

2

O Guardião da Constituição na História Brasileira

Demonstrada a essência dos marcos teóricos dos principais modelos de guarda da Constituição, passa-se, neste capítulo, à apreciação de como essas fontes foram incorporadas ao discurso sobre o controle de constitucionalidade na história das Constituições do Brasil.

2.1

A Constituição do Império (1824): a influência dos publicistas franceses e a deturpação de suas lições

A Constituição Imperial Brasileira foi, à primeira vista, inspirada pelas ideias francesas, tão em voga naquele período, de divisão dos poderes, de soberania do parlamento e do *pouvoir neutre*. Diz-se à primeira vista, pois, como mais adiante será demonstrado, a importação dessas teorias omitiu pontos essenciais que, em verdade, descaracterizaram o verdadeiro escopo liberal de seus autores, permitindo, por conseguinte, a manutenção de um poder real praticamente absoluto mesmo em um regime constitucional.

Com efeito, o artigo 9º da Constituição Imperial de 1824, pretensamente influenciado pelas ideias de Montesquieu, pregou a divisão de poderes como “princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a constituição oferece”. O comentarista de maior destaque dessa Constituição, José Antonio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, fez as seguintes observações sobre o artigo constitucional mencionado:

O art. 9º, em sua elevada e luminosa compreensão, declara e ensina que a divisão dos poderes não só é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, mas também o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a constituição oferece. Declara, portanto, que se os Brasileiros querem ser livres, se querem que a constituição seja uma realidade, e não uma decepção, respeitem e façam respeitar essa verdade soberana; se querem o governo absoluto, a escravidão, confundam e acumulem os poderes.⁹²

⁹² PIMENTA BUENO (1857) p.38-39.

Em outra vertente, desta vez pretendendo importar a teoria do *pouvoir neutre* de Constant, foi acrescido à clássica divisão tripartida dos poderes o Poder Moderador, exercido pelo Imperador, e cuja tarefa maior seria a de velar incessantemente sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes (art. 98).

A influência da doutrina rousseauiana de soberania do parlamento se mostra presente, ao menos em teoria, na atribuição do Poder Legislativo como intérprete e guardião da Constituição. Com efeito, a Carta Imperial expressamente conferiu ao Legislativo, representado pela Assembleia Geral, não só a tarefa de criar e revogar leis, mas também de interpretá-las e suspendê-las (art. 15, VIII). A atribuição dessa função interpretativa ao Legislativo foi justificada por Pimenta Bueno com conhecidos argumentos do ideário francês, como, por exemplo, o raciocínio de que:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo [...].⁹³

O referido autor observa que essa competência não pode ser exercida pelo Executivo ou pelo Judiciário, pois, do contrário, qualquer desses poderes acabaria predominando sobre o Legislativo. Daí porque Pimenta Bueno, mesmo reconhecendo que o juiz pode formar sua opinião sobre a lei, defende que esta não pode ser considerada infalível, obrigatória ou uma regra geral.⁹⁴

Aliás, interessante transcrever os comentários do citado autor sobre a competência do Judiciário, os quais evidenciam a forma como os juízes deveriam submeter-se às leis:

É pois fora de toda dúvida, que no importante exercício da delegação nacional, que lhe foi confiada, o magistrado não deve obedecer senão a lei, e o direito, e nunca insinuação ou disposição alguma que viole a santidade das leis. A justiça

⁹³ PIMENTA BUENO (1857), p.69-70.

⁹⁴ PIMENTA BUENO (1857), p.70-71.

pública seria nominal e ilusória desde que o magistrado, em vez de obedecer a lei, e só a lei, fosse adstrito a atender a vontade móvel de qualquer origem.⁹⁵

Por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça, órgão criado pela Constituição do Império e que é considerado o embrião do atual Supremo Tribunal Federal, teria, nas palavras do Marques de São Vicente, como “missão direta e fundamental [...] reconduzir os tribunais ao sagrado respeito da lei, a pureza e uniformidade de sua aplicação, a obedecê-la religiosamente.”⁹⁶

Portanto, essa estrita vinculação à lei impediu que, sob a Constituição Imperial, se desenvolvesse qualquer forma de controle jurisdicional de constitucionalidade de normas. Aliás, o modelo constitucional do Império se afasta, definitivamente, de qualquer sistema de jurisdição constitucional, pois conferia expressamente ao Legislativo o dever de guarda da Constituição (art. 15, IX).

Não obstante as pretensas influências liberais importadas à primeira Constituição brasileira, o que se verificou, como adiantado, é que, na prática, o Imperador continuou inviolável e detentor de um poder praticamente absoluto.

