹

Esse discurso de autocontenção – que foi efetivamente posto em prática pelos Ministros da Corte, quando do julgamento de outras matérias – não impediu que, quanto ao federalismo, o Supremo Tribunal Federal fizesse um esforço de padronização que resultou na adoção, pelos Estados, de regras semelhantes às que existiam para a União, com algum sacrifício da autonomia estadual.

4.5.2.3. Federalismo e organização municipal.

Ainda no campo do federalismo, um conjunto de questões relativas à autonomia dos Municípios chegou ao Supremo Tribunal Federal e levou a Corte a exercer a função política para traçar alguns contornos da federação brasileira.

Nos primeiros anos da década de 1950, a questão do papel dos Municípios na federação brasileira foi bastante debatida no Supremo Tribunal Federal. O *leading case* foi a Representação nº 199-DF²²⁰, proposta contra normas do Estado do Rio Grande do Sul que

²¹⁹ Cf. EDGARD COSTA, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, vol. 2, p. 345-346.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 199-DF, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 30.07.1954.

restringiam a autonomia municipal, segundo a petição inicial do Procurador-Geral da República. A Representação foi julgada improcedente por sete votos a dois. No mesmo ano, a orientação adotada foi ratificada no julgamento da Representação nº 225²²¹, e se consolidou.

O debate travado no julgamento da Representação nº 199-DF decorreu de uma discussão acerca da constitucionalidade de emenda à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, e da lei ordinária que a regulamentou. Essas normas foram impugnadas, pelo Procurador-Geral da República, por suposta violação ao art. 2º da Constituição Federal de 1946²²². Apesar desse artigo ter sido concebido para reger as relações entre União e Estados, a Representação nº 199-DF sustentou que ele deveria também ser observado nas relações entre Estados e Municípios, o que não havia ocorrido com as normas gaúchas.

Nos debates travados no plenário do Supremo Tribunal Federal surgiu uma corrente que considerava as normas rio-grandenses inconstitucionais. Essa corrente foi capitaneada pelo Ministro Abner de Vasconcelos (do Tribunal Federal de Recursos, convocado em substituição ao Ministro Barros Barreto, licenciado), que trouxe os argumentos:

1) o art. 2º da Constituição Federal de 1946 exigia, para alteração do território dos Estados (fosse por incorporação, subdivisão ou desmembramento), uma tripla aprovação: (i) das assembleias legislativas dos Estados envolvidos, (ii) das populações diretamente interessadas e (iii) do Congresso Nacional. Este mesmo princípio devia ser levado em conta nas relações entre Estados e Municípios, e por isso, de modo paralelo, qualquer alteração no território dos Municípios teria que contar também com a tripla aprovação: (i) das câmaras municipais dos Municípios envolvidos, (ii) das populações diretamente interessadas e (iii) da Assembleia Legislativa do Estado;

2) a Emenda à Constituição do Rio Grande do Sul, e a lei ordinária regulamentadora, incidiram em inconstitucionalidade ao exigir, para alteração territorial dos municípios gaúchos, apenas duas aprovações: a da Assembleia Legislativa do Estado, de um lado, e de outro lado a das câmaras municipais envolvidas (na redação original) ou a das populações diretamente interessadas (na redação alterada pela emenda constitucional). De modo que

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 225-DF, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 27.12.1954.

²²² CF/46, art. 2º: “Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros ou formarem novos Estados, mediante voto das respectivas assembleias legislativas, plebiscito das populações diretamente interessadas e aprovação do Congresso Nacional.”

tanto a redação original quanto a emendada desrespeitavam a Constituição Federal;

3) se não fosse exigida a aplicabilidade do art. 2^o da CF às alterações territoriais de Município, sua extinção (para incorporação a outro Município) poderia até ser deixada, por uma constituição estadual, ao exclusivo arbítrio do respectivo Estado-membro, configurando verdadeiro atentado à autonomia municipal (embora, repita-se, no caso concreto, a Constituição do Rio Grande do Sul exigisse, tanto na redação original quanto na redação emendada, participação municipal);

4) o Ministro Nelson Hungria, considerando obrigatória a observância do art. 2^o da CF/46, acrescentou argumento no sentido de que a Constituição fora sábia ao exigir a anuência dos Municípios envolvidos, manifestada por suas câmaras municipais e por suas populações, porque isto evitaria a proliferação de novos municípios, por simples desejo do Estado-membro. O Ministro era contrário a novos municípios inviáveis economicamente, e que viessem a subsistir alimentados apenas pelos repasses de recursos da União.

A despeito dessas razões, prevaleceram os argumentos em sentido contrário, que consideravam constitucionais as normas gaúchas impugnadas. Liderou essa orientação o relator, Ministro Luiz Gallotti, pelos seguintes motivos:

1) os territórios dos Estados tinham origem histórica, já que correspondiam aos territórios das antigas províncias do tempo do império, transformadas em Estados pela Constituição de 1891. Por isso, a Constituição de 1946 dispunha que qualquer alteração no território dos Estados dependia de sua anuência. O mesmo fundamento histórico não amparava os Municípios.

2) o art. 2^o da Constituição Federal de 1946 regia as relações entre União e Estados, tendo por finalidade restringir o poder daquela em favor destes. Não havia qualquer fundamento jurídico para estender a aplicação do citado artigo às relações entre Estados e Municípios.

3) a extensão da aplicação do art. 2^o significaria retirar competências dos Estados, já que, nos termos do art. 18, § 1^o da CF/46²²³, toda competência não atribuída a outrem pertencia aos Estados (competência residual). Como a disposição sobre autonomia municipal²²⁴ não assegurava a manifestação dos Municípios acerca das incorporações, subdivi-

²²³ CF/46, art. 18, § 1^o: “Aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.”

²²⁴ CF/46: “Art. 28. A autonomia dos Municípios será assegurada: I – pela eleição do Prefeito e dos

sões e desmembramentos territoriais, a competência era exclusiva dos Estados, que poderiam até compartilhá-la com os Municípios, se assim dispusessem as normas estaduais. Mas a extensão da aplicação do art. 2^o à relação entre Estados e Municípios tornaria o compartilhamento obrigatório. Esse argumento também foi adotado pelos Ministros Hahnemann Guimarães e Afrânio Costa (do Tribunal Federal de Recursos, que substituiu, na sessão de julgamento, o Ministro Rocha Lagoa, licenciado), e também, com alguma diferença na formulação, pelo Ministro Ribeiro da Costa;

O Ministro Mário Guimarães, além de reiterar ponto de vista já trazido pelo relator, trouxe argumento diametralmente oposto ao do Ministro Nelson Hungria, que via com reservas a proliferação municipal. Para o Ministro Mário Guimarães, a criação de novos municípios era decorrência e exigência do progresso, de modo que a Constituição Federal fizera muito bem ao não exigir a manifestação das populações municipais interessadas, pois a anuência jamais seria dada para que uma parte próspera ganhasse autonomia. Estender a aplicação do art. 2^o da CF significaria dificultar sobremodo a criação de novos Municípios.

O Ministro Hahnemann Guimarães acrescentou que o princípio da não intervenção dos Estados nos Municípios deveria presidir a questão, mas para ele, no caso concreto, o Estado do Rio Grande do Sul tivera bastante cuidado ao regular a matéria, de modo a assegurar a autonomia municipal. Também o Ministro Ribeiro da Costa, e com mais ênfase o Ministro Orosimbo Nonato, registraram posição favorável à autonomia municipal, considerando que, no caso concreto, ela havia sido suficientemente respeitada pelas normas gaúchas impugnadas, que exigiam a aprovação das populações interessadas para se fazer modificação no território de um Município.

Os Ministro Edgard Costa também acompanhou o relator, sem acrescentar outros argumentos. O Ministro José Linhares presidiu a sessão.

Não se pode deixar de notar que o Supremo Tribunal Federal, posto diante de duas opções sustentáveis (exigir a aplicação do art. 2^o da CF às alterações territoriais dos Municípios, ou deixar a regulamentação da questão a critério dos Estados), exerceu função política ao contribuir, com sua decisão, para a conformação do federalismo brasileiro. De fato, o Supremo Tribunal Federal confirmou que a limitação imposta à União (não alterar o ter-

Vereadores; II – pela administração própria, no que concerne a seu peculiar interesse e, especialmente: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas; b) à organização dos serviços públicos locais. (...).”

ritório dos Estados sem anuência deles) não se impunha aos Estados, em relação a seus Municípios. Apoiou a visão de que os Municípios não eram parte no pacto federativo (o que passaram a ser apenas com a CF/88²²⁵), e de que os Estados eram titulares das competências não expressamente atribuídas aos Municípios.

Como em tantos casos em que ocorre o exercício de função política, coexistiram argumentos jurídicos e políticos. São exemplos destes últimos a crítica à proliferação de municípios economicamente inviáveis, feita pelo Ministro Nelson Hungria, e a defesa do surgimento de municípios como decorrência do progresso, feita pelo Ministro Mário Guimarães.

4.5.2.4. Direitos fundamentais (os casos do partido comunista)

No início do período posterior ao Estado Novo, ficou marcada na história do Supremo Tribunal Federal sua postura relativa ao Partido Comunista e aos parlamentares eleitos por ele. Em março de 1946, meses antes da promulgação da Constituição de 18 de setembro daquele ano, dois deputados do Partido Trabalhista representaram à Justiça Eleitoral pleiteando o cancelamento do registro do Partido Comunista, alegando que a ideologia que ele professava era contrária às instituições nacionais.

Aprovada a Constituição, dela constou o dispositivo²²⁶ invocado pela justiça eleitoral, em maio do ano seguinte (1947), para cassar o registro do partido. Contra essa decisão foi interposto recurso extraordinário²²⁷, que não foi conhecido. Paralelamente, e a despeito do protesto de alguns parlamentares, que temiam o precedente, teve início no Congresso um debate a respeito da perda de mandato dos vereadores, deputados e do Senador Luís Carlos Prestes, em razão da cassação do registro do partido pelo qual tinham sido eleitos. A cassação dos mandatos concretizou-se no início de 1948, e em função dela foi impetrado um mandado de segurança²²⁸ por parlamentares atingidos pelo ato de cassação, julgado em

²²⁵ CF/88, art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, (...)”.

²²⁶ CF/46, art. 141, § 13: “É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.”

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 12.369, rel. Min. Laudo de Carmo, j. em 14.04.1948.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 900-DF, rel. Ministro Hahnemann Guimarães, j. em 18.05.1949.

maio de 1949. No mesmo mês, foi julgado mandado de segurança²²⁹ impetrado pelo Senador Luís Carlos Prestes, também atingido pela cassação, fundado em argumentos diferentes dos já analisados pela Corte. Em ambos os casos, a decisão foi contrária à pretensão dos comunistas, o que confirmou o lançamento do partido e de seus militantes na clandestinidade.

Em 1954, um mandado de segurança foi impetrado por João Cabral de Melo Neto contra ato do Presidente da República²³⁰, que o colocara em disponibilidade com base em parecer do Conselho de Segurança Nacional, segundo o qual o impetrante professava a ideologia comunista e havia compartilhado de planos de atividades subversivas do extinto Partido Comunista do Brasil. O relator do caso foi o Ministro Luiz Gallotti e a Corte, por unanimidade, concedeu a segurança, por entender que faltava previsão legal para a decisão de colocar o impetrante em disponibilidade.

Pelo exposto, vê-se que o Supremo, nos primeiros anos após o término da Segunda Guerra Mundial, aceitou a tese de que o Partido Comunista do Brasil professava ideologia incompatível com as instituições nacionais, em especial a liberdade de pensamento e a democracia. Mas sete anos depois não aceitou, para tolher direitos individuais, os argumentos que aceitara para dissolver o Partido. Mas não houve mudança do perfil ideológico do Supremo Tribunal Federal. Ele apenas assumiu uma postura tolerante quanto à liberdade individual de pensamento para adotar a ideologia comunista, mas refratária à existência de uma agremiação voltada à prática de ações concretas que visassem à implantação de um regime comunista no Brasil.

4.5.2.5. Direitos fundamentais (liberdade de culto).

Em 1949, a Igreja Católica Apostólica Brasileira, por seu líder, impetrou mandado de segurança²³¹, fundado em liberdade assegurada pela Constituição federal²³², contra ato da Polícia que impedia a realização de cultos, o comparecimento de fiéis a eles e o funcio-

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 895-DF, rel. Min. Macedo Ludolf, do Tribunal Federal de Recursos, convocado em função da ausência do Min. Goulart de Oliveira, em gozo de licença, j. em 25.05.1949.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 2.264-DF, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 01.09.1954.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 1.114-DF, rel. Min. Lafayette de Andrada, j. em 17.11.1949.

²³² CF/46, art. 141, § 7º: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.”

namento de estabelecimento de ensino ligado à citada Igreja. O Tribunal Federal de Recursos deu-se por incompetente, entendendo que a autoridade supostamente coatora era o Presidente da República, que aprovara parecer do Consultor Geral da República, parecer este que, por sua vez, servira de base para a ação policial.

A discussão decorreu do fato da Igreja Católica Apostólica Brasileira manter ritos, vestimentas e manifestações em tudo iguais às da Igreja Católica Apostólica Romana, da qual o líder da Igreja Brasileira havia sido Bispo. O parecer do Consultor Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, considerara que esta identidade tolhia a liberdade de culto dos católicos apostólicos romanos e podia dar ensejo a confusões, conflitos e perturbações da ordem pública. Assim, não se afetava a liberdade de crença, mas apenas a liberdade de exteriorização dessa crença por meio de cultos e procissões em locais públicos, com riscos para a manutenção da ordem pública.

Ao final, a segurança foi denegada, por maioria de votos, com base em pelo menos três fundamentos. Primeiro, o fundamento trazido pelo parecer do Consultor Geral da República, que entendia que a liberdade de culto *da Igreja Romana* era ameaçada pela impetrante, a Igreja Brasileira, já que esta reproduzia ritos, práticas e até vestimentas daquela. Em segundo lugar – e supondo que a Igreja Brasileira tivesse o direito de copiar todas as características da Igreja Romana – a ordem foi denegada porque a liberdade de culto não é absoluta, podendo ser restringida pelo poder de polícia do Estado, para evitar perturbações da ordem pública, como as que poderiam acontecer entre fiéis de ambas as igrejas, durante procissões da Igreja Brasileira. E, em terceiro lugar, denegou-se a ordem porque a própria Igreja impetrante alegava que seus ritos, vestes e manifestações não eram idênticos aos da Igreja Romana, mas que apenas nasciam idênticos, para irem se diferenciando com o passar do tempo, como sempre ocorria quando uma igreja nascia de um cisma; ora, se o processo se desenvolvesse por esta linha, seria indispensável produzir provas a respeito da alegada diferença de ritos, vestes e procedimentos, o que seria incompatível com o rito processual do mandado de segurança.

Contra o posicionamento da maioria, votou apenas o Ministro Hahnemann Guimarães, que concedia a segurança, com base na separação constitucional entre Estado e Igreja, da qual deduzia que a questão não devia ser decidida pelo Poder Judiciário, e que o impetrante possuía o direito constitucional de inaugurar igreja exatamente idêntica a outra já existente, se assim entendesse fazer.

A manifestação do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento já adotado pelo Poder Executivo federal acerca da interpretação da regra constitucional que asse-

gurava a liberdade de culto, bem como reforçou o entendimento de que os direitos individuais podem ser restringidos em favor do bem comum.

4.5.2.6. Controle das instituições democráticas: o caso Café Filho.

O período que vai de 1954 a 1964 foi um dos mais tumultuados da vida política nacional. Nesses dez anos, um Presidente da República suicidou-se; outro, afastado por motivo de saúde, foi impedido de voltar ao cargo; um Presidente renunciou depois de exercer o mandato por apenas sete meses; houve a adoção do parlamentarismo, o regresso ao presidencialismo, e ainda a deposição de um Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar em pelo menos um dos eventos marcantes desse período, a pedido de um dos protagonistas.

João Fernandes Café Filho foi eleito para o cargo de Vice-Presidente da República. Em agosto de 1954, após o suicídio de Getúlio Vargas, assumiu a Presidência, que exerceu até novembro de 1955, quando se afastou temporariamente do cargo para tratamento de saúde. Àquela altura, seu sucessor, Juscelino Kubitschek, já tinha sido eleito pelo voto popular, e sua posse estava programada para o dia 31 de janeiro do ano seguinte. Contudo, o ambiente político era bastante conturbado, e alguns segmentos derrotados no processo eleitoral conspiravam abertamente, tendo por objetivo impedir a posse do novo Presidente.

Quando Café Filho se afastou, foi substituído pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz. Convicto que um golpe para impedir a posse do Presidente da República eleito estava em curso, o Ministro da Guerra, General Henrique Lott, convocou o Exército e se opôs à permanência de Carlos Luz no exercício da Presidência da República. Luz, por sua vez, seguiu para São Paulo a bordo de um navio da Marinha, em busca do apoio do governador daquele Estado. Nesse ínterim, no Rio de Janeiro, o Congresso Nacional declarou o impedimento de Carlos Luz, e deu posse a Nereu Ramos, Vice-Presidente do Senado Federal.²³³

Poucos dias depois, ainda no mês de novembro, Café Filho, que se afastara da Presidência da República por ter sofrido um infarto, pretendeu reassumir as funções, e enviou

²³³ A CF/46, então em vigor, estabelecia que no caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente da República, ou vacância de seus cargos, seriam chamados ao exercício da presidência, sucessivamente, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Vice-Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 78, § 1º). E por que o Vice-Presidente do Senado Federal, e não o próprio Presidente daquela Casa? Porque de acordo com a Constituição de 1946, cabia ao Vice-Presidente da República

ofício ao Vice-Presidente do Senado Federal, a quem comunicou o restabelecimento de sua saúde e a intenção de reassumir a Presidência da República. A isso se opôs o Ministro da Guerra, General Lott, declarando que se desenhava um golpe para impedir a posse do Presidente eleito, Juscelino Kubitschek, prevista para 31 de janeiro. Em 22 de novembro resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado Federal declararam que o impedimento de Café Filho se mantinha até que houvesse deliberação em sentido contrário. No dia 25 do mesmo mês, foi aprovada a Lei nº 2.654, estabelecendo o estado de sítio em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias. Após este lapso de tempo, o estado de sítio foi prorrogado por outros trinta dias e, por fim, Juscelino Kubitschek e o vice-presidente João Goulart foram empossados.