Tal fato deve-se, sobretudo, à tendenciosa incorporação das mencionadas teorias, pois, embora literalmente pareçam estar contidas na Constituição em questão, o que se verifica é que a forma como foi formulado o sistema constitucional do Brasil Imperial desconfigurou, por completo, as ideias defendidas pelos publicistas franceses que, supostamente, o influenciaram.

Em verdade, todo o sistema de separação de poderes, de soberania do parlamento e de criação de um poder neutro foi deturpado pela concentração de poderes nas mãos do Imperador, o que não poderia ser diferente se lembrarmos que a Constituição de 1824 foi encomendada pelo próprio Dom Pedro I, após ordenar a dissolução da Assembleia Constituinte, a um Conselho de Estado por ele indicado.

A manutenção de poderes imperiais praticamente absolutos deve-se, sobretudo, ao fato de que a aplicação da teoria do *pouvoir neutre* no Brasil Imperial desatendeu a mais importante característica do modelo pensado por

⁹⁵ PIMENTA BUENO (1857) p.333.

⁹⁶ PIMENTA BUENO (1857), p.346.

Constant, qual seja, a necessidade de haver distinção entre o poder neutro e os demais poderes ativos. De fato, o pensador francês defendia que o poder neutro deveria ser separado dos demais poderes ativos, pois, conforme já alertava expressamente:

Quando essa soma de autoridade se reuniu no poder legislativo, a lei, que não deve descer a certas esferas, estendeu seu domínio a tudo. Existiu uma arbitrariedade e tirania sem limites [...]. Quando essa mesma soma de autoridade se reuniu no poder executivo, houve despotismo.⁹⁷

A diferença entre o Poder Moderador da Constituição de 1824 e a teoria do *pouvoir neutre* foi assim apontada por Zacharias de Goés e Vasconcelos:

E com efeito a instituição do poder moderador passou quase literalmente da teoria do publicista francês para a Constituição do Império. De fato, a influência é flagrantemente literal, mas apressadamente recebida. Os nossos constituintes, no art. 98 da Carta, começaram definindo “o poder moderador a chave de toda a organização política...” Essas palavras se encontram, efetivamente, na *Esquisse de Constitution*, de Constant, mas não são relativas exclusivamente ao poder moderador. É fácil prová-lo. Depois de dividir os poderes constitucionais em “real, executivo, representativo e judiciário”, disse ele: “Causará admiração que eu distinga o poder real do poder executivo. Essa distinção, sempre desconhecida, é importantíssima. Ela (aqui está a frase que passou para a Constituição brasileira de 1824), “ela é, talvez, a chave de toda a organização política”. Como se vê, não é o poder moderador que, segundo o juízo de Constant, “é a chave de toda a organização política”, mas sim a distinção entre ele e o poder executivo.⁹⁸

Afonso Arinos, por sua vez, observou que:

Constant começa definindo o Poder Real como sendo *la clef de toute organisation politique*, frase que a Constituição de 1824 (art. 98) traduziu literal, a nosso ver, imperfeitamente, na expressão: ‘O Poder Moderador é a chave de toda a organização política’. Dizemos que a tradução é imperfeita porque nos parece que no texto francês a palavra *clef* não quer dizer chave, em português, e sim *fecho*, no sentido de fecho de abóbada. Esta distinção não é bizantina, porque a tradução que nos parece certa dá muito mais a ideia de apoio e coordenação do que de intervenção e imposição, como a ideia da chave que abre qualquer porta.⁹⁹

⁹⁷ CONSTANT (1989) p.75.

⁹⁸ VASCONCELOS. Zacarias de Goés e. *Da natureza e limites do poder moderador*. Brasília: Senado Federal: 1978. p.4. Apud: ALVES JR. (2004) p.121-122.

⁹⁹ MELLO FRANCO (2003) p.28.

De fato, a Constituição Imperial Brasileira deturpou por completo a teoria do *pouvoir neutre* ao concentrar os Poderes Executivo e Moderador nas mãos do Imperador, fato este que serviu, juntamente com a atribuição de amplos poderes sobre o Legislativo (v.g. o poder de adiar ou suspender a Assembleia Geral, de dissolver a Câmara de Deputados ou de nomear os senadores), para liquidar também com uma efetiva separação de poderes e com qualquer possibilidade de o Legislativo atuar como intérprete e verdadeiro guardião da Constituição, papel que, na prática, foi desempenhado pelo Imperador durante todo o período em que vingou o regime.¹⁰⁰

2.2

A Constituição Republicana de 1891: o surgimento do *judicial review* no Brasil

A Constituição de 1891, a primeira Constituição Republicana do Brasil, preocupou-se em criar um controle de constitucionalidade efetivo, pois a turbulência daquele período exigia uma segurança maior para que a Constituição e o próprio sistema republicano de governo se consolidassem. Como bem disse Fábio Leite, a dimensão das mudanças inauguradas e os eventos que lhe deram causa indicavam que “o respeito espontâneo à Constituição não deveria ser esperado, devendo antes ser garantido.”¹⁰¹

Nesse contexto, a Constituição de 1891, que extinguiu a figura do Poder Moderador, retirou do Legislativo a exclusividade do dever de sua guarda¹⁰² e conferiu ao Poder Judiciário a competência de deixar de aplicar os atos normativos contrários à Constituição.

¹⁰⁰ BASTOS (2009) p.45.

¹⁰¹ LEITE (2002) p.161.

¹⁰² Veja-se, por oportuno, o seguinte dispositivo constitucional:

“Art 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal;”

Como observa Elival da Silva Ramos¹⁰³, a Constituição analisada não consagrou, de forma direta, a mencionada competência jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis, porém não se admitiam dúvidas de que o fez indiretamente através do seguinte dispositivo:

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Por oportuno, veja-se o comentário de Rui Barbosa ao citado dispositivo constitucional:

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, *como a das justiças dos Estados*, para reconhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não se procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, *a todos os tribunais*, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.¹⁰⁴

O seguinte dispositivo constitucional também deve ser ressaltado:

Art 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;

Sobre o artigo acima citado, Pedro Lessa anota que:

¹⁰³ RAMOS (2010) p.185.

¹⁰⁴ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932, v. 1. Apud: ALVES JR. (2004) p.145-146..

Uma ação proposta com fundamento na Constituição é, pois, uma ação baseada *direta* ou *imediate* e *exclusivamente* em um preceito constitucional, e tem por fim evitar a aplicação de uma lei, federal ou local, por ser contrária à Constituição, ou anular atos ou decisões do governo nacional, dos Estados ou dos municípios, que igualmente contravêm aos preceitos constitucionais.¹⁰⁵

Por sua vez, Aristides A. Milton registra que, “quer deste art. 60, quer do texto da lei acima citado [art. 13, § 10, da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894], se conclui que os tribunais e os juízes federais têm atribuição para negar execução às leis inconstitucionais.”¹⁰⁶

Assim, ao prever a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas, a Constituição de 1891 concretiza uma evidente e relevante mudança de paradigma, pois as ideias francesas de soberania do parlamento e do *pouvoir neutre* passam, com a referida Constituição, a dar lugar ao *judicial review* de matiz americana, conforme, aliás, expressamente reconhece Rui Barbosa, o principal redator da referida Constituição:

Os autores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar, não eram alunos de Rousseau e Mably [...]: eram discípulos de Madison e Hamilton. Não queriam essa ilusória soberania do povo, da qual dizia o insigne professor de legislação comparada no Colégio de França que nunca foi, em seu país, “senão um grito de guerra explorado por ambiciosos”. E, sabendo que essa soberania tumultuária, inconsciente e ludibriada “não serve senão para destruir”, querendo utilizar com sinceridade a soberania do povo como peça regular, como força conservadora no mecanismo política, embeberam a sua obra exclusivamente no exemplo americano; porque a doutrina das revoluções francesas, em que a democracia aparece apenas como um nome, cobrindo as oligarquias demagógicas, deixa no povo simplesmente a ficção de soberania, cuja realidade se absorve a benefício das assembleias legislativas.¹⁰⁷

Na verdade, embora consagrado na Constituição de 1891, o *judicial review* foi visto como instituto imprescindível ao Brasil desde a proclamação da República, pois, antes mesmo da referida Constituição, normas análogas aos dispositivos constitucionais que o embasam foram inseridas no ordenamento

¹⁰⁵ LESSA (1915) 130-131

¹⁰⁶ MILTON (1898) p.297.

¹⁰⁷ BARBOSA (2004) p.30-31.

jurídico ainda no primeiro ano do Governo Provisório¹⁰⁸. Aliás, é de se ressaltar que, segundo conhecido relato de Leda Boechat Rodrigues, o próprio Dom Pedro II, nos derradeiros meses do Império, já demonstrava simpatia com o *judicial review*, eis que, despedindo-se de dois brasileiros, Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira, que partiam para cumprir missão oficial nos Estados Unidos, teria dito:

Estudem com todo 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 pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria melhor. Dêem toda a atenção a este respeito.¹⁰⁹

Na Constituição ora analisada, o poder de controlar a constitucionalidade das leis foi conferido a todos os órgãos do Judiciário (controle difuso), cabendo recurso, no entanto, ao Supremo Tribunal Federal. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal assumiu papel primordial no exercício deste controle, pois a ele caberia rever as decisões das instâncias inferiores e, portanto, a ele competiria manifestar-se de forma irrecorrível a respeito da validade das leis e atos normativos em vigor no País.