Quando foi impedido de retornar a suas funções pelo Congresso Nacional, no mês de novembro, Café Filho recorreu ao Supremo Tribunal Federal, por meio de um mandado de segurança²³⁴, sustentando que comunicara formalmente o intuito de reassumir o cargo de Presidente da República, o que bastava para ter direito a ele.

No julgamento da questão, o Ministro relator Hahnemann Guimarães, de início, reafirmou a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a constitucionalidade de resolução do Poder Legislativo, ainda que ela tivesse caráter político, por força da garantia inserida na própria Constituição²³⁵. Contudo, no desenvolvimento de seu voto, o relator sustentou que o impedimento do Presidente da República era fato que cabia ao Poder Legislativo declarar, o que fora feito naquele caso. E o Tribunal não podia rever essa declaração em mandado de segurança, pois implicaria produzir prova sobre fatos – no caso, a saúde cardíaca do impetrante.

Em seguida votou o Ministro Ribeiro da Costa, que divergiu do relator. Sustentou que os poderes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal não são absolutos, e toda vez que esses órgãos se excedem, invadem a esfera de atividade de outro Poder. Para ele, a questão em análise não era política, mas jurídica, portanto passível de análise pelo Supremo Tribunal Federal. As competências conferidas ao Congresso Nacional estavam elencadas exhaustivamente nos vários incisos dos artigos 65 e 66 da Constituição de 1946. E nesse extenso rol não está a competência de declarar o impedimento do Presidente da República.

exercer as funções de Presidente do Senado Federal (art. 61).

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 3.557, rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. em 14.12.1955.

²³⁵ CF/46, art. 141, § 4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão

A Constituição apenas estabelece que o julgamento do Presidente da República cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e ao Congresso Nacional, nos crimes de responsabilidade, nos casos que ela indica. Fora desses casos – e não se cogita deles em relação ao Presidente Café Filho – o Poder Legislativo não tem competência para declarar o impedimento. Por isso, o Presidente da República tinha direito líquido e certo de retornar ao cargo, cessado o afastamento por motivo de saúde. Ao final, votou pela concessão da segurança.

O Ministro Sampaio Costa, como os primeiros, reafirmou a competência do Supremo Tribunal Federal para reexaminar ato do Congresso Nacional, ou de suas Casas, por mais que a questão fosse política, desde que houvesse lesão a direitos individuais. Porém estava em vigor o estado de sítio, e a lei que o estabelecera suspendeu a garantia do mandado de segurança, o que a Constituição autorizava. Por isso, o Ministro entendeu que não podia ser concedida a ordem. No mesmo sentido votou o Ministro Afrânio Costa (do Tribunal Federal de Recursos, convocado em substituição ao Ministro Barros Barreto), que opinou pela suspensão do julgamento do mandado de segurança até a cessação do estado de sítio.

Para o Ministro Nelson Hungria, a situação devia ser vista de outro ângulo. O impetrante tivera seu retorno às funções de Presidente da República barrado por deliberação do Ministro da Guerra, à frente das Forças Armadas. O Congresso Nacional, ao declarar seu impedimento, reconheceu um fato – a impossibilidade do impetrante passar por cima da vedação do Exército para retornar ao cargo – e, ao mesmo tempo, remediara a situação, para que a Presidente da República não ficasse acéfala. Uma decisão do Supremo Tribunal Federal que contrariasse o fato imposto pelas armas seria inócua. Em última análise, para o Ministro Hungria a declaração de impedimento do Presidente, pelo Congresso Nacional, havia sido um ato supérfluo. Com ou sem ele, a situação do impetrante seria a mesma. “Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal Federal”. Com esse e outros argumentos, votou pelo não conhecimento do pedido.

O Ministro Mário Guimarães, votando em seguida, concluiu que não era o direito subjetivo do Vice-Presidente do Senado Federal e Presidente da República em exercício, Nereu Ramos, ou o direito subjetivo do Presidente da República impetrante, João Café Fi-

lho, que estavam em jogo. Era a orientação a ser dada aos destinos da Nação, tarefa que, segundo ele, cabia aos órgãos políticos, e não ao Supremo Tribunal Federal. Por isso não conheceu do pedido.

Os Ministros Lafayette de Andrada, Edgard Costa e Orosimbo Nonato aderiram à orientação trazida no voto do Ministro Sampaio Costa, no sentido de ser suspenso o julgamento do mandado de segurança, em razão da determinação contida na Lei que decretou o estado de sítio por trinta dias.

Em suma, por oito votos a dois conheceram do recurso, e por cinco votos a três decidiram sustar o julgamento até o término do estado de sítio. Como o estado de sítio foi prorrogado até a posse do Presidente Juscelino Kubitschek, quando o julgamento do mérito do mandado de segurança finalmente ocorreu, em abril de 1956, o pedido foi considerado prejudicado porque a ação tinha perdido seu objeto.

4.6. A RESISTÊNCIA AO REGIME MILITAR (1964-1968).

4.6.1. O regime militar e as mudanças institucionais.

Após a crise que culminou na queda do presidente João Goulart e no início do regime militar²³⁶, a nova ordem lançou-se à tarefa de reformulação das instituições políticas. A Constituição de 1946 foi mantida em vigor, mas alterada por atos institucionais²³⁷ e por

²³⁶ Optou-se, aqui, pela referência a “regime militar”, evitando-se tanto o uso do termo “Revolução”, como preferem os simpatizantes, quanto termos como “golpe militar” ou “ditadura”, como preferem os detratores do governo instalado a partir de 31 de março de 1964. Não sendo escopo do presente texto analisar o próprio regime, mas sim a atuação do Supremo Tribunal Federal, pretendeu-se fazer uso de expressão tão neutra quanto possível para designar o período autoritário iniciado em 1964 e concluído em 1985.

²³⁷ Os atos institucionais, espécie normativa introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo comando do regime militar, eram considerados manifestações do poder constituinte originário, e portanto superiores à própria Constituição de 1946 que foi mantida em vigor. O Ato Institucional de 9 de abril de 1964 (que depois dos outros veio a ser considerado o Ato Institucional nº 1), dirigido à Nação, era auto-explicativo: “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 Constitucional. 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 o 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

emendas, que, entre outras disposições, determinaram a escolha do Presidente e do Vice-Presidente da República por meio de eleições indiretas, modificaram os critérios de elegibilidade para cargos eletivos, estabeleceram um novo sistema tributário e alteraram o direito de propriedade.

Ainda no ano de 1964 começaram as medidas do novo regime para expurgar do Poder Legislativo federal, e dos poderes estaduais, as pessoas que lhe eram contrárias ideologicamente. Alguns governadores foram afastados de imediato, como Leonel Brizola, do Rio Grande do Sul, e Miguel Arraes, de Pernambuco. Mas para não alijar, em um único movimento, todos os governadores pouco sintonizados com as diretrizes do regime militar, deixou-se para um momento posterior seu afastamento. Assim, desde o início a possibilidade de perda do cargo pairou sobre nomes como Carlos Lacerda e Ademar de Barros.

Nesse contexto, houve decisões do Supremo Tribunal Federal em favor de governadores atingidos por deliberações do comando do regime, o que incomodou alguns setores militares.

Iniciou-se um movimento, por meio de artigos e entrevistas na imprensa, para alterar a postura do Tribunal. Mas as concessões de *habeas corpus* duraram até o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965 (AI-2), que alterou a legislação aplicável aos casos, deixando o Supremo Tribunal Federal desprovido de base jurídica para insistir na concessão das ordens de soltura ou salvo-condutos. Até então a Corte proferiu uma série de decisões contra atos de cassação de mandatos, decretação de prisões e instauração de inquéritos militares para investigação de civis. Em todos esses *habeas corpus* – e a despeito de manifestações de alguns ministros em seus votos, posicionando-se contra a “ideologia bolchevique” professada pelos acusados – a Corte concedeu as medidas judiciais solicitadas.

Segundo o relato de OSVALDO TRIGUEIRO DO VALE²³⁸,

“em um momento dramático da vida revolucionária, quando Castello Branco ‘precisou’ do Supremo para uma decisão política, foi necessário que lhe dissessem claramente: ‘Presidente, não é possível haver juízes revolucionários; o que é possível é haver leis revolucionárias.’”

que o Povo é o único titular. (...).”

²³⁸ VALE, *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*, p. 10-11.

No que se refere à composição do Supremo Tribunal Federal, as principais alterações do período também vieram do AI-2. Em 20 de outubro de 1965 o presidente do Supremo, Ministro Ribeiro da Costa, concedeu entrevista combatendo a proposta de ampliação do número de Ministros da Corte que vinha sendo debatida pela imprensa e afirmando que não cabia aos militares o papel de mentores da Nação. Na ocasião, o Supremo preparava-se para examinar pedido de *habeas corpus* requerido em favor do ex-presidente Juscelino Kubitschek, que estava sendo investigado em inquérito policial-militar, apesar de ser civil. Após repreensões públicas feitas pelo futuro Presidente da República, General Costa e Silva, o pleno do Supremo decidiu prolongar o mandato do Ministro Ribeiro da Costa na presidência do Tribunal até o término de sua judicatura, o que, segundo EMÍLIA VIOTTI DA COSTA, era “medida obviamente de desagravo pelas críticas que este vinha sofrendo por parte de militares e de alguns setores da imprensa”.²³⁹

Em 27 de outubro o presidente Castello Branco editou o AI-2. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, foram três as alterações de maior impacto trazidas por esta norma: a ampliação do número de ministros, de onze para dezesseis²⁴⁰; a suspensão das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade²⁴¹; e a proibição de apreciação, pelo Poder Judiciário, dos atos praticados pelo comando do regime militar para construção da nova ordem²⁴².

Embora o AI-2 abrangesse diversas outras matérias, como a extinção dos partidos políticos então existentes e a imposição do bipartidarismo, suas medidas foram particularmente relevantes para o Supremo Tribunal Federal.

Não querendo afastar ministros da Corte, o comando do regime optou por uma tática

²³⁹ COSTA, *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, p. 173.

²⁴⁰ AI-2: “Art. 6º. Os artigos 94, 98, 103 e 105 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação: (...) ‘Art. 98. O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis ministros.’ (...)”.

²⁴¹ “Art. 14. Ficam suspensas as garantidas constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo.

Parágrafo único. Ouvido o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessas garantidas poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução.”

²⁴² AI-2: “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.”

ca que havia sido cogitada durante a década de 1930, nos Estados Unidos, pelo Presidente Franklin D. Roosevelt, mas que não chegou a ser implementada naquela ocasião²⁴³. A idéia básica era aumentar o número de integrantes da Corte, de modo que o Presidente da República pudesse preencher imediatamente as novas vagas, promovendo uma sensível alteração na orientação jurisprudencial.

Nas cinco novas vagas criadas, o Presidente Castello Branco nomeou, por decretos de 16 de novembro de 1965, os Ministros Adalício Nogueira, Prado Kelly (filho do ex-Ministro Octavio Kelly, que esteve no Supremo de 1934 a 1942), Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro e Carlos Medeiros.

Feitas a supressão da competência para apreciar atos do regime e implementadas as modificações na composição da Corte, em 26 novembro de 1965 foi aprovada a EC nº 16, que introduziu a ação direta de inconstitucionalidade²⁴⁴ no Direito brasileiro. Com essa medida, inaugurou-se o controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, exclusivamente por iniciativa do Procurador-Geral da República. É verdade que desde a Constituição de 1934 existia a representação interventiva, mas seu alcance não era o de um mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade. É o que ensina GILMAR FERREIRA MENDES:²⁴⁵

“Embora o constituinte tenha moldado o controle abstrato de normas segundo o modelo da *representação interventiva*, confiando a instauração do processo ao Procurador-Geral da República, convém assinalar que apenas na forma a nova modalidade de controle apresentava alguma semelhança com aquele processo de composição de conflitos entre o Estado e a União.

Enquanto a *representação interventiva* pressupunha uma alegação de afensa (*efetiva ou aparente*) a um *princípio sensível* e, portanto, um peculiar conflito entre a União e o Estado, destinava-se o novo processo à defesa geral da Constituição contra as leis inconstitucionais.”

²⁴³ Cf. nota de rodapé nº 195, supra.

²⁴⁴ CF/46, com a redação dada pela EC nº 16, de 26.11.1965: “Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: (...) k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; (...)”

Como o Procurador-Geral era de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República²⁴⁶, na prática o dispositivo introduzido pela EC nº 16 significou a consagração da prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de levar diretamente ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a constitucionalidade de norma federal ou estadual, enquanto todas as demais pessoas físicas e jurídicas ficavam limitadas ao uso do controle difuso de constitucionalidade, sujeito a todo o trâmite nas instâncias inferiores antes de um posicionamento judicial definitivo ser obtido por meio do recurso extraordinário. Apenas com a Constituição de 1988 viriam a fazer parte do texto constitucional o estabelecimento de mandato de dois anos para o Procurador-Geral da República e a ampliação da legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade a outros atores relevantes da vida político-jurídica nacional.

OSVALDO TRIGUEIRO DO VALE, ao comentar os efeitos do AI-2 sobre o Supremo Tribunal Federal, ressalta sua ineficácia, já que foi insuficiente para dobrar o Tribunal, como fica provado pelo fato de, em 1969, o regime militar ter que aposentar ministros, valendo-se do AI-5:

“Com os novos cinco juízes nomeados, predominantemente recrutados dentro da área udenista, a linha do Supremo continuou a mesma, isto é, de respeito às normas vigentes.

É verdade que o erro de perspectiva da Revolução quanto à linha partidária de um Ministro do Supremo persistia, pois não entendia que, com o revestimento das novas funções, ficaria cortado o cordão umbilical com seu partidarismo anterior.

Tanto persistiu que o aumento do número de 11 para 16, para conseguir maioria, teve posteriormente de ser invertido de 16 para 11, com três aposentadorias punitivas durante o Governo Costa e Silva, numa demonstração evidente de que a solução não atendera

²⁴⁵ MENDES, *Jurisdição constitucional*, p. 69.

²⁴⁶ CF/46, art. 126: “O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, é demissível *ad nutum*.”

aos propósitos revolucionários.”²⁴⁷

Em 1967 foi promulgada nova Constituição, já que a anterior, tantas vezes emendada e profundamente alterada por Atos Institucionais, mostrava-se inadequada à nova realidade política trazida pelo regime inaugurado em 1964. Essa Constituição buscava consolidar as mudanças trazidas pelo novo regime, mas as transformações ainda não tinham acabado. O aprofundamento do autoritarismo só foi concluído mais tarde, e boa parte da Constituição foi modificada pela EC nº 1, de 1969.

O regime militar sempre teve a preocupação de preservar a legalidade formal de seus atos, ainda que no mérito pudessem ser contrários à ordem jurídica. Para isso, antes de praticar um ato contrário ao Direito, ou logo depois de fazê-lo, o regime sempre providenciou a alteração dos textos legais ou, em alguns casos, da própria Constituição. Parte dessa atitude de respeito (pelo menos formal) à legalidade decorreu do receio de censura no âmbito internacional, por parte dos demais Estados ou de organismos internacionais. Parte dessa preocupação decorreu de algumas condenações judiciais no plano interno. Enquanto foi possível, o Supremo Tribunal Federal exigiu o cumprimento de todas as exigências constitucionais, e declarou nulos diversos atos do regime militar.

4.6.2. A jurisprudência no período 1964-1968

4.6.2.1. O afastamento dos governadores.

Com relação às decisões do Regime Militar pelo afastamento de governadores, houve pelo menos dois casos paradigmáticos: os pedidos de *habeas corpus* impetrados em favor do ex-governador do Amazonas²⁴⁸ e do governador de Goiás²⁴⁹.

O primeiro foi concedido a Plínio Coelho, em 04 de novembro de 1964. Coelho, ex-governador do Amazonas, havia sido afastado pelo governo federal em 27 de junho, e preso. Em 11 de agosto, o Tribunal de Justiça amazonense concedeu-lhe *habeas corpus*, determinando sua soltura, ordem que não foi cumprida pelo novo governador, Arthur Reis. Dessa desobediência decorreu uma crise política e uma situação da qual deveria resultar,

²⁴⁷ VALE, *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*, p. 138.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 41.049, rel. Min. Vilas Boas, j. em 04.11.1964.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 41.296, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. em

nos termos da Constituição Federal, a intervenção federal no Estado do Amazonas. Para evitar o inconveniente político, o governo federal interferiu na questão e o ex-governador foi solto. Alguns setores militares, encabeçados pelo Presidente da República, Marechal Castello Branco, entendiam que as decisões judiciais deviam continuar a ser cumpridas, a despeito da real capacidade do movimento armado de impor suas decisões.

Porém, no final de outubro Plínio Coelho passou a ser novamente ameaçado de prisão. Requeru *habeas corpus* preventivo ao Supremo Tribunal Federal, que concedeu salvo-conduto ao ex-governador para que ele pudesse comparecer à Corte, em Brasília, para prestar de viva voz depoimento a respeito da coação a que estava submetido. Chegou a Brasília já intimado a prestar depoimento, dali a alguns dias, em Inquérito Policial Militar em curso em Manaus.

Ouvido o depoimento do ex-governador, o Supremo concedeu-lhe a ordem em definitivo, sob o fundamento de que qualquer delito funcional que pudesse ter cometido no exercício do governo só poderia ser julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado, razão pela qual concedia a ordem para impedir que qualquer outra autoridade determinasse sua prisão.