O sistema de controle de constitucionalidade adotado também compartilhava as demais características determinantes do modelo americano, pois, além de difuso, o controle em questão também era incidental e concreto, somente invocável em ações ordinárias e com decisões cujos efeitos se restringiam às partes. Rui Barbosa, aliás, defendia que o controle de constitucionalidade deveria atender os seguintes requisitos elementares:

¹⁰⁸ É o caso do artigo 58, § 1º, *a e b*, do Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, que tratava-se de projeto de Constituição apresentado pelo Governo Provisório, e do artigo 9º, § 1º, *a e b*, do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1991. v. 1. p.1-2. Apud: ALVES JR. (2004) p.142; BASTOS (2009) p.51; VIEIRA (1994) p.73.

1. Que o direito, cuja ofensa se acusa, assente em disposição constitucional, se o ato impugnado é do Poder Legislativo, em disposição constitucional, ou legislativa, se o ato acoimado for da administração.
2. Que a intervenção judicial seja provocada por interessado.
3. Que essa intervenção se determine por ação regular, segundo as formas técnicas do processo.
4. Que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do Poder Legislativo, ou Executivo, mas refira-se à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.
5. Que a decisão se circunscreva ao caso em litígio, não decretando em tese a nulificação do ato increpado, mas subtraindo simplesmente à sua autoridade a espécie em questão.
6. Que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, dependendo os casos análogos, enquanto o ato não for revogado pelo poder respectivo, de novas ações, processadas cada uma nos termos normais.¹¹⁰

Em que pese a inequívoca adoção do *judicial review* pela Constituição de 1891, o exercício desta competência judicial de revisão legislativa foi desenvolvendo-se de forma lenta e gradual. De fato, ainda que o exercício do controle de constitucionalidade inaugurado pela mencionada Constituição, inevitavelmente, fortalecesse o Supremo Tribunal Federal, alçando-o a um destacado papel no cenário político, a referida Corte, cuja maioria dos membros era advinda do Supremo Tribunal de Justiça do Império, inicialmente titubeou em lançar mão de tão importante medida.

Nesta fase inicial, as manifestações doutrinárias e, sobretudo, a destacada atuação jurídica de Rui Barbosa, notadamente através de seus históricos *habeas corpus* impetrados no Supremo Tribunal Federal e de suas ações reparatorias ajuizadas na primeira instância, nos quais expunha, de forma magistral, a extensão do poder atribuído ao Judiciário pela nova ordem constitucional, tornaram-se decisivas para a consolidação do controle judicial de constitucionalidade. Exemplo de sua atuação jurídica é o *Habeas Corpus* n. 408, por ele impetrado em 1893, e no qual o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, reconheceu de forma explícita o seu poder de realizar o controle da constitucionalidade das leis.¹¹¹ Sobre o papel de Rui Barbosa, Castro Nunes registra que:

¹¹⁰ BARBOSA (2004) p.102.

¹¹¹ NOGUEIRA (1980) p.143.

Nos primeiros tempos da República, o Tribunal não tinha consciência de seu papel no regime, Este representava, para muito dos juizes que o compunham e que traziam do Império uma bagagem intelectual copiosa e até brilhante, mas inadequada à compreensão das novas instituições, um sistema pouco conhecido e que teria de receber na órbita judiciária uma aplicação perturbada pelos preconceitos da educação judiciária haurida nas fontes romanas, reinícolas, nas tradições do antigo regime e nos expositores do direito público francês.

Coube a Rui um grande papel na evolução do pensamento jurisprudencial da nossa Suprema Corte. Quando um dia se escrever a história do Supremo Tribunal Federal desde os seus primórdios indecisos e vacilantes em face da declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, será preciso reservar à obra de doutrinação do insigne constitucionalista um lugar de honra.

Seria ele, com idêntica atuação e cultura incomparavelmente maior, o *Marshall* brasileiro.¹¹²

A prática do controle de constitucionalidade consolidou-se, definitivamente, com a edição da Lei Federal n. 221, de 30 de novembro de 1894, que, ao completar a organização da Justiça Federal, dispôs, no § 10 do seu artigo 13, expressamente que “os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”

Assim, marcado pela forte influência de Rui Barbosa, é que o controle de constitucionalidade começou a dar seus passos no Brasil, iniciando-se, portanto, através de um controle incidental conferido a todos os juizes, mas, como ressaltado, sempre recorrível ao Supremo Tribunal Federal, que, desse modo, também iniciou sua trajetória de principal guardião das Constituições Brasileiras.

2.3

A Constituição de 1934: o início da descrença no *judicial review*, o surgimento das ideias de Kelsen e as inovações decorrentes desse debate

A Constituição de 1934 teve brevíssima duração, o que a impediu de efetivar muitas de suas inovações. Ainda assim, possui relevante importância histórica na seara do controle de constitucionalidade, pois o debate travado

¹¹² NUNES. Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. p.168. Apud: ALVES JR. (2004) p.149.

durante a respectiva constituinte e, sobretudo, durante a elaboração do seu anteprojeto marca a ruptura do consenso até então vigente quanto à excelência do modelo americano de controle de constitucionalidade¹¹³. Essa ruptura, destarte, dá início ao debate em solo brasileiro acerca da necessidade de um controle de constitucionalidade abstrato das normas, ou seja, acerca das ideias que Hans Kelsen vinha divulgando com grande sucesso na Europa. Aliás, não somente pelo início do debate sobre outras formas de jurisdição constitucional é que se destaca aquela Constituição, mas também em razão de inovações, que surgiram justamente em decorrência desse debate, que se projetaram nas Constituições subsequentes.

Com efeito, a experiência do *judicial review* durante os mais de 40 anos de vigência da Constituição de 1891 evidenciou a dificuldade de adoção de um controle de constitucionalidade difuso em um ordenamento jurídico de *civil law* - que desconhece a regra do *stare decisis* -, notadamente a profunda insegurança jurídica gerada em razão da disparidade de decisões sobre o mesmo assunto.¹¹⁴

Esse foi o contexto em que a *Comissão do Itamaraty*, instituída por Getúlio Vargas para redigir o anteprojeto da Constituição, analisou os aspectos atinentes ao Poder Judiciário. De fato, ao discutirem o controle de constitucionalidade, os notáveis membros daquela importante comissão manifestaram preocupação em relação ao caráter não vinculante das decisões nas quais se declarava a inconstitucionalidade de uma norma, problema este, aliás, assim exemplificado por Carlos Maximiliano:

[...] o Governo ou uma lei do Parlamento fere os direitos de um indivíduo. Esse indivíduo aciona a União e aquela lei é julgada no Tribunal como insubsistente. Entretanto, se os outros co-interessados não forem assistentes nesse processo, todos eles têm de propor ação. Serão, pois, 300 ou 400 ações para chegar ao mesmo objetivo.¹¹⁵

Outros integrantes da Comissão do Itamaraty assim compartilharam suas opiniões sobre o tema:

¹¹³ RAMOS (2010) p.189.

¹¹⁴ RAMOS (2010), p.195.

¹¹⁵ AZEVEDO (2004) p.534

O Sr. Goés Monteiro observa que, realmente, esta é uma das coisas que sempre lhe pareceram inconvenientes no sistema constitucional de 1891, pois não se pode compreender que, depois de ter o Supremo Tribunal julgado em espécie uma lei inconstitucional, ela continue em vigor.

[...]

O sr. Oswaldo Aranha entende que, efetivamente, precisamos de estabelecer na Constituição uma norma que venha corrigir a anomalia atual, decorrente do Supremo Tribunal julgar inconstitucional uma lei, no apreciar de um fato, e continuar essa lei em vigor. É, portanto, uma lei condenada pelo Poder Judiciário, que continua a produzir inúmeros outros casos para julgamentos futuros.¹¹⁶

Objetivando resolver o referido problema, João Mangabeira propôs, sem sucesso, um interessante e particular sistema de controle de constitucionalidade, que mesclava o *judicial review* com um intrincado modelo de controle político e popular.¹¹⁷

Por sua vez, Themistocles Cavalcanti, também integrante da Comissão, defendeu que o problema deveria ser solucionado por meio de um dispositivo que assegurasse ao Supremo Tribunal a competência para declarar em tese a inconstitucionalidade das normas, proposta esta em evidente alusão ao modelo kelseniano de controle abstrato de constitucionalidade. Contudo, a referida emenda não foi aprovada em razão do receio de alguns membros da Comissão de que tal medida, nas palavras de Oswaldo Aranha, instauraria no país uma *República do Judiciário*, bem como porque a maioria dos membros entendeu que outras medidas por eles sugeridas já se mostrariam suficientes para diminuir o inconveniente acima relatado.¹¹⁸

¹¹⁶ AZEVEDO (2004), p.536.

¹¹⁷ A proposta de João Mangabeira será analisada no item 3.2.1. Por ora, destaca-se que ela tinha o seguinte teor:

“Art. Uma lei da Assembleia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem neste sentido, pelo menos, dez ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada.

Se nisso não aquiescer comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembleia Nacional ou à Comissão Permanente em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença o dissídio entre o Supremo e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito.” AZEVEDO (2004) p.537.