Ainda naquele mês de novembro, o governo federal preparava a substituição de outro governador, o de Goiás, Mauro Borges Teixeira. O caso revestia-se de fortes cores políticas, pois o governador era uma das principais lideranças de um dos grandes partidos políticos, o PSD, e houve resistência à sua deposição, que já se desenhava, por parte das lideranças pedessistas nacionais. A questão recebia ampla divulgação na imprensa, e chegou-se a temer que seus correligionários pegassem em armas para resistir à substituição do governador. Houve deslocamento de tropas de Brasília para Goiânia, e os jornais noticiaram a iminência de sua prisão, após despacho proferido em Inquérito Policial Militar que qualificava os atos praticados pelo governador como crimes contra o Estado e a ordem política e social, previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953).

Diante dos fatos, na sexta-feira, 13 de novembro de 1964, os advogados Sobral Pinto e José Crispim Borges impetraram no Supremo Tribunal Federal, em favor do governador, pedido de *habeas corpus* preventivo (nº 41.296). Não fosse a medida, o governador Mauro Borges teria sido afastado no final de semana, como foi o governador de São Paulo, Ademar de Barros. No sábado, 14 de novembro, o Ministro Gonçalves de Oliveira deferiu liminarmente o pedido. A decisão, ainda que mal recebida em alguns meios militares, foi

cumprida, novamente por interferência do Presidente Castello Branco. Em 23 de novembro o plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, confirmou a liminar e acolheu o pedido de *habeas corpus*, sob o fundamento de que o governador só podia ser processado, nos crimes de responsabilidade, pela Assembléia Legislativa, e nos crimes comuns, após licença da mesma Assembléia, conforme dispunha a Constituição de Goiás. De modo que, naquele momento, era incabível sua submissão à Justiça Militar. Além disso, o princípio federativo assegurava a autonomia do Estado de Goiás para tratar da questão, exceto, como lembrou o Ministro Victor Nunes Leal em seu voto, se ocorresse, na forma da Constituição Federal, a decretação de intervenção federal.

Uma semana depois do julgamento, o Presidente da República, com aprovação do Congresso Nacional, decretou a intervenção no Estado de Goiás, e o governador foi afastado.

Além dos casos do ex-Governador do Amazonas e do Governador de Goiás, cabe menção também a um *habeas corpus* impetrado em favor do Governador afastado de Pernambuco, Miguel Arraes²⁵⁰. Conforme consta do relatório elaborado pelo Ministro Evandro Lins e Silva, em 1º de abril de 1964 ele havia sido deposto e preso pelo regime militar, sendo confinado inicialmente em Fernando de Noronha, depois em quartéis do Recife. Somente em maio o Conselho Permanente de Justiça do Exército decretou sua prisão preventiva nos autos do Inquérito Policial Militar instaurado para apurar a prática de crimes previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 1.802/53). Em dezembro o paciente impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal Militar, denegado por seis votos a quatro, de modo que recorreu ao Supremo Tribunal Federal para obter ordem de soltura, sob o fundamento de que não podia ser processado perante a Justiça Militar. Primeiro, porque a conduta que lhe era atribuída não se enquadrava na competência desta Justiça. Segundo, porque em razão de sua função de Governador de Estado, só podia ser processado perante a Assembléia Legislativa, nos crimes de responsabilidade, e perante o Tribunal de Justiça de Pernambuco, nos demais crimes.

O relator votou pela concessão do *habeas corpus*, reconhecendo a competência do Tribunal de Justiça para processar o feito e, se fosse o caso, decretar a prisão preventiva do paciente, que por enquanto estava detido por ordem de autoridade incompetente, devendo

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 42.108, rel. Min. Evandro Lins e Silva, j. em 19.04.1965.

ser solto.

O Procurador-Geral da República – e futuro Ministro do Supremo – Oswaldo Trigueiro pediu a palavra para defender seu parecer no sentido de não ser conhecido o pedido de *habeas corpus*.

O Ministro Victor Nunes Leal concedeu a ordem, acompanhando o relator, e o Ministro Luiz Gallotti, divergindo do relator, acabou por também conceder o *habeas corpus* por outro fundamento: o excesso de prazo de prisão preventiva. Os demais Ministros também concederam a ordem, sendo o julgamento unânime.

4.6.2.2. Direitos fundamentais e a aplicação da Lei de Segurança Nacional.

Assim como fizera no julgamento dos casos sobre o Partido Comunista, no final da década de 1940 e início da década seguinte, também nesse período o Supremo Tribunal Federal decidiu diversos casos de modo a preservar a liberdade de convicção política, mesmo que marxista, embora não aceitasse a pregação de atos revolucionários violentos para a implantação de um regime comunista. E adotou esse posicionamento a despeito de a Corte, enquanto órgão colegiado, não nutrir qualquer simpatia pela ideologia predominante na (hoje extinta) União Soviética. A ponto de frequentemente fazer constar tal posição política em seus acórdãos.

Em 1966 um *habeas corpus*²⁵¹ foi concedido por unanimidade para libertar pacientes que eram acusados de possuir gráfica e escola de alfabetização de adultos, de orientação supostamente comunista, sob o fundamento de falta de tipicidade dos fatos narrados, que não podiam ser enquadrados em qualquer dos dispositivos da Lei de Segurança Nacional. O voto do relator é no sentido de ser preservada a legalidade, a despeito de ressaltar a diferença entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os “subversivos”:

“Não podemos lançar mão dos métodos usados por nossos adversários. Nós democratas, conservadores, republicanos, brasileiros amantes da ordem social-democrática, precisamos agir de acordo com as leis vigentes, com a Constituição vigente, com os Códigos vigentes.”

Também foi concedido o *habeas corpus* por considerar que a simples “realização de conferência ou só a presença em reunião, que se supõe comunista”, não caracteriza crime previsto na Lei de Segurança Nacional²⁵².

O Supremo Tribunal Federal também deu provimento a Recurso Criminal²⁵³ para absolver, por unanimidade, acusado de comunismo, servindo de guia o voto bastante profundo do Ministro Aliomar Baleeiro. Constatou da ementa:

“I. Aulas e apostilas em que o professor particular expõe a teoria marxista em recinto fechado e a grupo restrito, aderindo a doutrina dela derivada, não constitui o crime do art. 11, ‘a’ da Lei nº 1.802, enquanto não há propaganda pública de processos violentos para subversão.

II. Citada Lei, no art. 11, § 2º, exclui a criminalidade da exposição, crítica ou debate de quaisquer doutrinas.”

Outros Ministros – inclusive Adauto Lúcio Cardoso e Adalício Nogueira, nomeados pelo regime militar – acompanharam o relator para por entenderem que a questão encontrava abrigo na liberdade de cátedra.

4.7. NOVA CONTENÇÃO IMPOSTA PELA FORÇA (1968-1988).

4.7.1. O AI-5, a Emenda Constitucional nº 1/69 e a abertura.

No final de 1968 havia a convicção, por parte do governo, de que medidas de endurecimento do regime eram necessárias. Isso por conta de atitudes de resistência ao regime militar, que vinham sendo adotadas por entidades e órgãos estatais, e pela própria sociedade civil.

Nos julgamentos proferidos pelo Supremo naqueles dias já se pressentia o clima de

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 43.424, rel. Min. Pedro Chaves, j. em 09.08.1966.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 46.024, rel. o Min. Aliomar Baleeiro, j. em 10.09.1968.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Criminal nº 1.082, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 21.05.1968.

iminente endurecimento do regime militar.

Em um caso julgado nos dias 9 e 10 de dezembro de 1968 pela Primeira Turma²⁵⁴, o Ministro Victor Nunes Leal, que seria aposentado compulsoriamente dali a um mês, votou pela concessão de ordem de soltura a paciente que, no dia seguinte ao da promulgação do AI-2, e antes mesmo que estivesse publicado, proferira discurso em praça pública contra o ato e contra o regime militar. Para o relator, tal fato não era crime contra a segurança nacional. Quando muito, excesso verbal passível de qualificação como crime de outra natureza. Reportou-se a votos vencidos proferidos quando do julgamento do caso pelo Superior Tribunal Militar, e acolheu de modo sucinto o pedido de *habeas corpus*. Sabendo que os demais Ministros presentes divergiam de sua posição, e que votara de forma muito resumida, o Ministro Victor Nunes, por lealdade aos colegas, recomendou que um deles pedisse vista dos autos. O Ministro Barros Monteiro acolheu a sugestão, e devolveu os autos no dia seguinte, votando pelo não acolhimento do recurso e conseqüente denegação da ordem de soltura, no que foi acompanhado pelo Ministro Oswaldo Trigueiro.

No mesmo dia 10 de dezembro, o Supremo Tribunal Federal ordenou a libertação de estudantes²⁵⁵ envolvidos em ações contrárias ao governo (congresso da União Nacional dos Estudantes que seria realizado em Ibiúna no dia 12 de outubro daquele ano), e que se encontravam detidos há exatos sessenta dias, prazo máximo autorizado por lei para a duração de prisão preventiva. Também concedeu *habeas corpus*²⁵⁶ a cidadão argentino que fora preso na mesma ocasião.

A Câmara dos Deputados, por sua vez, em 12 de dezembro, negou solicitação do Presidente da República, que havia pedido licença, na forma da Constituição²⁵⁷, para processar criminalmente o Deputado Márcio Moreira Alves, em razão de discurso contundente que fizera, e que foi considerado ofensivo à honra dos militares.

A resistência ao regime esboçada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Câmara dos Deputados, somada à agitação no seio da sociedade civil, resultou na edição, em 13 de

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em HC nº 46.049, rel. Min. Victor Nunes Leal, j. em 10.12.1968.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 46.471, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. em 10.12.1968.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 46.441, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. em 10.12.1968.

²⁵⁷ CF/67, art. 34, § 1º: “Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.”

dezembro, do mais autoritário de todos os instrumentos jurídicos produzidos no período, o AI-5.

Ao analisar o momento, LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JÚNIOR informa que, a despeito das alterações trazidas pelo AI-2 de 1965, e da característica autoritária da Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal não se tornou subserviente ao regime militar:

“A atuação do Supremo Tribunal Federal no regime constitucional militar deve ser dividida em duas fases: a primeira que vai de 31 de março de 1964 até a edição do AI-5, em 13 de dezembro de 1968; e a segunda a partir do AI-5. (...) Com efeito, até a edição desse Ato Institucional, o Supremo decidiu em inúmeros casos com altivez e independência, dentro da competência que o regime lhe permitia”.²⁵⁸

Em 16 de janeiro de 1969 o governo, com base no AI-5²⁵⁹, cassou mandatos e suspendeu direitos políticos de dois Senadores e de diversos Deputados Federais, dentre os quais os Deputados por São Paulo Ivette Vargas e Mário Covas, e aposentou os Ministros do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva; em protesto pediram aposentadoria os Ministros Lafayette de Andrada e Antônio Gonçalves de Oliveira. Em lugar de preencher as cinco vagas resultantes desses eventos, em 1^o de fevereiro de 1969 foi editado o Ato Institucional nº 6, que reduziu novamente para onze o número de cadeiras do Supremo Tribunal Federal, tornando desnecessário o preenchimento das cinco vagas.

Considerando que em 1965 o regime havia acrescentado cinco Ministros ao Supremo, elevando o número total para dezesseis, e em 1968 cinco deixaram a corte, e considerando ainda as vagas ocorridas neste período, verifica-se que em 1969 a maior parte do Su-

²⁵⁸ ALVES JÚNIOR, *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*, p. 336.

²⁵⁹ Diz o texto do AI-5: “Art. 6^o. Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções de prazo certo. § 1^o O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares de garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. (...)”

premo Tribunal Federal já havia sido nomeada pelos presidentes da República do regime militar, o que reduziu consideravelmente os atritos entre o Executivo e o Tribunal. Assim como Vargas fizera em pouco mais de três anos, em cerca de cinco anos o regime militar providenciou a renovação de mais da metade do Tribunal.

Essa renovação pôs fim a qualquer resistência que a Corte ainda pudesse opor ao regime militar, como lembra TRIGUEIRO DO VALE:

“No Brasil não se fecham os Tribunais.

Mas não é incomum na nossa história procurar encurralar o Poder Judiciário, subtraindo do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, a base sobre a qual constrói as grandes decisões de amparo aos impostergáveis direitos do cidadão ou das instituições desarmadas, (...).

Isso ocorreu durante os quatro primeiros anos da Revolução e os conflitos entre o Executivo-Revolucionário e o Supremo Tribunal Federal se agravaram a tal ponto, em face da inarredável posição do Judiciário de decidir em respeito ao direito escrito, que a solução óbvia, depois de várias outras tentativas infrutíferas, como aumentar ou diminuir o número de juízes do Supremo Tribunal Federal, era modificar o direito positivo, deixando a nossa Suprema Corte como mero órgão contemplativo na vida do sistema político brasileiro.

Desde então, sobretudo com a edição dos Atos Institucionais ns. 5 e 6, cessaram os conflitos, e o Poder Executivo-Revolucionário passou a ter no Supremo um órgão administrativamente saudável, tecnicamente ágil, (...), mas politicamente morto.”²⁶⁰

O Ministro Aducto Lúcio Cardoso, um ex-advogado mineiro que havia sido Deputado Federal pela UDN por quatro legislaturas, e chegara ao Supremo Tribunal Federal em 1967, pediu aposentadoria em 1971, logo depois de uma sessão em que votou vencido e i-

solado em um debate sobre a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970, que instituiu a censura prévia na divulgação de livros e periódicos.

Foi, talvez, a última manifestação de inconformismo contra os freqüentes atentados praticados pelo regime militar contra os direitos e garantias individuais. Ao longo da década de 1970 a integração entre o Poder Executivo e os Ministros do Supremo foi bastante evidente, a ponto de terem sido convidados, em 1977, a auxiliar na elaboração das emendas constitucionais aprovadas no chamado “Pacote de Abril”²⁶¹.

Uma das modificações trazidas naquela ocasião foi a prerrogativa do Supremo Tribunal Federal, ao deferir pedido do Procurador-Geral da República, avocar para si a análise de qualquer processo que estivesse em tramitação perante qualquer juízo ou Tribunal²⁶², o que mostra bem o grau de sintonia entre governo e Tribunal.

Na fase final do regime militar, quando já estava em curso o processo de redemocratização, havia a preocupação de fazer com que ele se desenvolvesse em um ritmo moderado, sem grandes saltos. O Presidente Geisel havia feito referência a uma transição lenta, gradual e segura. Na prática, ela significou o fim da vigência dos Atos Institucionais, com maior liberdade institucional, a eleição direta para Governadores a partir de 1982, para Prefeitos a partir de 1985 e para Presidente da República a partir de 1990.

Para OSCAR VILHENA VIEIRA,

“O período de transição, sem as amarras dos Atos Institucionais, (...) [é] um período marcado por um grande silêncio por parte do Supremo, e dos tribunais em geral, em trabalhar em função da reconstrução do estado de direito e da democracia.”²⁶³

4.7.2. A jurisprudência após o AI-5.

Após o AI-5, o Supremo Tribunal Federal teve pouca ocasião para exercer função

²⁶⁰ VALE, *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*, p. 165-166.

²⁶¹ EC nº 7, de 13.04.1977, e EC nº 8, de 14.04.1977.

²⁶² A EC nº 7/77, deu nova redação à alínea “o” do inciso I do art. 119 da Constituição de 1967: “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; (...)”

²⁶³ VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal*, p. 80.

política. Primeiro, porque muitas de suas competências fundamentais haviam sido retiradas. Segundo, porque os Ministros nomeados durante o regime militar tinham uma visão de mundo bastante parecida com a orientação política da cúpula do regime.

Um exemplo dessa coincidência pode ser vista por ocasião do julgamento da Reclamação nº 849. O MDB, que era o partido de oposição no bipartidarismo compulsório criado pelo AI-2, representou ao Procurador-Geral da República para que ele movesse ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, contra o Decreto-lei nº 1.077/70, que instituiu a censura prévia sobre periódicos e livros. O Procurador-Geral, Xavier de Albuquerque (posteriormente nomeado Ministro da Corte), depois de afirmar que tinha o poder discricionário de acatar ou não a representação, optou por não propor a ação direta e determinou o arquivamento da representação. O MDB, inconformado, apresentou Reclamação²⁶⁴ ao Supremo Tribunal, sustentando que a propositura da ação direta de inconstitucionalidade era obrigação, e não faculdade do Procurador-Geral da República. Apenas o Ministro Adauto Lucio Cardoso votou pelo conhecimento e acolhimento da Reclamação, sustentando que se o Procurador-Geral da República decidisse não propor a ação direta, seria ele, Procurador-Geral, a autoridade que estaria a declarar a constitucionalidade do ato normativo atacado, subtraindo a competência da Corte. Os demais Ministros acompanharam o relator, julgando a Reclamação improcedente, com exceção do Ministro Amaral Santos, que nem sequer conhecia do pedido. Ficando completamente isolado em sua posição, o Ministro Adauto disse que acolhia a posição do relator e da Corte com melancolia. Depois da sessão pediu aposentadoria, aos sessenta e seis anos de idade, e uma semana depois deixou o Tribunal, sendo substituído por outro mineiro, o Ministro do Tribunal Federal de Recursos Antônio Neder.

Outro exemplo da sintonia entre o regime e o Supremo Tribunal Federal ocorreu já na fase final do ciclo militar. Um jornalista do jornal *O Estado de São Paulo* impetrou mandado de segurança contra um Decreto do Presidente da República que havia determinado a aplicação de medida de emergência no Distrito Federal. Uma das ações que o poder público poderia adotar, durante a vigência das medidas de emergência²⁶⁵, era restringir a liberdade de comunicação. No caso, restringiu-se a liberdade de transmissão pela televisão,

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 849, rel. Min. Adalício Nogueira, j. em 10.03.1971.

²⁶⁵ As medidas de emergência estavam previstas no artigo 155 da CF/67, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 11, de 13.10.1978.

ao vivo, da votação do projeto de Emenda Constitucional que restabelecia as eleições diretas para Presidente da República no Brasil. Embora a medida devesse incidir apenas sobre Brasília, local da votação – pois a regra constitucional só autorizava a decretação de medidas de emergência “em locais determinados e restritos”, de modo que, em tese, não seria possível restringir a liberdade de comunicação para todo o território nacional – o mandado de segurança impetrado contra a abrangência nacional da proibição de transmissão foi denegado, sob o fundamento de erro na indicação da autoridade coatora. Segundo o Supremo Tribunal Federal, a autoridade coatora era o Comandante Militar, e a competência para julgar o caso não era do Supremo. Mas, nos termos do art. 155 da Constituição, e do art. 81, XVI, a competência para decretar a medida de emergência era do Presidente da República, o que levaria a atribuição para o Supremo.