¹¹⁸ AZEVEDO (2004) p.532-541.

Mesmo rejeitada a proposta de criação de um controle abstrato de constitucionalidade, o anteprojeto aprovado pela Comissão do Itamaraty continha significativas mudanças se comparado com o *judicial review* de 1891, pois acabou propondo um modelo concentrado de controle de constitucionalidade¹¹⁹ de influência europeia, cujas bases foram assim compiladas em seu artigo 57:

Não poderá arguir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus ministros. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou ato do Presidente da República. Sempre que qualquer Tribunal não aplicar uma lei federal ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal. Julgado inconstitucional qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem na mesma condição do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável.

Na Assembleia Constituinte, o modelo kelseniano foi, novamente, ventilado, desta vez de forma ainda mais explícita através de emenda apresentada pelo Deputado Nilo Alvarenga, que propunha a criação de uma Corte de Justiça Constitucional nos moldes da Corte Austríaca e, portanto, com as seguintes características:

[...] passaria a concentrar a competência para realizar o controle de constitucionalidade, quer de leis federais diante da Constituição, quer de leis estaduais diante das respectivas Constituições Estaduais. A questão constitucional chegaria à Corte ou pela via incidental, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, ou pela via principal, mediante a propositura de ação direta, tendo por objeto lei ou qualquer ato, deliberação ou regulamento emanado do Poder Executivo, desde que “manifestamente contrários aos direitos e garantias estabelecidos pela Constituição”, ação esta para a qual estaria legitimada qualquer pessoa de direito público ou privado, mesmo não ostentando interesse direto na invalidação. Importa dizer que a sentença que julgasse procedente a arguição incidental ou a ação direta aplicaria sanção de anulabilidade ao ato impugnado, produzindo efeitos *erga omnes* e irretroativos (a partir da data de sua publicação).¹²⁰

¹¹⁹ Nesse sentido: MENDES e MARTINS (2001) p.23-24, nota 71; RAMOS (2010) p.190.

¹²⁰ RAMOS (2010) p.193.

Essas ousadas propostas, que objetivavam conferir ao nosso sistema de controle de constitucionalidade uma feição europeia, não foram aprovadas na Assembleia Constituinte. Porém, como já dito, a discussão sobre os inconvenientes do *judicial review* de 1891 fomentou o surgimento de novos e relevantes mecanismos relativos ao controle de constitucionalidade que, inclusive, foram reiterados nas Constituições subsequentes.

De fato, foi na Constituição de 1934 que surgiu o mandado de segurança (art. 133, 33), que adquiriu grande relevância por servir como instrumento de controle de atos de autoridades fundados em lei inconstitucional, e, ainda, a regra que dispõe que a inconstitucionalidade de uma norma somente pode ser declarada pela maioria dos membros dos tribunais (art. 179), a qual foi pensada para “evitar a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento dos tribunais”.¹²¹

A Constituição de 1934 também criou a representação interventiva (art. 12, § 2º), que condicionava a efetividade da intervenção federal para assegurar a observância de princípios constitucionais à decisão do Supremo Tribunal, após provocação pelo Procurador-Geral da República, que reconhecesse a constitucionalidade do ato interventivo. Como a Constituição dispunha que a intervenção federal decorrente de inobservância pelo ente estatal de princípios constitucionais restringir-se-ia à suspensão da lei estadual que a tenha motivado (art. 12, § 4º), a decisão do Supremo Tribunal em casos de representação interventiva teria o condão de, se reconhecida a constitucionalidade da intervenção, permitir a suspensão dos efeitos da lei estadual hostilizada ou, então, de suspender definitivamente os efeitos do ato interventivo quando a Corte o reputasse inconstitucional. Portanto, pela primeira vez na história da jurisdição constitucional brasileira admitiu-se que o Supremo Tribunal exercesse um controle de constitucionalidade por meio de uma ação direta.¹²²

Outra inovação importante, pensada justamente para afastar ou, ao menos, minorar os já mencionados inconvenientes decorrentes da restrição dos

¹²¹ MENDES e MARTINS (2001) p.23.

¹²² Ronaldo Poletti reconhece que, por meio da representação interventiva, “criava-se, assim, a ação direta de inconstitucionalidade”. POLETTI (2001) p.51.

efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas às partes do feito, assim como em razão da ausência de uma regra de *stare decisis* no sistema judicial pátrio¹²³, foi a criação de um mecanismo através do qual o Senado Federal poderia “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV, e 96). O Senado Federal, portanto, passou a participar do controle de constitucionalidade, eis que adquiriu poderes para decidir acerca da necessidade ou não de conferir efeitos *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal¹²⁴, o que também poderia, ao menos em tese, reforçar a importância do controle de constitucionalidade exercido por aquela Corte Suprema.

Diante desses novos mecanismos constitucionais, resta evidente que, na Constituição de 1934, o Supremo Tribunal reforçou o papel de guardião da Constituição que vinha exercendo desde a proclamação da República, ainda que o Senado Federal também tenha se tornado um ator da jurisdição constitucional, na medida em que adquiriu a competência de decidir sobre a conveniência de se ampliar os efeitos das decisões da Suprema Corte.

2.4

A Constituição Brasileira do Estado Novo (1937): rompimento com a Jurisdição Constitucional¹²⁵

Quebrando a tradição seguida pelas Constituições brasileiras desde a proclamação da República, a Constituição idealizada por Francisco Campos para o Estado de Novo dispôs no parágrafo único do seu artigo 96 que:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República

¹²³ POLETTI (2001) p.51.

¹²⁴ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ressaltou que “embora a Constituição, no art. 91, IV, fale em Poder Judiciário, ela pretendeu essa suspensão, nos termos do art. 96, que o completa, dissesse respeito a decisão do Supremo Tribunal Federal, transitada em julgado.” Apud: RAMOS (2010) p.195, nota 579.

¹²⁵ No item 3.2.1, o controle de constitucionalidade de 1937 será analisado em sua teoria e não em sua prática.

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.

Como se vê, o referido dispositivo constitucional, rompendo com os modelos de controle judicial adotados pelas Constituições anteriores e mesmo pelas posteriores, retirou do Supremo Tribunal Federal a atribuição exclusiva para dar a última palavra sobre a constitucionalidade das leis e, *em tese*, a distribuiu entre os demais poderes, utilizando-se, para tanto, de um mecanismo que guardava alguma semelhança com a emenda proposta, sem sucesso, por João Mangabeira à Comissão do Itamaraty.¹²⁶

Francisco Campos afirmava que o sistema por ele idealizado era mais democrático que os dos regimes anteriores, pois retirava do Poder Judiciário, conservador por excelência ou, em suas palavras, um resquício monárquico de um poder moderador, o verdadeiro controle do governo e o conferia aos poderes que verdadeiramente se originam do povo.¹²⁷

Desse modo, a jurisdição constitucional adotada desde a Constituição de 1891 foi substituída por um controle de constitucionalidade político, que, *a princípio*, aparentava ter sido influenciado pela ideia rousseauiana de soberania da vontade popular e pela concepção limitadora do poder judicial de Montesquieu.

No entanto, o modelo proposto difere do controle político europeu, pois, ao contrário deste último, que foi formulado sob bases liberais, o sistema idealizado por Francisco Campos tinha por objetivo concentrar poderes nas mãos do Presidente da República, considerado a “autoridade suprema do Estado” (art. 73). Este fato evidencia que, em verdade, o substrato teórico do Estado Novo foram as ideias autoritárias de Carl Schmitt e não as concepções liberais dos mencionados publicistas franceses.

Tanto é assim que a mencionada distribuição de poderes entre Executivo e Legislativo para sustar os efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade, em realidade, nunca chegou a vigorar¹²⁸, pois Getúlio

¹²⁶ Ver subitens 2.3 e 3.2.1.

¹²⁷ CAMPOS (2002)

¹²⁸ Aliás, há quem defenda que a própria Constituição de 1937 nunca entrou em vigor. O exemplo mais emblemático é do próprio Francisco Campos, que em entrevista concedida ao jornal carioca

Vargas deixou de convocar eleições para o Parlamento, avocando para si, com fulcro no artigo 180¹²⁹ daquela Constituição, os poderes do Legislativo. Na prática, o referido dispositivo constitucional foi utilizado pelo *Caudilho* para, ante a inexistência de Parlamento, cassar decisões do Supremo Tribunal Federal diretamente por meio de decretos-leis. Assim, o próprio Getúlio Vargas redigia os decretos com força de lei e, em caso de decisão contrária do Supremo Tribunal Federal, editava outro para suspender os efeitos do acórdão¹³⁰. Com razão, portanto, Oscar Vieira Vilhena quando afirma que “esta medida retirava do Supremo Tribunal Federal o poder de dizer a última palavra sobre a validade de uma norma”¹³¹.

O esvaziamento das competências do Poder Judiciário pela Constituição do Estado Novo não parou por aí, pois esta Carta retirou o poder conferido em 1934 ao Supremo Tribunal de decidir acerca da constitucionalidade da lei interventiva, não previu a possibilidade do Conselho Federal, que sucedeu o Senado, suspender a execução de leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal e, ainda, vedou expressamente ao Poder Judiciário o conhecimento de “questões exclusivamente políticas” (art. 94).