Segundo OSCAR VILHENA VIEIRA, no final do regime havia grande sintonia entre a Corte e a Presidência da República:

“O Supremo colaborou para a transição no ritmo estabelecido pela agenda do Planalto. Em diversos episódios onde se buscou o Supremo, tiveram os litigantes suas pretensões frustradas por um tribunal submisso à vontade dos militares. A questão das eleições diretas é significativa para se compreender a afinidade entre o Executivo e o Supremo Tribunal Federal.

(...)

O Supremo Tribunal Federal colaborou assim, na medida de suas competências, para que o processo de sucessão do Presidente Figueiredo ficasse limitado ao Colégio Eleitoral, como queriam os militares.”²⁶⁶

²⁶⁶ VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal*, p. 82.

4.8. A FUNÇÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

4.8.1. A Constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição brasileira de 1988 foi profundamente marcada pelo repúdio a diversos institutos do período autoritário que a precedeu, durante o qual ocorreu uma contínua hipertrofia do Poder Executivo federal, em detrimento dos demais órgãos de representação popular. Portanto, era natural que a Constituição de 1988, fazendo o contraponto ao crescimento do Poder Executivo durante o regime inaugurado em 1964, procurasse ampliar as atribuições dos ramos Legislativo e Judiciário federais, bem como dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e, em última análise, do próprio cidadão.

Nesse contexto, foram transferidas competências para o Congresso Nacional; deu-se ênfase à independência do Poder Judiciário e à autonomia do Ministério Público em relação ao governo; algumas competências foram transferidas para Estados e Municípios; mecanismos de participação direta do cidadão, como a ação popular, foram reforçados, e outros, como o poder do eleitorado para apresentar projetos de lei, foram criados.

Outro aspecto digno de nota é a ampliação do número de matérias trazidas para o corpo da Constituição de 1988. Diversos assuntos que eram tratados em lei ganharam expressão na Constituição, que desceu a pormenores, de forma inédita, em temas como família, idoso, criança e adolescente, saúde, educação, previdência, economia, relações de consumo, comunicação, índios, proteção do meio ambiente, entre outros.

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro diversos institutos, entre os quais a iniciativa popular para apresentação de projeto de lei, já citada, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o estado de defesa. Posteriormente, emendas constitucionais introduziram outras novidades, tais como a ação declaratória de constitucionalidade e a possibilidade de reeleição, para o período subsequente, de ocupantes de cargos eletivos do Poder Executivo.

Especialmente em relação ao Poder Judiciário, a Constituição de 1988 tem disposições de suma importância, algumas das quais inovadoras: a extinção do Tribunal Federal de Recursos, acompanhada da criação do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, a inafastabilidade do controle judicial (art. 5^o, XXXV), e ainda a ampliação dos mecanismos de controle da constitucionalidade.

Como consequência das modificações trazidas pela Constituição de 1988, a quantidade de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos cresceu ex-

pressivamente, o que ocorreu por alguns motivos.

Primeiro, porque a Constituição Federal deu ao Supremo Tribunal Federal amplas competências – originária, recursal ordinária e recursal extraordinária. A competência originária, que o STF exerce como única instância, foi ampliada com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ampliação do rol de legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a criação do Mandado de Injunção e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, entre outras medidas. A competência recursal também cresceu: a criação do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais deu ao Supremo Tribunal Federal novas competências recursais, para o reexame de algumas das decisões dos novos tribunais, embora o tenha aliviado de algumas tarefas – como a uniformização da aplicação do direito federal pelos tribunais estaduais – transferidas para o Superior Tribunal de Justiça.

As atribuições do Supremo Tribunal aumentaram também, em segundo lugar, porque alguns dos novos instrumentos de acesso ao Poder Judiciário criados pela Constituição Federal, tais como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, facilitaram a chegada de mais processos à Corte.

Em terceiro lugar, a Constituição de 1988, como mencionado, deu *status* constitucional a um número maior de matérias, que se tornaram passíveis de análise pelo Supremo Tribunal Federal, na qualidade de principal responsável pelo controle de constitucionalidade.

Todas essas competências fazem dele um tribunal de jurisdição ordinária e, simultaneamente, uma corte constitucional. Essa dualidade – que já existia antes de 1988, e que é comum a todos os sistemas em que não há uma corte encarregada única e exclusivamente da guarda da Constituição – foi acentuada pela nova Constituição, pelos motivos vistos acima. Como consequência, o espaço para exercer função política também foi consideravelmente aumentado.

Segundo ROGÉRIO BASTOS ARANTES²⁶⁷,

“não há como desconsiderar, principalmente a partir da Constituição de 1988, que o Judiciário brasileiro tornou-se fator condi-

cionante fundamental do processo político. Basta uma simples retrospectiva dos principais conflitos entre os poderes do Estado, e destes com a sociedade, nos últimos anos, para constatar que a reorganização constitucional de 1988 colocou o Judiciário na difícil posição de árbitro do jogo político entre estes importantes contendores.”

E, naturalmente, a relevância do órgão de cúpula do Poder Judiciário foi ampliada de forma mais acentuada do que a dos juízes e tribunais em geral, por causa do controle concentrado de constitucionalidade.

Quanto à composição do Supremo Tribunal Federal, a partir de 1985 começa a ocorrer a renovação da Corte, com a saída dos Ministros nomeados durante o Regime Militar. Em 1986, tomou posse o Ministro Célio Borja, ex-Presidente da Câmara dos Deputados e professor de Direito Constitucional em diversas Universidades. Em 1989, o Presidente José Sarney nomeou outros três Ministros: Paulo Brossard, gaúcho que havia sido Consultor-Geral da República e Ministro da Justiça no governo Sarney, após uma carreira política na qual foi Deputado Estadual, Deputado Federal e Senador; Sepúlveda Pertence, membro do Ministério Público do Distrito Federal de 1963 a 1969 (ano em que foi aposentado com base no AI-5), advogado, de 1969 a 1985, e Procurador-Geral da República a partir desse ano; e Celso de Mello, membro do Ministério Público de São Paulo por dezanove anos.

Fernando Collor, durante os quase três anos em que ocupou a Presidência da República, nomeou quatro Ministros. Em 1990, nomeou seu primo, o Ministro Marco Aurélio Mello, carioca que atuou sucessivamente como advogado trabalhista, membro do Ministério Público do Trabalho e magistrado da Justiça do Trabalho, e nomeou também o Ministro Carlos Velloso, mineiro, integrante da magistratura federal desde 1967, tendo sido Juiz Federal, Ministro do Tribunal Federal de Recursos e Ministro do Superior Tribunal de Justiça, além de professor de Direito Constitucional e de Direito Público. O Ministro Velloso foi nomeado para a vaga surgida com a saída de seu genro, o Ministro Francisco Rezek, ex-Procurador da República mineiro que renunciou ao cargo na Corte para se tornar Ministro das Relações Exteriores do Presidente Fernando Collor. Essa, aliás, foi uma situação

²⁶⁷ ARANTES, *Judiciário e política no Brasil*, p. 24.

bastante controversada na época, já que o Ministro Rezek presidira o Tribunal Superior Eleitoral²⁶⁸ durante as eleições que levaram o próprio Fernando Collor à Presidência da República.

Em 1991, o Presidente Collor nomeou o baiano Ilmar Galvão, integrante da magistratura federal por mais de vinte anos, tendo sido Juiz Federal no Acre e no Distrito Federal, Ministro do Tribunal Federal de Recursos e finalmente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, além de professor universitário por mais de trinta anos. Em 1992, o Ministro Rezek, com destacada carreira universitária no ensino do Direito Internacional e vasta obra publicada sobre o assunto, ao deixar o Ministério das Relações Exteriores, foi nomeado novamente para o Supremo Tribunal Federal. De lá sairia, novamente por renúncia, para integrar a Corte Internacional de Justiça, em Haia, Holanda, depois de eleito pelo Conselho de Segurança e pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, para um mandato de nove anos. Seguiu, deste modo, os passos de seus antecessores no Supremo Tribunal Federal, Epitácio Pessoa e Filadelfo Azevedo, também juízes em Haia.

Com as cinco nomeações feitas pelo Presidente José Sarney e as quatro do Presidente Fernando Collor, o perfil do Supremo Tribunal foi bastante modificado, pois apenas três Ministros tinham sido nomeados durante o Regime Militar: o Ministro Moreira Alves, que ingressou em 1975, e o Ministro Sidney Sanches, que ingressou em 1984, ambos paulistas, magistrados de carreira, sendo o primeiro professor de Direito Civil e Direito Romano, e o segundo um profundo conhecedor de Direito Penal. Ambos ficaram na Corte até 2003. Além deles, ao final do governo Collor permanecia ainda no Tribunal o Ministro Francisco Rezek, que tinha sido nomeado em 1983 pelo Presidente General João Figueiredo, renunciou em 1990 e foi novamente nomeado em 1992, permanecendo no Tribunal até 1997.

Após o *impeachment* do Presidente Collor, em dezembro de 1992, a composição da Corte ganhou mais estabilidade, pois nos dez anos seguintes houve apenas mais quatro nomeações. Em contrapartida, a Constituição foi profundamente modificada nesses anos, e recebeu, de 1993 a 2002, trinta e sete emendas, além das seis emendas aprovadas durante a revisão constitucional prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitó-

²⁶⁸ Segundo o art. 119 da CF/88, o Tribunal Superior Eleitoral é integrado por no mínimo sete membros, sendo três oriundos do Supremo Tribunal Federal, inclusive seu presidente, dois do Superior Tribunal de Justiça e dois advogados nomeados pelo Presidente da República após indicação do Supremo Tribunal Federal.

rias, e que se realizou em 1994. A revisão constitucional, embora não tenha sido tão abrangente quanto era necessário – tanto que várias outras emendas surgiram nos anos seguintes – permitiu que o Deputado Federal pelo Rio Grande do Sul e futuro Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, se destacasse como relator dos trabalhos.

Em 1993 foi aprovada a EC nº 3, que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Essa ação tem por finalidade resolver controvérsia a respeito da constitucionalidade de lei ou ato normativo. A decisão que o Supremo Tribunal Federal profere tem eficácia geral e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública. Com isso, evita-se a proliferação de ações em primeira instância para questionar a validade da lei ou ato normativo, que podem gerar decisões judiciais contraditórias e reduzir a segurança jurídica. Essa ação trouxe novas possibilidades de controle de constitucionalidade – e de exercício de função política – para o Supremo Tribunal Federal.

Em 1994 o Presidente Itamar Franco, que assumiu o cargo depois do *impeachment* de Fernando Collor, fez sua única nomeação para o Supremo. O escolhido foi seu Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, advogado mineiro que fez carreira no Distrito Federal e foi eleito Senador em 1986.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso, por sua vez, em seu primeiro mandato fez apenas uma nomeação, a de seu Ministro da Justiça, Nelson Jobim, advogado gaúcho, professor de Direito Processual Civil e, por duas legislaturas, Deputado Federal. O Ministro Jobim foi nomeado em 1997.

No mesmo ano, foi aprovada emenda constitucional²⁶⁹ que autorizou a reeleição de Prefeitos, Governadores e Presidente da República para o período subsequente, e no ano seguinte o Presidente Fernando Henrique Cardoso foi reeleito.

Em seu segundo mandato nomeou, em 2000, a Ministra Ellen Gracie, a primeira mulher a chegar ao Supremo Tribunal Federal. Carioca que fez carreira no Rio Grande do Sul, foi escolhida após quinze anos como Procuradora da República e outros onze como integrante de Tribunal Regional Federal, no qual chegou pelo quinto constitucional, em vaga destinada ao Ministério Público. O Presidente Fernando Henrique nomeou ainda, em 2002, o Ministro Gilmar Mendes, professor de Direito Constitucional pós-graduado na Alema-

²⁶⁹ A EC nº 16, de 04.06.1997, deu nova redação ao § 5º do art. 14 da CF/88, que passou a ter a seguinte redação: “§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.”

nha, autor de várias obras jurídicas de grande densidade e que, antes da nomeação, ocupava o cargo de Advogado-Geral da União.

A partir de 2003 teve início aquela que poderá vir a ser uma nova fase de ativismo político do Supremo Tribunal Federal. O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi eleito por um partido político que jamais havia ocupado a Presidência da República. E foi reeleito em 2006. Ainda durante seu primeiro mandato, teve ocasião de nomear a maioria dos atuais Ministros da Corte. Foram seis nomeações nos primeiros quatro anos de mandato, sendo que em 2007 o Ministro Sepúlveda Pertence terá que se aposentar compulsoriamente por completar setenta anos. Uma renovação dessa magnitude certamente trará modificações significativas na jurisprudência do Tribunal, embora ainda seja cedo para afirmar qual será o sentido dessa mudança.

O Presidente Lula da Silva nomeou simultaneamente, em junho de 2003, o Ministro Cezar Peluso, integrante da magistratura paulista por mais de trinta anos e professor de Direito Processual Civil, o Ministro Carlos Ayres Britto, advogado sergipano e professor de Direito Constitucional, e o Ministro Joaquim Barbosa, Procurador da República por vinte anos, no Distrito Federal e no Rio de Janeiro, e professor de Direito Constitucional e Administrativo. Em seguida, o Presidente Lula da Silva nomeou, em 2004, o Ministro Eros Grau, gaúcho radicado em São Paulo, onde exerceu a advocacia por trinta anos e, em 2006, o Ministro Enrique Lewandowski, carioca radicado em São Paulo, onde foi advogado por dezesseis anos e membro da magistratura paulista, pelo quinto constitucional, por outros dezesseis. Os Ministros Grau e Lewandowski exerceram também, desde a década de 1970, o magistério jurídico na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, respectivamente nas áreas de Direito Econômico e Direito do Estado. Finalmente, também em 2006, foi nomeada a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, advogada mineira, Procuradora do Estado de Minas Gerais e professora de Direito Constitucional.

Após as nomeações feitas pelo Presidente Lula da Silva, alguns pontos chamam a atenção na atual composição do Supremo Tribunal Federal. Pela primeira vez, há duas mulheres entre os onze integrantes. Além disso, há pelo menos seis professores ou ex-professores universitários de Direito Constitucional (Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia). Quanto ao local de nascimento, atualmente a corte tem três Ministros nascidos na cidade do Rio de Janeiro, três nascidos no interior do Estado de Minas Gerais, dois nascidos no interior do Estado de São Paulo, um mato-grossense, um sergipano e um gaúcho.

Imediatamente antes de ingressarem no Supremo Tribunal Federal, os atuais Minis-

tros eram advogados (Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Eros Grau e Cármen Lúcia), membros do Ministério Público Federal (Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa) ou Estadual (Celso de Mello), Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo (Cezar Peluso e Enrique Lewandowski), integrante da Magistratura do Trabalho (Marco Aurélio Mello) e integrante da Magistratura Federal (Ellen Gracie). Quatro iniciaram sua carreira no Estado de São Paulo (Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Enrique Lewandowski), três no Distrito Federal (Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa), um no Rio de Janeiro (Marco Aurélio Mello), uma no Rio Grande do Sul (Ellen Gracie), um em Sergipe (Carlos Ayres Britto) e uma em Minas Gerais (Cármen Lúcia).

Finalmente, outro ponto que merece destaque é o fato de nenhum dos atuais Ministros ter experiência como titular de cargo eletivo, seja no Poder Legislativo, seja no Executivo. Em relação ao que normalmente ocorre nas cortes constitucionais, e vinha ocorrendo também no Brasil, atualmente faltam ministros que tivessem exercido atividade político-partidária antes do ingresso no Supremo Tribunal Federal. A história tem demonstrado que a presença de alguns integrantes com experiência política contribui para o bom funcionamento das cortes constitucionais. Um dos maiores juízes da Suprema Corte americana foi político: o ex-Governador da Califórnia Earl Warren. No Brasil, tiveram destaque como Ministros do Supremo Tribunal Federal Epiácio Pessoa (que foi Deputado Federal, Senador e Presidente da República), Pedro Lessa (Deputado Estadual), Pires e Albuquerque (Deputado Estadual), Carlos Maximiliano (Deputado Federal), Aníbal Freire (Deputado Estadual, Deputado Federal e Ministro da Fazenda), Cândido Motta (Deputado Estadual), entre tantos outros, para ficar apenas nos mais antigos. Recentemente, o Supremo Tribunal contou com os Ministros Maurício Corrêa (Senador) e Nelson Jobim (Deputado Federal e Ministro da Justiça).

Um Tribunal composto apenas por técnicos competentes pode ganhar em profundidade na análise jurídica, mas perder em sensibilidade social. Evidentemente, um Tribunal de composição excessivamente política também pode gerar inconvenientes decorrentes de um conhecimento jurídico menos abrangente.

4.8.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988.

Sem a pretensão de exaurir a análise da extensa jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da atual Constituição, algumas decisões, co-

mentadas abaixo, são suficientes para exemplificar o alcance da função política exercida pela Corte a partir de 1988.

4.8.2.1. A separação de poderes e as medidas provisórias.

Uma das principais inovações da Constituição de 1988 em relação ao regime constitucional anterior é a redistribuição da competência para exercer a função política, feita de modo a aquinohar melhor o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, em detrimento do Poder Executivo, claramente hipertrofiado durante o regime militar.

O Supremo Tribunal Federal assumiu na plenitude o papel de árbitro nos conflitos entre os Poderes Legislativo e Executivo. A judicialização das disputas entre esses dois ramos do poder abre espaço para o exercício frequente e constante da função política pelo Supremo. Como lembra ARANTES,

“a rigidez da separação de Poderes no sistema presidencialista potencializa a necessidade de um árbitro nos conflitos frequentes entre Executivo e Legislativo e no controle constitucional dos atos destes dois Poderes. Se, por um lado, o STF adquire eminência mais pronunciada neste sistema político, por ser o agente mais qualificado para arbitrar estes conflitos e salvaguardar a Constituição, por outro ele não está sozinho nesta tarefa. Juntam-se a ele todos os juízes e tribunais do país, pelo modo difuso-incidental de controle constitucional das leis e demais atos normativos (...)”.

Esse papel de árbitro aparece com clareza, por exemplo, na questão da reedição das medidas provisórias.

A medida provisória foi um dos novos institutos trazidos pela Constituição de 1988. A redação original do art. 62 da Constituição – hoje alterada pela EC nº 32/01 – era bastante lacônica²⁷⁰, e desse silêncio normativo resultava uma série de dúvidas sobre o al-

²⁷⁰ Diz o texto original da CF/88: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurí-

cance que essas normas poderiam ter. Um aspecto a respeito do qual o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar, por causa da omissão constitucional, foi a possibilidade de reedição de medidas provisórias rejeitadas expressamente pelo Congresso Nacional, ou não votadas por ele no prazo previsto na Constituição.

Enquanto vigorava a redação original do art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional não poderia ser reeditada²⁷¹. Tal decisão foi tomada em relação à Medida Provisória nº 190, de 31 de maio de 1990, que reeditava a Medida Provisória nº 185, de 04 de maio de 1990, expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Na ocasião, a decisão do Supremo Tribunal significou um golpe de natureza política na imagem do governo, que desde a posse do Presidente Collor de Mello, em 15 de março daquele ano, vinha editando sucessivas medidas provisórias, sobre os mais variados temas, sem que o Supremo Tribunal Federal impedisse.

Quanto à reedição de medidas provisórias que estavam prestes a perder a eficácia, em razão de não terem sido votadas pelo Congresso Nacional no prazo de trinta dias²⁷² estabelecido pela Constituição, muitos entendiam que era inadmissível, mas o Supremo Tribunal Federal considerou válida a reedição. Embora na época severas críticas tenham sido dirigidas contra o Supremo, por não ter acabado com uma prática considerada flagrantemente inconstitucional por muitos, a Corte preferiu deixar a questão para o Congresso Nacional, em uma demonstração de autocontenção diante de um conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo. Esse foi o sentido da decisão proferida no julgamento de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade que, por maioria de votos, estabeleceu a diretriz jurisprudencial sobre a matéria²⁷³.

Alguns anos depois, o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado, aprovou a EC nº 32/01, que deu nova redação ao art. 62 da Constituição e resolveu tanto a questão de reedição de medidas provisórias rejeitadas quanto o problema da reedição de medidas provisórias não apreciadas no prazo constitucional²⁷⁴, além de ter trazido

dicas delas decorrentes.”

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADInMC nº 293, julgada em 06.06.1990, rel. Min. Celso de Mello, medida liminar.

²⁷² Pela redação dada ao artigo 62 da CF/88 pela EC nº 32, de 11 de setembro de 2001, esse prazo hoje é de cento e vinte dias.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADInMC nº 295-DF, rel. para o acórdão o Min. Marco Aurélio, j. em 22.06.1990. Votaram vencidos o Min. Marco Aurélio, quanto à preliminar, e os Min. Paulo Brossard (relator), Carlos Velloso e Celso de Mello, quanto ao mérito da medida cautelar.

²⁷⁴ CF/88, com redação dada pela EC nº 32/01, art. 62, § 10: “É vedada a reedição, na mesma sessão

outras inovações. A função política exercida pelo Supremo Tribunal Federal, na apreciação da possibilidade de reedição de medidas provisórias, fixou o exato alcance do novo instituto. Teve também o efeito de disciplinar as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, de modo que contribuiu para a conformação concreta do princípio da separação de poderes.

Outro ponto abordado pelo Supremo Tribunal Federal, em relação às medidas provisórias, foi a questão da observância, pelo Presidente da República, dos requisitos de urgência e relevância para sua edição, tal como exige a Constituição. O Supremo Tribunal entendeu que, em princípio, a avaliação a respeito da observância desses requisitos foge à alçada judicial, sendo verdadeira questão política cuja apreciação cabe ao Congresso Nacional²⁷⁵.

4.8.2.2. A separação de poderes e a restrição à concessão de medidas liminares contra o Poder Público.

A restrição à concessão de medidas liminares contra o Poder Público é uma questão que pode ser abordada tanto dentro da temática da separação de poderes – pelo potencial de restrição à independência judicial para conceder liminares – quanto dentro do campo dos direitos fundamentais – pelo potencial de obstrução ao exercício de um direito até que ocorra o trânsito em julgado da ação para protegê-lo.

Esse assunto foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal em três momentos diferentes, em decorrência de três medidas provisórias, editadas por três Presidentes da República. Os questionamentos foram baseados, entre outros motivos, na desobediência ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Na primeira ocasião, o presidente Fernando Collor editou a Medida Provisória nº 173, que proibia a concessão de medidas liminares requeridas em mandados de segurança ou ações ordinárias ou cautelares ajuizadas contra atos praticados com base nas medidas provisórias editadas em 15 de março, inclusive aquela que bloqueou o acesso aos ativos fi-

legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADInMC nº 1.397, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 28.04.1997, medida liminar.

nanceiros. O Supremo Tribunal Federal decidiu²⁷⁶, por maioria de votos, que a vedação de concessão de liminares atingia o poder de cautela do juiz, isto é, o poder de garantir a eficácia da decisão futura que eventualmente viesse a ser proferida em favor do autor da ação. Portanto, o Poder Judiciário era mais atingido pela Medida Provisória nº 173 do que a parte no processo. Assim, conforme exposto no voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, cabia a cada magistrado de primeira instância, ao analisar o caso concreto, decidir se a citada medida provisória atingia seu poder de cautela, e por isso era, naquela situação, inconstitucional. Com essa deliberação, o Supremo Tribunal Federal transferiu a análise da questão para o controle de constitucionalidade difuso, evitando proferir uma decisão com efeitos *erga omnes*.

Na segunda ocasião, em razão de uma ação direta de inconstitucionalidade²⁷⁷ movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da Medida Provisória nº 375, editada pelo Presidente Itamar Franco, e suspendeu liminarmente a eficácia de diversos artigos da norma que dificultavam a concessão de liminares contra o Poder Público. Tal decisão teve efeitos gerais, permitindo que juízes de primeira instância concedessem livremente as liminares que a medida provisória pretendia evitar.

Na terceira ocasião, foi analisada a constitucionalidade da Medida Provisória nº 1.570, editada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97, e que restringia a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Naquela oportunidade, havendo diferentes posicionamentos de diferentes juízes e tribunais, o Procurador-Geral da República ajuizou ação declaratória de constitucionalidade²⁷⁸, tendo sido deferida liminar pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito *erga omnes*, no sentido de ser válida a citada lei. Na prática, significou que os juízes de primeira instância não podiam deixar de aplicar a lei, e tinham que se abster de conceder antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Da análise dessas três manifestações sobre a restrição à concessão de liminares contra o poder público, proferidas em um espaço de tempo relativamente curto (sete anos), e

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADInMC nº 223, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 05.04.1990.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADInMC nº 975, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 09.12.1993.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC nº 4-DF, julgada em 11 de fevereiro de 1998, sendo relator o Ministro Sidney Sanches.

com resultados bastante diferentes, é possível extrair algumas conclusões.

Primeiro, que as três medidas provisórias pretendiam impedir a concessão de liminares em questões de forte conteúdo econômico. Isto sinaliza um divórcio bastante frequente entre as concepções jurídica e econômica. Em outras palavras, para muitos pensadores do campo jurídico produzia-se um verdadeiro atentado contra o Poder Judiciário, por pretender-se a restrição ao poder de cautela do juiz, e também um atentado contra direito fundamental dos cidadãos, por exigir que, para que ocorresse a reparação judicial de um abuso praticado pelo poder público, o cidadão obtivesse o ganho de causa em última instância, ou seja, depois de vários anos de trâmite processual. Por outro lado, do ponto de vista econômico, as restrições à concessão de liminares se justificavam sob o argumento de que as decisões judiciais poderiam inviabilizar os resultados pretendidos pelos planos econômicos. Isso, em última análise, significaria prejudicar a população em geral para beneficiar apenas aqueles que, por melhores condições de acesso ao Poder Judiciário, pudessem escapar das regras aplicáveis a todos.

Em função da falta de sintonia entre o pensamento jurídico e o econômico, o Supremo Tribunal Federal viu-se diante de um dilema político: assegurar a proteção aos interesses individuais, pela remoção de restrições à concessão de liminares, ou favorecer a interpretação que, na visão do Poder Executivo (que editou as medidas provisórias) e do Poder Legislativo (que converteu uma delas em lei), protegia melhor a sociedade, por meio de planos econômicos supostamente benéficos para todos. Ou seja, coube ao Supremo Tribunal Federal, nesses casos, exercer a função política do Estado para determinar qual era o interesse público, em cada situação, e qual o melhor meio para se atingi-lo.

Uma segunda conclusão que merece ser referida diz respeito à disposição do Supremo Tribunal Federal para assumir o exercício dessa função política. Na primeira ocasião, em relação à medida provisória editada pelo presidente Collor em início do mandato e com alto grau de apoio popular, a corte não suspendeu a regra proibitiva de concessão de liminares contra o plano econômico; apenas remeteu a questão para os juízes de primeira instância, o que na prática significou preservar a regra. Na segunda ocasião, diante de uma medida provisória que apenas dificultava a concessão de liminares contra plano econômico, o Supremo Tribunal Federal não teve dúvidas em suspender a eficácia de diversos de seus artigos, com efeitos *erga omnes*. Era medida provisória editada por Itamar Franco, vice-presidente eleito com Collor e que herdou a presidência após o *impeachment* do titular. Portanto, presumivelmente desprovido de grande respaldo popular. Nesse caso a corte não sentiu qualquer constrangimento em dissentir do Poder Executivo, e fazer prevalecer a sua

própria visão sobre a concessão de medidas liminares contra plano econômico. Por fim, na terceira situação, ao analisar a constitucionalidade de uma medida provisória editada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso no terceiro de seus oito anos de governo, e ainda por cima já convertida em lei pelo Congresso Nacional, a corte optou por uma postura ativa no sentido de apoiar a medida provisória, inclusive por meio de decisão liminar proferida em ação declaratória de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes*.

Em resumo, o Supremo Tribunal Federal adotou sucessivamente um posicionamento de autocontenção, de ativismo contra o governo e de ativismo em favor do governo e do Congresso Nacional. Um fator relevante para a tomada dessas decisões, embora certamente não tenha sido o único, foi o grau de legitimidade popular de cada uma das medidas provisórias cuja constitucionalidade foi analisada.

Conclui-se, portanto, que temas econômicos cada vez mais se inserem no campo de exercício de função política pelo Supremo Tribunal Federal. Independentemente de qualquer juízo de valor sobre esse fato, pode-se afirmar que, a partir da Constituição de 1988, começa a ganhar força um processo de judicialização da economia.

E conclui-se também que a disposição do Supremo Tribunal Federal para exercer a função política varia em função do grau de respaldo popular que os demais Poderes possuem.

4.8.2.3. A separação de poderes e o mandado de injunção.

Outro tema importante, dentro da separação de poderes – embora possa ser enquadrado também no campo dos direitos fundamentais – é o do mandado de injunção. Introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988, o mandado de injunção tem por objetivo assegurar o exercício de direitos fundamentais para os quais falte norma regulamentadora – o que, aliás, confere à nova ação um caráter quase temporário e uma importância decrescente ao longo do tempo, já que se torna menos necessário à medida que os direitos constitucionais vão sendo regulamentados. A Assembléia Constituinte de 1987-1988, sabendo que a Constituição havia remetido, em diversos pontos, à edição de uma norma infraconstitucional regulamentadora, supôs que o Congresso Nacional, muito provavelmente, demoraria a tornar aplicáveis alguns dispositivos que consagravam direitos. Por isso, inseriu na Constituição um instrumento que pudesse suprir a mora do legislador ordinário.

Embora o objetivo inicial fosse tornar viável o exercício de um direito constitucio-

nal não auto-aplicável, e apesar da redação do dispositivo que criou o mandado de injunção ser suficientemente abrangente²⁷⁹, a interpretação dada em um primeiro momento pelo Supremo Tribunal Federal certamente frustrou as expectativas formadas em torno do novo instituto. O mesmo ocorreu em relação a outro instrumento criado para a mesma finalidade, porém com efeitos mais abrangentes: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Na aplicação do mandado de injunção, o Poder Judiciário – e especialmente o Supremo Tribunal Federal – tinha pelo menos quatro possibilidades de atuação: (1) proferir uma decisão meramente declaratória da mora do órgão encarregado de regulamentar o direito; (2) indicar um prazo para que a regulamentação fosse feita, sob pena de, persistindo a inércia, surgir para o impetrante um direito de ser indenizado; (3) proferir uma decisão que autorizasse o exercício do direito no caso concreto, sem estendê-la a casos análogos; ou, finalmente, (4) resolver o caso concreto com efeitos *erga omnes*.

Esperava-se que a Corte adotasse o terceiro ou o quarto posicionamento, que são os mais vigorosos, em termos de ativismo judicial, e os que permitiriam o imediato exercício do direito negado pela omissão de norma regulamentadora. Mas o Supremo Tribunal Federal adotou, de início, a primeira posição, e com o tempo passou a acolher ocasionalmente a segunda. Assumiu, assim, uma postura de prudente contenção. Enquanto a quarta posição significaria incorporar o papel de legislador, e a terceira quase isso – porque todas as pessoas que estivessem na mesma situação do primeiro impetrante vitorioso ingressariam também com suas respectivas ações – a primeira posição era praticamente inócua, e a segunda substituíria o exercício imediato do direito constitucional por uma mera indenização a ser obtida em ação própria.

Assim que foi chamado a julgar os primeiros mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal se decidiu pela primeira linha interpretativa²⁸⁰. Somente em um momento posterior – após a renovação parcial de sua composição, e diante da constatação de que a simples declaração da mora era absolutamente inócua – o Supremo adotou o posicionamento de declarar a mora, fixar prazo e, se apesar disso a norma regulamentadora não fosse editada, reconhecer ao impetrante a possibilidade de exercer o direito constitucional não

²⁷⁹ CF/88, art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

²⁸⁰ Conforme orientação inaugurada em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 107-DF, rel.

regulamentado, desde que o sujeito passivo fosse o Estado²⁸¹, pois do contrário cabia apenas reconhecer a mora do legislador²⁸².

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, entre proteger direitos individuais fundamentais previstos na Constituição, e preservar a separação e independência entre os ramos do Poder, preferiu desamparar direitos a assumir a função de legislar. Diante da ocasião que se apresentou, rejeitou o ativismo e abraçou decididamente a autocontenção.

4.8.2.4. O federalismo e a “guerra fiscal” entre Estados.

Em matéria de federalismo, pouco houve para decidir desde 1988. Quando muito, algumas decisões acerca da constitucionalidade de normas estaduais, muitas vezes relacionadas a temas pouco palpitantes, em termos de exercício de função política, como aqueles referentes à remuneração de servidor público.

Uma exceção talvez seja o tema da chamada “guerra fiscal” entre os Estados. Trata-se de uma disputa feita a partir das legislações estaduais que regem o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, e que tem por objetivo oferecer condições mais favoráveis de tributação a determinados setores produtivos, com o objetivo de atrair investimentos de empresas para o território dos Estados que concedem incentivos.

Embora em um primeiro momento a guerra fiscal possa produzir ganhos de arrecadação para o Estado que oferece melhores condições para empresas instaladas em seu território – pelo aumento da base de cálculo do tributo decorrente da abertura de novas empresas, o que mais que compensa a redução da alíquota média – no médio e longo prazo a concorrência estabelecida entre os Estados resulta na redução do imposto total arrecadado. Se para empresas e consumidores essa guerra fiscal tem efeitos positivos – por causa da redução daquilo que os economistas chamam de “peso morto” dos impostos –, para o caixa

Min. Moreira Alves, j. em 21.11.1990.

²⁸¹ Conforme, por exemplo, decisão proferida em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20.03.1991. No caso, o Supremo Tribunal Federal deferiu ao impetrante o direito de obter, pelas vias processuais adequadas, a indenização conferida pelo § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, se a lei exigida para regulamentação do dispositivo não estivesse em vigor no prazo de sessenta dias a contar do julgamento.

²⁸² Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal decidiu disputas a respeito da norma contida no art. 192, § 3º da Constituição, que em sua redação original determinava que os juros reais não podiam exceder a doze por cento ao ano. Como esse direito, pelos que tomassem empréstimo, tinha que ser exercido contra instituições financeiras privadas, o Supremo Tribunal Federal limitou-se a dar ciência da mora ao Congresso Nacional, para que este regulamentasse o citado artigo por lei complementar, como exigia o *caput* do art. 192 da Constituição (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 361, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 08.04.1994; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 342, rel. Min. Moreira Alves, j. em 08.04.1994).

dos Estados a guerra fiscal, levada às últimas conseqüências, tende a ser perniciosa.

Nesse campo, embora tenha produzido diversas decisões²⁸³, o Supremo Tribunal Federal ainda não conseguiu evitar completamente a disputa entre Estados pela atração de investimentos.

4.8.2.5. A proteção aos direitos fundamentais e o bloqueio de ativos financeiros.

No mesmo dia de sua posse como Presidente da República, 15 de março de 1990, Collor de Mello editou várias medidas provisórias que, no conjunto, constituíam um plano econômico de combate à hiperinflação. Dentre as medidas editadas, a de nº 168 determinou a indisponibilidade de ativos financeiros pertencentes a pessoa física ou jurídica que excedessem determinado montante.

Sob o prisma jurídico, a constitucionalidade da Medida Provisória nº 168 foi questionada por diversos fundamentos, tais como a impossibilidade de utilização de medida provisória para a finalidade pretendida e a violação do direito de propriedade das pessoas titulares dos ativos financeiros.

Por outro lado, de um prisma econômico a questão colocava-se de modo diametralmente oposto. O país encontrava-se assolado por uma hiperinflação que ultrapassara a taxa de oitenta e quatro por cento ao mês. A solução econômica proposta, baseada em uma concepção monetarista, passava por uma brutal redução da liquidez (retirada de moeda de circulação) com o objetivo de reduzir a escalada de preços, como decorrência da falta de disponibilidade monetária. Considerados os efeitos desastrosos da hiperinflação sobre a vida nacional – impossibilidade de controle das contas públicas, penalização da população mais carente, desprovida de mecanismos de proteção contra a desvalorização diária da moeda, custos decorrentes da indexação generalizada da economia – a proposta, apresentada pelo primeiro Presidente eleito diretamente pelos cidadãos desde 1960, no dia de sua posse, pareceu a muitos um mal menor. Seus efeitos econômicos positivos (queda da taxa de inflação) apareceram quase imediatamente, ao passo que os efeitos negativos (recessão) demoraram mais para ser percebidos pela população em geral.

Se de um ângulo jurídico a medida era contestável, e do prisma econômico parecia

²⁸³ Algumas das ações diretas de inconstitucionalidade propostas por Estados contra atos normativos de outros Estados foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. A maioria delas, contudo, teve apenas apreciação liminar, e ainda estão pendentes de decisão definitiva.

um mal menor diante da hiperinflação, do ponto de vista político o bloqueio dos ativos financeiros significava uma tacada ousada apoiada quase exclusivamente na popularidade do Presidente da República recém empossado, já que não houvera negociação prévia com as correntes políticas representadas no Congresso Nacional, nem discussão do alcance do plano econômico com a sociedade, sob a alegação de que a surpresa era fundamental para o sucesso do plano.

Nesse contexto, a questão que se colocava para o Supremo Tribunal Federal, relativa à constitucionalidade do plano econômico, possuía múltiplos aspectos. Qualquer solução permitiria diferentes leituras, conforme a ótica adotada fosse a jurídica, a econômica ou a política.

O Supremo Tribunal Federal optou por não suspender liminarmente a indisponibilidade dos ativos financeiros. O prazo previsto na medida provisória para duração do bloqueio era de dezoito meses. Somente depois disso, quando a decisão não era mais necessária, é que a questão foi julgada em definitivo, e a Corte concluiu pela perda de objeto. Na prática, o Supremo Tribunal Federal autorizou a indisponibilidade dos recursos.

É verdade que milhares de processos individuais foram ajuizados na Justiça Federal de primeira instância, e apesar das milhares de liminares concedidas para desbloqueio imediato dos recursos tornados indisponíveis, o efeito econômico dessas liberações foi ínfimo, porque apenas uma pequena parcela das pessoas com recursos bloqueados recorreu ao Poder Judiciário. Assim, o plano econômico foi preservado na sua essência, pois só uma deliberação de alcance geral, determinada pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade, poderia liberar recursos em quantidade suficiente para impedir a queda acentuada de liquidez na economia, que era a principal medida trazida pelo plano de estabilização de preços.

Independentemente do juízo de mérito que se faça a respeito da questão, o fato é que, naquele momento, coube principalmente ao Supremo Tribunal Federal *determinar, mediante a livre interpretação de normas constitucionais, o que é o interesse público e quais são os meios necessários à sua implementação*. Isto é, coube a ele exercer a função política do Estado. E, ao fazê-lo, a corte aderiu à diretriz posta pelo Poder Executivo, por medida provisória, e confirmada pelo Poder Legislativo, por meio da conversão da Medida Provisória nº 168 na Lei nº 8.024/90. Ao não conceder a medida liminar requerida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela permanência do plano de estabilização de preços, que só ruiu mais tarde, por suas próprias deficiências.

Trata-se de um caso paradigmático, que demonstra bem a importância crescente de um elemento que era menos notado antes da Constituição de 1988: o Supremo Tribunal Federal passa cada vez mais a considerar, além de aspectos estritamente jurídicos, e de aspectos políticos que desde sempre considerou, também as implicações macroeconômicas das decisões que cogita adotar. Embora as ponderações econômicas (e as políticas) jamais sejam apontadas nos acórdãos como a principal motivação para decidir, pois a primazia sempre cabe às razões jurídicas, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de órgão de soberania, passa cada vez mais a levar em consideração as consequências econômicas de suas decisões. Seu papel no exercício da função política do Estado (determinação do interesse público e dos meios para implementá-lo) ganha densidade à medida que o Tribunal passa a aceitar a responsabilidade que lhe cabe pela definição dos rumos econômicos que a nação brasileira deve seguir.

4.8.2.6. O controle do funcionamento das instituições democráticas.

A partir de uma denúncia publicada em uma revista de grande circulação, teve início um movimento político contrário à permanência no cargo do Presidente da República Fernando Collor. A Associação Brasileira de Imprensa e a Ordem dos Advogados do Brasil apresentaram uma representação à Câmara dos Deputados solicitando abertura de processo para apuração de crime de responsabilidade, nos termos do disposto na Constituição Federal.²⁸⁴

Pelo procedimento indicado na Constituição, a representação deve ser endereçada à Câmara dos Deputados, que pode admitir ou não a denúncia. Se admitido, o processo será encaminhado ao Senado Federal, para recebimento ou rejeição da denúncia oferecida. Recebida a denúncia, abre-se prazo para defesa do acusado e, em seguida, é feito o julgamen-

²⁸⁴ CF/88: “Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. § 1º - O Presidente ficará suspenso de suas funções: I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal. § 2º - Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo. § 3º - Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão. § 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.”

to. O processo é todo ele desenvolvido perante o Senado Federal, mas presidido, neste trabalho, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Acontece que a lei regulamentadora do processo de crime de responsabilidade data de 1950²⁸⁵. Feita sob a Constituição de 1946, o rito processual nela previsto é parcialmente incompatível com a Constituição de 1988.

Além disso, a EC nº 4/61 à Constituição de 1946, que instituiu o parlamentarismo, revogou os dispositivos da Constituição que eram regulamentados pela Lei nº 1.079/50. Assim, essa lei também foi considerada revogada. Em 1963, após o plebiscito que optou pelo retorno ao presidencialismo, foi aprovada a EC nº 6/63, que reprimou o texto da Constituição que havia sido revogado em 1961. Não houve, na época, qualquer referência à repristinação da Lei nº 1.079/50.

Quando a representação contra o Presidente Fernando Collor foi apresentada, o Presidente da Câmara dos Deputados estabeleceu regras para a tramitação do processo por crime de responsabilidade. Mesclou normas da Lei nº 1.079 compatíveis com a Constituição de 1988 com normas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, para com isso suprir a ausência de regras ou inadequação das existentes ao texto constitucional vigente.

Inconformado, o Presidente da República impetrou mandado de segurança²⁸⁶ perante o Supremo Tribunal Federal para que o processo de apuração de crime de responsabilidade fosse interrompido, em razão da inexistência de norma regulamentadora do artigo 86 da Constituição de 1988, bem como por estar sendo negado ao acusado o direito à ampla defesa.

O Supremo Tribunal Federal concedeu em parte a liminar para ampliar o prazo de defesa do Presidente da República. Quanto aos demais elementos, o Supremo confirmou a possibilidade de aplicação das regras da Lei nº 1.079/50, na parte compatível com a Constituição de 1988, e do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal tornou viável o prosseguimento do processo de *impeachment* e, ao mesmo tempo, procurou assegurar o direito de defesa do acusado. Na prática, alinhou-se ao anseio da maioria da população e do Poder Legislativo federal, sem permitir que o processo político desprezasse as necessárias formalidades jurídicas.

²⁸⁵ Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 21.564-DF, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em

CAPÍTULO 5 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA FUNÇÃO POLÍTICA

5.1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ÓRGÃO DE SOBERANIA.

Nos primeiros anos de funcionamento, em que os Ministros permaneciam pouco tempo no cargo, o Supremo Tribunal Federal procurou, antes de tudo, afirmar-se como poder independente do Executivo. Enfrentou questões delicadas, nos tumultuados primeiros anos de República. Quando comungou das teses sustentadas pelos demais Poderes, o fez pela convicção de não lhe caber o papel de decidir a respeito de questões políticas. Quando enfrentou as violações da legalidade perpetradas pelo Marechal Floriano, suportou com galhardia a retaliação, que culminou com a paralisação do Tribunal, por falta de nomeação de juízes para nele exercerem a suprema magistratura nacional.

Ainda assim, os enfrentamentos ficaram restritos à afirmação de sua competência. Quanto à visão de mundo, em relação a aspectos sociais, políticos ou econômicos, não houve diferença de concepção entre o Supremo Tribunal Federal e os demais Poderes. Quando da Proclamação da República, não houve qualquer ação da Corte no sentido de fomentar a restauração da monarquia, muito embora vários dos primeiros integrantes do Supremo Tribunal Federal fossem monarquistas convictos e o Pleno tenha chegado a elaborar uma nota de pesar pelo falecimento de Pedro II no exílio.

Superada a fase de transição, correspondente aos mandatos presidenciais de Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, o Supremo Tribunal Federal voltou à normalidade durante o exercício da Presidência da República por civis comprometidos com a causa republicana, como foram Prudente de Moraes e Campos Salles. Neste período, não houve enfrentamentos entre o STF e os demais poderes, e ainda que uma ou outra manifestação de insa-

tisfação quanto ao resultado de julgamentos tenha sido feita, as decisões do Tribunal foram cumpridas. Neste momento de sua história o Supremo Tribunal Federal assumiu de modo cada vez mais efetivo o papel de árbitro do federalismo, ao intermediar, com perfeita compreensão de seu papel político, os conflitos entre União e Estados, ou destes entre si.

Durante o mandato presidencial do Marechal Hermes da Fonseca (1910-1914), o Supremo Tribunal Federal voltou a ser afrontado pela desobediência a suas decisões, mas este foi o período em que seus quadros se tornaram mais estáveis, permitindo a construção de uma jurisprudência mais sólida. Na década iniciada em 1910 estiveram no Supremo Tribunal Federal alguns de seus ministros mais capazes. A partir do cenário adverso consolidou-se a ampliação do *habeas corpus* para proteger outros direitos, além da liberdade de locomoção estritamente considerada. Foi um período em que, claramente, os aspectos processuais e formais cederam diante das exigências do direito material. E a Constituição, a despeito de ser sintética e de ensejar múltiplas interpretações, alcançou a concretização graças, também, à atuação do Supremo Tribunal Federal. Dentro do movimento pendular que tantas vezes caracteriza a história das instituições, o Supremo, após o início tímido, conheceu trinta anos de esplendor (1897-1926), quando assumiu em toda a plenitude os poderes que a Constituição de 1891 lhe conferiu, bem como alguns poderes implícitos. Teve um papel ativo durante a República Velha, estendendo suas manifestações aos principais temas político-constitucionais (separação de poderes, federalismo, direitos fundamentais, controle das instituições democráticas). Não obstante, houve situações, como a declaração de inconstitucionalidade da cobrança de impostos dos magistrados, em que o Supremo Tribunal Federal esteve na contramão dos anseios populares, procurando conservar privilégio odioso – sendo natural que chegasse ao resultado que sempre ocorre nestas situações, que é a derrota da tese dos magistrados, prevalecendo a tese com ressonância social. Mas, no geral, saiu-se bem.

A ousadia jurisprudencial, contudo, custou-lhe caro, pois na fase seguinte teve seus poderes restringidos por EC de 1926 e mais ainda pela Revolução de 1930. O Supremo Tribunal Federal recobrou a plenitude de seus poderes somente após o término da ditadura de Vargas, em 1945. A partir daí o perfil da Corte mostrou-se francamente contrário à ideologia comunista, no que, aliás, fazia eco ao pensamento de boa parte do eleitorado que escolheu o Marechal Dutra para a Presidência da República, em 1946. O Supremo Tribunal Federal esteve ideologicamente alinhado com a orientação política assumida pelos Poderes Executivo e Legislativo. Foi o que ocorreu, por exemplo, nos episódios relativos ao registro da Aliança Libertadora Nacional e à prisão de Olga Benário, na década de 1930, e no

caso relativo ao registro do Partido Comunista, logo após o fim do Estado Novo. Mas tudo indica que esse alinhamento resultou muito mais de uma verdadeira sintonia entre Ministros da Corte e Presidentes da República do que de qualquer temor ou subserviência.

Logo após a promulgação das constituições estaduais que se seguiram à Constituição Federal de 1946, a Corte exerceu função política por ocasião do julgamento de questões federativas. Realizou um papel centralizador, que outorgou amplos poderes à União, de modo mais compatível com o centralismo do Estado Novo do que com a nova ordem constitucional. Em 1954 o desenho federativo voltou à pauta, e foi debatida a autonomia dos Municípios em relação aos Estados. A Corte voltou a se mostrar favorável à esfera mais ampla (os Estados), em detrimento da autonomia da esfera local (os Municípios). Em síntese, o Supremo atuou com um viés centralizador quando foi chamado a decidir questões federativas.

Durante o regime militar, o Supremo Tribunal Federal não quis que *sua* política substituísse aquela colocada pelo Poderes Executivo, com o apoio do Legislativo. Não julgou *contra* a Constituição ou contra os atos institucionais. Mas tampouco permitiu que os governantes agissem além das atribuições conferidas por seus próprios diplomas legais. Defendeu a legalidade, independentemente de qual fosse o conteúdo das leis. Concedeu *habeas corpus* e invalidou atos do regime, muitas vezes constando, dos votos de alguns Ministros, manifestações políticas favoráveis aos ideais desse mesmo regime. Foi como se a Corte dissesse: “concordo com o conteúdo, mas a forma há que ser juridicamente válida.”

A partir de 1969, com a retirada de competência do Poder Judiciário para apreciar certos atos, e a renovação da composição do Supremo Tribunal Federal, os conflitos entre as decisões da Corte e aquelas do regime militar finalmente desapareceram.

Com o término do regime militar, e a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal assumiu, em um primeiro momento, um papel conservador. Foi criticado por ter dificultado a implementação de novos direitos previstos na Constituição, como o mandado de injunção, e por não ter declarado a inconstitucionalidade de algumas medidas provisórias editadas no início do governo Collor.

Mas durante os acontecimentos que levaram ao *impeachment* deste Presidente, o Supremo Tribunal Federal foi fundamental para viabilizar o encaminhamento das decisões conforme o desejo da maioria dos integrantes do Poder Legislativo federal e da maior parte da população, favorável ao afastamento do Presidente da República, mas de modo a preservar o caráter jurídico do processo. Com isso, contribuiu para evitar qualquer ameaça de ruptura da ordem constitucional.

Qual foi, em síntese, o resultado do exercício de função política pelo Supremo Tribunal Federal, desde sua instalação, em 1891, até os dias atuais? Cabe abordar separadamente cada um dos grandes campos nos quais exerceu seu papel de auxiliar os demais órgãos de soberania na definição do interesse público e dos meios para atingi-lo.

5.1.1. Separação de poderes.

No campo da separação de poderes, pode-se afirmar que o Supremo sempre lutou pela preservação de sua competência para dar a palavra final a respeito da interpretação da Constituição, ainda que essa orientação pudesse resultar em influência sobre os demais ramos do Poder. Claro que sua luta nem sempre foi vitoriosa. Houve casos de retaliação (Florianópolis), descumprimento de suas decisões (Hermes da Fonseca), subtração de sua competência (EC de 1926, AI-2), alteração no número de integrantes da Corte (AI-2 e outros), afastamento de seus Ministros (por Getúlio Vargas, em 1931, e pelo regime militar, em 1969).

Outra característica recorrente, nesse campo, é a autocontenção. Apesar de sempre reafirmar sua competência para controlar os atos dos demais poderes que descumprissem a Constituição, o Supremo Tribunal Federal quase sempre procurou decidir de forma sintonizada com a orientação traçada no âmbito do Legislativo e do Executivo. A posição do Supremo sempre foi pautada mais pelo respeito do que pelo desafio. Sempre fugiu da tentação de tornar-se uma trincheira contra as inovações trazidas pelos demais poderes à vida política nacional. O Supremo, a bem da verdade, é o mais conservador dos órgãos de soberania, o que é natural já que capta de forma mais lenta as aspirações sociais pela mudança. Enxerga seu próprio papel como sendo o de garantir a segurança das decisões. Costuma deixar as novidades ousadas para os Poderes escolhidos diretamente pelo eleitorado. Por isso adota, frequentemente, uma postura respeitosa.

5.1.2. Federalismo.

No campo do federalismo, ao contrário da separação de poderes, a oscilação na orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é bem menor. A Corte sempre decidiu de forma a preservar a preponderância da União. A simetria das instituições é vista como um valor. Normalmente, dá-se pouca ênfase ao fato de, no Brasil, a despeito de seu enorme território, as instituições políticas e jurídicas serem bastante parecidas. A população brasileira não tem presente, no seu dia a dia, o fato de viver em um território de dimen-

sões continentais. É como se cada brasileiro inconscientemente supusesse que todas as Nações do mundo são semelhantes, e todas tem um espaço incalculável para ocupar. Mal se compreende como pode ser a vida de um povo confinado a um território exíguo. Para o brasileiro médio, nada mais natural do que um território nacional muito extenso, mas regido segundo regras e por instituições idênticas. Mas a realidade, em diversos Estados europeus, africanos e asiáticos, é bem outra. Os territórios, em geral, nem são tão extensos, mas em muitos lugares devem coexistir da melhor maneira possível populações que têm um modo de vida bastante diferente umas das outras.

A uniformidade de instituições e regras é uma grande vantagem comparativa do Brasil em relação aos demais países, que facilita sobremaneira as relações entre os brasileiros que compartilham o imenso território nacional.

Porém, dá-se muito crédito ao Império brasileiro, quando optou pela adoção de um Estado unitário após a independência de Portugal. Cita-se, com frequência, que a opção pela monarquia constitucional foi decisiva para a manutenção da unidade territorial brasileira, em um momento histórico em que a América espanhola fragmentou-se em dezenas de Estados independentes. Setenta anos após a Independência, quando a República e o Federalismo foram introduzidos no Brasil, ainda havia movimentos de cunho separatista em andamento. Mas ao longo da vida republicana essas concepções – desde sempre minoritárias – foram adquirindo um apelo cada vez mais débil. Pouco crédito é dado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando se analisa a uniformidade das instituições brasileiras. Pouco se reconhece de sua contribuição para a construção da grande vantagem comparativa. Um brasileiro pode transitar livremente por todo o território nacional, e ainda que venha a fixar sua residência a milhares de quilômetros de distância de sua cidade natal, está sujeito às mesmas regras e interage com as mesmas instituições políticas e jurídicas.

Nos momentos em que houve tentativa de acentuar a autonomia dos Estados, e com isso acentuar as diferenças entre os modos de vida de suas populações, o Supremo Tribunal Federal decidiu de modo a atenuar as diferenças, refrear os ânimos, assegurar a homogeneidade que une os brasileiros, a despeito de sua variadíssima ascendência étnica e cultural. A jurisprudência centralizadora do Supremo Tribunal Federal, se por um lado ofuscou a autonomia dos Estados, por outro lado contribuiu para a uniformidade de instituições que auxilia a construção de uma visão de mundo uniforme em todo o território nacional. Isso facilitou a assimilação cultural e a integração de grandes contingentes populacionais de origem estrangeira, que se diluiu em um Brasil único e permanentemente homogeneizado, também pelo esforço da Corte.

5.1.3. Direitos fundamentais.

Quanto aos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, deu contribuição fundamental para a definição do interesse público e dos meios necessários para implementá-lo. Logo nos primeiros anos de atuação o Tribunal concedeu *habeas corpus* para remediar prisões ilegais, embora tenha deixado de amparar prisões ocorridas em momentos politicamente conturbados, com decretação do estado de sítio. Em seguida, a partir de uma decisão de 1909, o Supremo promoveu sucessivas ampliações do instituto do *habeas corpus*, estendendo a proteção célere a lesões e ameaças a direitos que não encontravam instrumento processual adequado para sua proteção.

Ficaram, porém, algumas máculas na atuação da Corte. Destacam-se negativamente o caso de Maria Prestes ou Olga Benário, ocorrido na década de 1930, e a interpretação restritiva de alguns direitos concedidos pela Constituição de 1988.

5.1.4. Funcionamento das instituições democráticas.

Por fim, no que se refere ao funcionamento das instituições democráticas, o papel do Poder Judiciário foi pequeno até a criação da Justiça Eleitoral, na década de 1930. Antes disso, o papel de zelar pelo bom funcionamento das instituições democráticas ficava, principalmente nas mãos do Poder Legislativo, por meio do instituto da verificação de poderes.

A participação mais importante do Supremo Tribunal Federal no exercício de função política, naquilo que diz respeito ao funcionamento das instituições democráticas, ocorreu em dois momentos: logo após o Estado Novo, quando contribuiu de forma decisiva para a cassação dos direitos políticos do Partido Comunista e do mandato de seus parlamentares, e durante o processo de *impeachment* do Presidente Fernando Collor.

Por outro lado, durante o Estado Novo (1937-1945), e durante o regime militar iniciado em 1964 e terminado em 1985, houve pouco espaço para o exercício de função política pelo Supremo Tribunal Federal, seja por conta do autoritarismo reinante, seja pela supressão da competência para tratar do tema.

Cabe lembrar, por fim, que o Supremo Tribunal manteve, de um modo geral, uma postura de autocontenção diante das matérias *interna corporis* do Poder Legislativo. Não havendo desrespeito à Constituição, nem a direitos individuais, a Corte reiteradamente dei-

xou de examinar as questões que lhe foram submetidas relativas à tramitação de projetos de lei, interpretação de regimentos internos e outras correlatas.

5.2. LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA EXERCER FUNÇÃO POLÍTICA.

Dentre os argumentos apontados no capítulo 3, que demonstraram que os tribunais constitucionais têm legitimidade para exercer função política, convém demonstrar que todos eles são aplicáveis ao órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

De fato, o Supremo Tribunal Federal encontra seu fundamento maior na Constituição Federal, cuja legitimidade se presume. É a própria Constituição que estabelece o Supremo Tribunal Federal como um dos órgãos do Poder Judiciário, nos termos do que dispõe seu art. 92, inciso I. Trata-se, portanto, de uma legitimidade decorrente do fato do Tribunal ter sido criado pelo Poder Constituinte originário.

Além disso, o exercício de função política pelo Supremo Tribunal Federal dá cumprimento ao princípio da separação de poderes, pois a Corte, ao determinar o alcance de regras constitucionais a respeito da organização dos poderes e das competências de cada um, contribui para que o arranjo institucional seja aquele buscado pelo constituinte.

O Supremo Tribunal Federal também adquire legitimidade pelo fato de ser vocacionado à defesa das minorias, que é tão importante para a democracia quanto o respeito ao princípio majoritário. Pelo fato de ser integrante do Poder Judiciário, o Supremo é o órgão de soberania que mais valoriza a igualdade no tratamento das partes interessadas em suas decisões. E isso mesmo se uma delas tem pouca possibilidade de ser ouvida pelos demais Poderes. E o fato de serem conferidas garantias à magistratura e aos magistrados – inclusive os do Supremo Tribunal Federal – assegura que eles tenham isenção para decidir pela preservação de direitos da minoria, ainda que tal decisão seja extremamente impopular.

Também o fato das decisões do Supremo Tribunal Federal serem públicas e motivadas contribui para que a Corte tenha legitimidade junto aos cidadãos. Os representantes do povo eleitos pelo voto direto – talvez justamente por causa desse modo de escolha – não são necessariamente obrigados a prestar contas pública e motivadamente de alguns de seus atos, ao contrário do que ocorre com as decisões judiciais. E além de públicas e motivadas, as decisões do Supremo Tribunal Federal resultam de um processo deliberativo que facilita a renovação da jurisprudência e sua permanente sintonia com os anseios sociais – pois os Ministros chegados a menos tempo no Tribunal votam primeiro, antes de saberem o posi-

cionamento dos mais antigos, que são os que presumivelmente são menos abertos a mudanças na orientação jurisprudencial.

Outro fator da maior relevância para assegurar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para exercer função política é o modo de escolha de seus integrantes. A Constituição determina que eles devem ser nomeados pelo Presidente da República, depois de seu nome ter sido aprovado pelo Senado Federal. Deste modo, embora os Ministros não sejam eleitos pelo voto popular, indiretamente sua escolha é feita pelo povo, por meio de seus representantes eleitos.

Em função dessa participação dos representantes eleitos, o perfil dos nomeados para o Supremo Tribunal Federal tende a reproduzir, embora de forma simplificada e imperfeita, o perfil do eleitorado. A longo de sua história a Corte tem recebido cidadãos de diferentes origens, e com diferentes experiências profissionais anteriores ao ingresso no Supremo Tribunal. E mais recentemente a presença feminina das Ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia tem contribuído para tornar a composição ainda mais representativa.

A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para exercer função política decorre ainda do baixo potencial do Poder Judiciário para lesar direitos. Primeiro, porque suas decisões só podem ser proferidas a pedido de um interessado. O Supremo não decide controvérsias ou participa da definição do interesse público *ex officio*. Além disso, sua missão institucional é defender a ordem constitucional, o que faz com que seja considerado, dentre os órgãos de cúpula, o menos capaz de lesar direitos.

Outro aspecto relevante é a neutralidade do Supremo Tribunal Federal decorrente da vitaliciedade de seus membros. Não sendo obrigados a disputar eleições, eles se tornam os árbitros ideais para resolver as disputas políticas entre os demais órgãos de soberania, ou entre órgãos executivos ou legislativos de Estados e Municípios.

Também a tradição republicana contribui para que o Supremo Tribunal Federal tenha legitimidade para exercer função política. Previsto na Constituição de 1891, e instalado naquele mesmo ano, desde então o Supremo tem contribuído para a conformação do interesse público e para a definição dos meios para alcançá-lo. Eventuais erros cometidos são relevados, diante de uma história secular de boas decisões. E críticas esporádicas são dirigidas a um ou outro acórdão, um ou outro Ministro. A instituição é preservada.

Mencione-se ainda que a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para participar da definição do interesse público e da escolha dos meios para atingi-lo vem também do plano internacional. No concerto das nações, a existência de um tribunal constitucional para assegurar o respeito aos direitos humanos e o bom funcionamento das instituições de-

mocráticas permite que o Brasil assuma posição de destaque e liderança, o que, em contrapartida, faz com que a Corte seja dotada de maior legitimidade no plano interno.

Por fim, cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para exercer função política porque seus Ministros podem ser afastados do cargo, por processo de *impeachment*, julgado pelo Senado Federal, caso pratiquem crime de responsabilidade. Isso assegura que, embora amparados pela vitaliciedade, não estejam acima da Constituição e das leis.

5.3. LIMITES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLÍTICA.

Para concluir este capítulo, resta apontar que o Supremo Tribunal Federal, embora tendo desempenhado função política ao longo de toda a sua história, e embora seja dotado de ampla legitimidade para fazê-lo, não está imune ao cumprimento das limitações implícitas ou explícitas trazidas pela Constituição.

Pelo que se viu, não cabe indagar se o Supremo Tribunal Federal exerce função política. Este exercício é da sua essência, faz parte de sua natureza, é indissociável de seu trabalho. É o que lembra SEABRA FAGUNDES:

“Quando se diz que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, fala-se o que é óbvio. Porque funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do Poder Público. (...) o exercício da função política não se dá na rotina de suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade de leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares, como os que dizem com a significação do regime federativo, com a independência e harmonia dos poderes do Estado, com a definição e a proteção dos direitos individuais (ou, em expressão mais abrangente, dos direitos públicos subjetivos do indivíduo), com as conceituações da segurança nacional e da ordem econômica etc. Ao manifestar-se, em qualquer dessas matérias, como árbitro do que é a Constituição, o seu de-

sempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declararem que é.”²⁸⁷

Por isto, não faz sentido discutir se o Supremo Tribunal Federal deve exercer função política. Seria o mesmo que discutir se um ser humano deve respirar ou se deve se alimentar. A verdadeira questão é saber qual é o alcance ideal das atribuições da Corte neste campo. Porque um tribunal que pretendesse assumir o protagonismo da vida política seria tão nocivo quanto um que obstinadamente se omitisse.

Mas estabelecer a justa proporção é obra eternamente inacabada. A abrangência da atuação política do Supremo Tribunal Federal não é um dado pré-estabelecido, não pode ser delimitada por palavras da Constituição, não pode ser extraída de exemplos colhidos em outras épocas, ou na experiência política de outros povos.

Exercer função política é, em cada momento, determinar, mediante a livre interpretação de normas constitucionais, o que é o interesse público, e quais são os meios necessários à sua implementação.

E exercer função política com perfeição é um desafio permanente para o Supremo Tribunal Federal, cujo sucesso é medido pelo grau de sintonia entre sua atuação e as expectativas da sociedade brasileira em relação ao seu mais alto tribunal.

Nos primeiros anos, vigorou entre os Ministros da Corte, por seu extremado apego ao Direito Constitucional norte-americano, uma resistência em relação à deliberação quanto às chamadas “questões políticas”.

A autocontenção da Corte diante das questões políticas foi cedendo espaço, pouco a pouco, à orientação no sentido de ser analisada qualquer questão, desde que houvesse lesão – real ou alegada – a direito de indivíduo ou grupo.

Mas essa limitação, que era implícita e apenas reconhecida pela Corte, foi posteriormente incluída nas disposições constitucionais. Tanto a Constituição de 1934 quanto a de 1937 incluíram em seus textos a expressa vedação de conhecimento das questões meramente ou exclusivamente políticas.

Mudou a competência do Supremo Tribunal Federal?

Na verdade, não. Porque tanto antes quanto durante a vigência das regras, cabia ao próprio Supremo decidir quais questões eram políticas – meramente políticas, exclusiva-

²⁸⁷ FAGUNDES, *As funções políticas do Supremo Tribunal Federal*, p. 50.

mente políticas. De modo que, tanto antes quanto durante a vigência da limitação constitucional, cabia ao Supremo Tribunal Federal decidir as questões que entendesse estarem inseridas em suas atribuições.

O desafio, a rigor, nunca foi o de poder ou não decidir. Às vezes foi o de conseguir ou não que suas decisões tivessem eficácia.

Se no início a Corte invocava com frequência a doutrina das questões políticas, a partir da década de 1950 mencionou-a amiúde, mas quase sempre para afastar completamente sua aplicação.

Outro limite estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função política é a doutrina dos atos *interna corporis*, sobretudo do Congresso Nacional. Trata-se de limitação que o Tribunal se impôs com fundamento na separação de poderes. Assim, discussão baseada em dispositivo do Regimento Interno do Congresso, ou de uma de suas Casas, não é suscetível de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. É o que se vê, por exemplo, na ementa do seguinte mandado de segurança²⁸⁸:

“Preliminar: impetração não conhecida, quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário: conhecimento quanto ao fundamento constitucional.”

Esse julgado também levanta outro ponto importante: não é toda e qualquer matéria dessa natureza que se considera *interna corporis*. Não há restrição para o julgamento de matéria interna do Poder Legislativo se houver ofensa à Constituição. Nesse caso, prevalece a competência do Supremo Tribunal Federal para exercer o papel de guarda da autoridade do texto constitucional, ainda que o exercício gere interferência em assunto interno de outro Poder. De modo que atos internos de outros Poderes não são infensos ao controle jurisdicional; há, apenas, um controle mais tênue, que só se exerce em casos extremos tais como os de desrespeito à Constituição.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.503-3-DF, rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, j. em 08.05.1996.

Outro ponto relevante sobre matéria *interna corporis* foi levantado em outro mandado de segurança, decidido no mesmo sentido do precedente acima citado. Porém, nesse segundo julgamento houve voto vencido do Ministro Celso de Mello, do qual constou uma observação importante, e em sintonia com jurisprudência mais antiga do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da ressalva de que atos internos do Poder Legislativo podem ser apreciados pelo Supremo caso haja lesão ou ameaça a direito individual²⁸⁹. Essa orientação, embora tradicional em nosso direito, chegou a ser abandonada em algumas decisões.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.494-1-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 19.12.1996, voto vencido do Min. Celso de Mello.

CONCLUSÃO

O tema das funções do Estado é bastante antigo, remontando à obra de pensadores da Antiguidade, como ARISTÓTELES, POLÍBIO e CÍCERO. No século XVII a questão das funções do Estado foi abordada por LOCKE. Posteriormente, chegou a seu desenho mais conhecido na obra de MONTESQUIEU, de meados do século XVIII. Contudo, a tripartição do poder nos ramos Legislativo, Executivo e Judiciário jamais foi aplicada nos exatos termos em que foi formulada. A primeira aplicação prática dessa doutrina se deu na Constituição norte-americana de 1787. E nela já foram inseridas modificações significativas da doutrina de Montesquieu para adaptá-la à realidade dos Estados Unidos, como a substituição do monarca pelo Presidente da República.

Ao longo do século XX, diversos pensadores se debruçaram sobre o tema das funções estatais, apresentando novas abordagens do tema em razão das novas realidades políticas e constitucionais vivenciadas desde a elaboração do texto de Montesquieu.

Passando ao largo da controvérsia sobre qual vem a ser a formulação da doutrina da separação de poderes que melhor reflete os arranjos político-institucionais atuais, pode-se afirmar com segurança que existe uma função do Estado – denominada função política – que consiste basicamente em optar para preservar a existência do Estado, no plano externo, bem como promover o bem comum, no plano interno, através da definição do interesse público e dos meios para atingi-lo, mediante a concretização das disposições fundamentais da Constituição.

A função política é exercida não apenas pelos órgãos imediatamente representativos da vontade popular, como Congresso Nacional, Parlamento e Presidência da República, mas também pelas cortes constitucionais. De um modo geral, os órgãos de soberania encarregados do exercício de função política são instituídos pela Constituição, que também define sua competência. Também são indicados na Constituição os procedimentos por meio dos quais ocorre o exercício da função política. Quanto ao seu conteúdo, a função política é exercida em relação a temas fundamentais para a preservação do Estado e a promoção do bem comum. Seu desempenho deve se dar em campo delimitado pela Constituição, mas normalmente não é sujeito a prazos.

No caso da função política exercida por tribunais constitucionais – seja por aqueles

inseridos na estrutura do Poder Judiciário, como seu órgão de cúpula, seja por aqueles colocados estruturalmente fora do Poder Judiciário, como órgão de soberania autônomo – normalmente a atuação depende de provocação pelos interessados, e as decisões precisam ser públicas e motivadas.

O exercício da função política, pelos tribunais constitucionais, está especialmente concentrado em alguns temas de grande relevância para a conformação das instituições políticas e jurídicas da sociedade. Assim, essa função é exercida, sobretudo, em relação à separação de poderes, ao federalismo, aos direitos fundamentais e ao funcionamento das instituições democráticas.

Embora os integrantes dos tribunais constitucionais não sejam eleitos, o exercício da função política não implica violação ao princípio democrático. De fato, a legitimidade decorre de outras características dos tribunais constitucionais, como seu modo de decidir, o modo de escolha de seus integrantes e o perfil dos escolhidos.

Ainda que tenham legitimidade para exercer função política, os tribunais constitucionais devem respeitar limites no exercício dessa competência. De um lado, limites que eles mesmos se impõem, como, por exemplo, a não deliberação a respeito de questões consideradas meramente políticas e a auto-contenção diante de questões decididas por outros órgãos com intensa participação da sociedade na questão debatida. De outro lado, limites que são impostos ao tribunal constitucional por outros órgãos e instituições, como é o caso daqueles limites decorrentes da visão de mundo predominante na sociedade, de normas constitucionais cujo conteúdo é incompatível com o exercício de função política e de matérias que a Constituição expressamente exclui da competência do tribunal constitucional.

No Brasil, desde a proclamação da República, o órgão encarregado de desempenhar o papel de tribunal constitucional é o Supremo Tribunal Federal.

A análise da jurisprudência centenária do Supremo Tribunal Federal demonstra que ele sempre exerceu função política. Ao lado dos demais órgãos de soberania, contribuiu para a preservação da sociedade política e para a promoção do bem comum. Colaborou para definir, em cada situação, o que é o interesse público, bem como para determinar quais são os meios necessários para sua implementação.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permitiu identificar sete fases na sua atuação. Uma fase inicial, abrangendo os primeiros anos do Tribunal, desde sua instalação, que foi marcada pela procura de seu espaço no arranjo institucional brasileiro. Em seguida, uma fase de ampliação de seu papel institucional, que se estendeu aproximadamente de 1897 a 1926, durante a qual o Supremo interpretou ampliativamente o insti-

tuto do *habeas corpus* para suprir a falta de norma processual, em período marcado por grande ativismo. A partir de Emenda Constitucional de 1926 à Constituição de 1891, o Tribunal passou a viver uma fase de contenção de sua função política, que se estendeu por todo o período do primeiro governo Vargas, até 1945. Durante esta fase, sobretudo entre 1930 e 1931, a Corte viveu o período em que sofreu os maiores atentados à sua independência. A quarta fase do Supremo Tribunal Federal, quanto ao exercício de função política, se estendeu do final do Estado Novo até o início do regime militar de 1964, e foi marcada pela sintonia entre as decisões da Corte e dos demais órgãos de soberania. A partir de 1964, pelo contrário, teve início uma nova fase de enfrentamento, sendo marcada pela resistência do Supremo Tribunal Federal contra algumas decisões do regime militar. Esta fase terminou com a edição do AI-5, em dezembro de 1968, porque daí por diante a Corte sofreu uma intervenção, com o afastamento de alguns ministros e, em seguida, o esvaziamento de sua competência. Por fim, o Supremo Tribunal Federal vem experimentando a sétima fase no exercício de sua função política, a partir da restauração (e ampliação) de sua competência, que ocorreu desde a promulgação da Constituição de 1988.

Vista no seu conjunto, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também revelou que a Corte alternou períodos em que foi um empecilho para propósitos autoritários de governantes, e períodos em que agiu de forma sintonizada com os poderes eleitos. Na maior parte do tempo, assumiu a parte que lhe coube no exercício da função política, embora possa até ser acusada de omissão em alguns momentos importantes da história brasileira, e certamente tenha sido impotente para preservar o Direito em outros.

Nos períodos de autoritarismo, durante o primeiro governo Vargas e durante o regime militar iniciado em 1964, houve uma grande pressão sobre o Supremo Tribunal Federal. Em ambos os casos, a Corte resistiu o quanto pôde. Já nos períodos de pujança democrática, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a legitimidade dos representantes eleitos para definir o interesse público e para selecionar os meios adequados para sua implementação, portou-se, em geral, de modo contido, no que se refere ao exercício de função política. Deste modo, foi conservador em períodos de mudanças levadas a efeito por um grupo dominante, mas em geral aceitou as deliberações dos demais órgãos de soberania nos períodos de mudanças marcadamente democráticas.

O exame da função política exercida pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da história republicana demonstra que sua atuação não constitui exceção ou aberração. Faz parte das atribuições da Corte a tarefa de contribuir, ao lado dos demais órgãos de soberania, para definição do interesse público e a escolha dos meios para implementá-lo.

O Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para exercer a função política, legitimidade essa que deriva de diferentes aspectos de sua conformação institucional, como o fato de ser instituído pela Constituição, o modo de escolha de seus membros, a maneira pela qual a Corte delibera.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter legitimidade para exercer função política, está sujeito à Constituição e aos mecanismos de contenção do poder que ela contém. O Supremo observa limites no desempenho de sua atividade, como demonstra, por exemplo, a sua auto-contenção diante de determinadas questões políticas ou atos *interna corporis*.

O Supremo Tribunal Federal, o mais discreto e o menos estudado dos órgãos de cúpula dos Poderes da República, nem por isso foi pouco importante para a vida nacional. Discreto, como soem ser os magistrados, mas responsável por decisões fundamentais, como costumam ser os políticos. Não é possível compreender a história republicana brasileira sem levar em conta o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Henry J. A corte suprema no evolutivo do processo político. In: HARMON, M. Judd (editor). *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Tradução Élcio Gomes Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, s/d, p. 92-109.

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e sua função*. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ALVES, João Luiz. A responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, vol. II, nº 04, p. 301-309, 1914.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 75-84.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp – Ed. Sumaré – Fapesp – Educ, 1997.

ARAÚJO, Antônio de. *O Tribunal Constitucional (1989-1996)*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

———. *A política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

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

———. O Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 34, p. 9-47, julho-1972.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: NEQUETE, Lenine (coord.). *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 127-149.

BARBOSA, Rui. A objeção do caso político. In: ———. *Coletânea Jurídica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1928, p. 284-304.

———. O Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira. In: ———. *Coletânea Jurídica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1928, p. 161-188.

———. Supremo Tribunal Federal, sua competência para dirimir questões políticas – sua preeminência no nosso organismo jurídico constitucional. In: ———. *Coletânea Jurídica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1928, p. 189-229.

BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 180-197.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARTHOLOMEW, Paul C. *Ruling American Constitutional Law*. Totowa – NJ: Littlefield, Adams & Company, 1970.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

———. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor – IBDC, 1999.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*. Tradução Luiz Carlos F. de Paula Xavier. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1980.

———. *Diritto e potere: saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONFIM, Edson Rocha. *Supremo Tribunal Federal: perfil histórico*. Rio de Janeiro / Brasília: Forense / INL, 1979.

BORJA, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 39-47.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRYCE, James. *A comunidade americana*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.

BURDEAU, Georges. Remarques sur la classification des fonctions étatiques. *Revue du Droit Public*, Paris, nº 60, p. 202-228, 1945.

———. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1969.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes: a *autopoiese* dos sistemas político e jurídico. *Revista de Direito Constitucional e In-*

ternacional, São Paulo, nº 30, p. 120-126, jan-mar/2000.

CAMPOS, Francisco. O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1937. In: ———. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 401-404.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

———. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoria general del Estado*. Tradução para o espanhol José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

CASTRO, Flávia Almeida Viveiros de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira: comentários*. Edição fac-similar de Rio de Janeiro: Cia. Litho – Typographia, 1902. Brasília: Senado Federal, 1992.

CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Tradução Amador Cisneiros. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade / inconstitucionalidade: uma questão política? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 221, p. 47-69, julho-setembro/2000.

———. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução Alcides Cruz. 2. ed. Reprodução fac-similar parcial da edição de 1909. São Paulo: RT, 1982.

CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Pau-

lo: Saraiva, 1998.

COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964-1967.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. *O juiz agente político*. Campinas: Copo-la, 1998.

COX, Archibald. *The Court and the Constitution*. Boston: Houghton Mifflin, 1987.

CRICK, Bernard. *Em defesa da política*. Tradução de Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: UnB, 1981.

CUNHA, Fernando Whitaker da. *Direito Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

CUNHA, Sérgio Sérvalo da. Responsabilidade administrativa e “impeachment”. In: *A OAB e o impeachment*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1993, p. 183-192.

———. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 151-183.

———. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Palavras de um professor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

———. *Figuras do Direito*. Rio de Janeiro: José Olympio Editor, 1962.

DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999.

DEBRUN, Michel. *O fato político*. Rio de Janeiro: FGV, 1962.

DEUTSCH, Karl. *Política e governo*. Tradução Maria José da Costa F. M. M. Mendes. Brasília: UnB, 1979.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de constitucionalidade e teoria da recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995.

DROMI, Roberto. *Los jueces: ¿es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1992.

DWORKIN, Ronald. Os juízes políticos e o Estado de Direito. In: ———. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3-39.

———. *Taking Rights Seriously*. Cambridge – Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge – Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

FAGUNDES, Miguel Seabra. As funções políticas do Supremo Tribunal Federal. In: *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: UnB, 1982.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: RT, 1991.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP / FDE, 1995.

FAVOREU, Louis. La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 229-240.

———. *Les cours constitutionnelles*. Paris: PUF, 1986.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 1994.

———. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FERREIRA, Sergio D'Andréa. A aplicação do Direito no exercício da função jurisdicional de controle dos Poderes Públicos. In: ———. *O controle da Administração Pública pelo Judiciário: Direito aplicado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 371-412.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*.

São Paulo: Saraiva, 2001.

———. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

———. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

———. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

———. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. In: ————. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189-216.

———. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIV, nº 76, p. 59-71, 2004.

———. Questões políticas. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANCA, Geminiano da. *O Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, 1931.

FRANÇOIS, Bastien. Le juge, le droit et la politique: éléments d'une analyse politique. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, nº 1, p. 49-69, 1990.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, José Ferreira de. O Supremo Tribunal Federal como Suprema Corte Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, nº 31, p. 156-169, abr-jun/2000.

FRIEDE, Reis. *Curso analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

———. *Lições objetivas de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GALLO, Carlos Alberto Provenciano. *Do impeachment*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

GALLOTTI, Octavio. O Supremo Tribunal Federal que eu conheci (1922 a 1978). Em: *O Supremo Tribunal Federal: 150 anos*. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 1978, p. 23-27.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Tradução Maria Luiza de Carvalho.

Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

———. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *La Cour Suprême et la preponderance présidentielle au Brésil*. Paris: UDESS, 1990.

———. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura*. São Paulo: RT, 1987.

———. *A questão do controle externo do Poder Judiciário*. 2. ed. São Paulo, RT, 1993.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Poder Judiciário. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 23-30.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os caminhos da jurisprudência constitucional brasileira. In: ————. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRIFFITH, J. A. G. *The politics of the Judiciary*. 4. ed. Londres: Fontana, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor – IBDC, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta e os intérpretes da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução Anna Maria Capovilla; José Ítalo Stelle; Manoel Paulo Ferreira; Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Tradução para o espanhol Luis Tobio. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JAYME, Fernando G.. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução para o espanhol Fernando de los Ríos Urruti. México: Continental, s/d.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

———. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Tradução para o espanhol Eduardo García Maynez. México: UNAM, 1988.

———. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris: Marcel Giard, 1921.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 29, p. 230-237, out-dez/1999.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o Município e o Regime Representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

———. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 145-167.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

LESSA, Pedro. A nova revista. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, vol. I, nº 1, p. 7-10, 1914.

———. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da inter-*

venção federal no Brasil. São Paulo: RT, 1994.

LIMA, Antônio Sebastião de. *Teoria do Estado e da Constituição: fundamentos do direito positivo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Magda Lopes; Marisa Lobo da Costa. Petrópolis – RJ: Vozes, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução para o espanhol Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do Direito: a expansão jurídica sobre o estado, o mercado e a moral*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 753-798.

———. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINS, Simone Aparecida. O ato político. Sindicabilidade. O princípio da separação de poderes. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 4, p. 199-210, jul-set/1993.

MCCLOSKEY, Robert Green. *The American Supreme Court*. 3. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição: as cortes constitucionais*. São Paulo, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1987.

———. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de

Janeiro, vol. 189, p. 85-99, 1992.

———. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

———. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 91-104.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

———. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 177-198.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997.

———. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: RT, 1994.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1932.

NAVES, Nilson Vital. O Superior Tribunal e a questão constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nº 361, p. 109-123, maio-junho/2002.

NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*. Porto Alegre: Sulina, 1973.

NEVINS, Allan; COMMAGER, Henry Steele. *Breve História dos Estados Unidos*. Tradução Luiz Roberto de Godoy Vidal. São Paulo: Alfa-Ômega, 1986.

NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Jurisdição e administração (notas de direito*

brasileiro e comparado). *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 5, p. 32-45, out-dez/1993.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Princípio da Separação de poderes e jurisdição constitucional: a experiência brasileira. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 155-166.

PACHECO, Cláudio. *Novo tratado das constituições brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 1990.

PADOVER, Saul K. *The living U.S. Constitution*. Nova Iorque: Mentor, 1953.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002.

PAULSEN, Leandro. *Justiça Federal: propostas para o futuro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PEIXOTO, Silveira. *A tormenta que Prudente de Moraes venceu!* 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1990.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coord.). *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, tomo 1, p. 23-44.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

POUND, Roscoe. *Liberdade e garantais constitucionais*. Tradução E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do judiciário e a judicialização da política. A Reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O acesso à Justiça. A municipalização da Justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, nº 33, p. 68-78, out-dez/2000.

RIBEIRO, Hércio. *Justiça e democracia: judicialização da política e controle externo da magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

ROCA, F. Javier García. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madri: Tecnos, 1987.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

———. A Suprema Corte dos Estados Unidos e sua contribuição ao Direito Constitucional brasileiro. In: NEQUETE, Lenine (coord.). *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977, p. 185-216.

———. *Direito e Política: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

———. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991-2002.

ROSA, Eliézer. *A voz da toga*. 3. ed. Goiânia: AB Editora, 1999.

ROSAS, Roberto. *Legislativo e Judiciário*. 2. ed. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1983.

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

SADEK, Maria Tereza (org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALAZAR, Alcino. *Poder Judiciário: bases para a reorganização*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 2. ed. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1983.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1993.

SCHMITT, Carl. *La defensa de constitución*. Tradução para o espanhol Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos, 1983.

SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

———. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992.

———. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1996.

SILVA FILHO, Derly Barreto. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 7, p. 11-23, abr-jun/1994.

SILVEIRA, José Néri da. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1-22.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Do Poder Moderador: ensaio de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 1978.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 59-73.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 29, p. 66-71, out-dez/1999.

———. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

———. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

———. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TAVARES, Íris Eliete Teixeira Neves de Pinho. Politicamente, o Judiciário é um Poder? *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nº 85, p. 71-88, julho/1997.

TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília: Plano Editora, 2001.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1977.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On reading the Constitution*. Cambridge – Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

TRIGUEIRO, Oswaldo. O Supremo Tribunal no Império e na República. In: *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: UnB, 1982.

VALE, Oswaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade políti-*

co-institucional. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

———. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIDIGAL, Erick. *Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade?: prefácio à magistratura da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

———. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994.

———. Império da lei ou da corte? *Revista USP*, São Paulo, nº 21, p. 70-77, março-maio/1994.

VILANOVA, Lourival. As dimensões políticas das funções do Supremo Tribunal Federal. In: *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: UnB, 1982.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 85-90.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980.

YOUNG, Roland. *O Congresso americano*. Tradução de Regina Zingoni. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

ACÓRDÃOS CITADOS²⁹⁰

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária nº 6, rel. Min. Hermínio do Espírito Santo, j. em 30.09.1908

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária nº 7, rel. Min. André Cavalcanti, j. em 06.07.1904.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 4-DF, rel. Min. Sidney Sanches, j. em 11.02.1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC nº 1.397, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 28.04.1997, medida liminar.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC nº 223, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 05.04.1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC nº 293, rel. Min. Celso de Mello, j. em 06.06.1990, medida liminar.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC nº 295-DF, rel. para o acórdão o Min. Marco Aurélio, j. em 22.06.1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC nº 975, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 09.12.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação cível nº 148, rel. Min. José Higino, j. em 27.11.1895.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação criminal, rel. Min. Ribeiro de Almeida, j. em 10.02.1897.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação criminal, rel. Ministro Macedo Soares, j. em 07.10.1899.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 11.942, rel. Min. Guimarães Natal, j. em 30.08.1924.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 2.793, rel. Ministro Canuto Saraiva, j. em 08.12.1909.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 2.794, rel. Ministro Godofredo Cunha,

²⁹⁰ As referências completas estão disponíveis em <www.stf.gov.br/processos/>.

j. em 11.12.1909.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 26.155, rel. Min. Bento de Faria, j. em 17.06.1936.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 26.178, rel. Min. Carvalho Mourão, j. em 20.07.1936.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 298, , rel. Min. Trigo de Loureiro, j. em 20.04.1892.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 3.697, rel. para o acórdão Min. Enéas Galvão, j. em 16.12.1914.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 300, rel. Min. Joaquim Barradas, j. em 23.04.1892.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 41.049, rel. Min. Vilas Boas, j. em 04.11.1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 41.296, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. em 23.11.1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 42.108, rel. Min. Evandro Lins e Silva, j. em 19.04.1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 43.424, rel. Min. Pedro Chaves, j. em 09.08.1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 46.024, rel. o Min. Aliomar Baleeiro, j. em 10.09.1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 46.441, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. em 10.12.1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 46.471, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. em 10.12.1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 5.140, rel. Min. Pires e Albuquerque, j. em 09.07.1919.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 8.301, rel. Min. Godofredo Cunha, j. em 03.01.1923.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 8.584, rel. Ministro Muniz Barreto, j. em 03.07.1922.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 8.811, rel. Min. Guimarães Natal, j. em 06.01.1923.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 956, rel. Min. José Higino, j. em

24.04.1897.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 107-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. em 21.11.1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20.03.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 342, rel. Min. Moreira Alves, j. em 08.04.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 361, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 08.04.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 1.114-DF, rel. Min. Lafayette de Andrada, j. em 17.11.1949.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 1.423, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 22.02.1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 111, relator Min. Arthur Ribeiro, j. em 21.08.1935.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 2.264-DF, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 01.09.1954.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 21.564-DF, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 23.09.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.494-1-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 19.12.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.503-3-DF, rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, j. em 08.05.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 3.557, rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. em 14.12.1955.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 895-DF, rel. Min. Macedo Ludolf, j. em 25.05.1949.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 900-DF, rel. Ministro Hahnemann Guimarães, j. em 18.05.1949.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 849, rel. Min. Adalício Nogueira, j. em 10.03.1971.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Criminal nº 1.082, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 21.05.1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso criminal nº 2, rel. Min. Lucio de

Mendonça, j. em 30.03.1892.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em HC nº 46.049, rel. Min. Victor Nunes Leal, j. em 10.12.1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 12.369, rel. Min. Laudo de Camargo, j. em 14.04.1948.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 102-DF, rel. Min. Barros Barreto, j. em 24.11.1948.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 199-DF, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 30.07.1954.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 225-DF, rel. Min. Luiz Gallotti, j. em 27.12.1954.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 93-DF, rel. Min. Aníbal Freire, j. em 16.07.1947.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 94-DF, sendo rel. Min. Castro Nunes, j. em 17.07.1947.