Ademais, naquele período autoritário, o Ditador poderia aposentar compulsoriamente ou mesmo determinar a prisão de qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual, como bem observa Luís Carlos Martins Jr.:

O Tribunal não tinha liberdade alguma para julgar. Era escravo da vontade do Ditador. O Supremo, no período do Estado Novo, desceu ao fundo do poço e da respeitabilidade, como guardião da Constituição. Nele a sociedade não poderia enxergar a força capaz de se opor aos desmandos do poder. O Supremo estava à mercê de Vargas.

Correio da Manhã, de 3.3.1945, defendeu tal posição abertamente. Apud: VIEIRA (2008) p.121-122.

¹²⁹ Assim dispunha o citado dispositivo: Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

¹³⁰ COELHO (1999) p.XX-XXI.

¹³¹ VIERA (1994) p.77.

Desse modo, resta evidente que, sob o regime do Estado Novo, o Chefe do Executivo tornou-se o verdadeiro e único guardião da Constituição, em uma inequívoca aplicação prática do modelo antiliberal proposto por Schmitt.

2.5

A Constituição de 1946 e a Emenda Constitucional n. 16/65: a retomada do *judicial review* e o surgimento do controle de constitucionalidade abstrato e da ditadura militar

O Constituição de 1946 restabeleceu a “normalidade das instituições político-representativas”¹³² no país e, no que pertine à guarda da Constituição, marca a retomada do *judicial review* de 1891 e das inovações surgidas em 1934 em sede de jurisdição constitucional.¹³³

A Constituição em análise assegurou aos magistrados o poder de apreciar *in concreto* a inconstitucionalidade de atos normativos, admitido, nestes casos e também quando a própria decisão recorrida fosse alegadamente contrária à Constituição, tratado ou lei federal, recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (art. 101, II, a, b e c). Preservou a exigência de maioria absoluta dos membros dos tribunais como condição de eficácia da declaração de inconstitucionalidade nos órgãos judiciais colegiados (art. 200) e restaurou, também, a atribuição do Senado Federal para suspender, por resolução, a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo, retomando, portanto, a possibilidade de o Senado atribuir efeitos *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal (art. 64).

Em outra vertente, restabeleceu a representação interventiva, lhe conferindo, no entanto, novos contornos, pois, se na Constituição de 1934 o Supremo analisava, por provocação do Procurador-Geral da República decorrente de entendimento dele próprio ou de determinação do Presidente da República, a

¹³² BASTOS (2009) p.84.

¹³³ Nesse sentido, Aliomar Baleeiro, atuante deputado constituinte em 1946, reconheceu que havia naquela constituinte uma tendência de restauração “das linhas de 1891”, “com as inovações aproveitáveis de 1934”. *Constituições brasileiras*, v. 5, p.14. Apud: RAMOS (2010) p.203.

constitucionalidade ou não do decreto de intervenção, a partir de 1946 o objeto de apreciação - ainda por provocação do Procurador-Geral da República, porém mediante requerimento de terceiro interessado -, tornou-se o próprio ato normativo estadual (art. 8º, parágrafo único) supostamente ofensivo aos denominados princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, VII).¹³⁴

Contudo, o restabelecimento dos meios de controle de constitucionalidade de 1934 não se mostrou suficiente, pois os operadores do direito da época já ansiavam um mecanismo de controle mais efetivo, conforme observa Elival da Silva Ramos:

Ansiavam os operadores do direito pátrio por um instrumento com a dimensão da ação direta genérica declaratória de inconstitucionalidade, a tal ponto que, ao delinear as características da representação interventiva, chegou o Supremo Tribunal Federal a antecipar o desenho de um modelo de controle de constitucionalidade em via principal, com feições abstratas, que rigorosamente não existia. Com efeito, os institutos da resolução senatorial e da lei de intervenção, muito embora houvessem contribuído para certa atenuação das discrepâncias decisórias acerca da inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de ato normativo, mostravam-se claramente insuficientes. A resolução do Senado somente poderia ser editada após o completo desenrolar de um caso concreto, que ensejasse, portanto, um conflito intersubjetivo a ser dirimido, e isso na medida em que o processo lograsse alcançar, usualmente por meio de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal. Já a intervenção normativa, em que o Supremo se manifestava em tese e originariamente sobre a questão constitucional, somente tinha por objeto leis ou decretos *estaduais* e, assim mesmo, desde que essas leis ou decretos agredissem um dos princípios elencados no rol taxativo do ar. 7º, VII, da Constituição de 1946.¹³⁵

A alteração tão esperada veio somente após o golpe militar de 1964, que, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, iniciou o processo de fiscalização abstrata e concentrada na jurisdição constitucional brasileira ao conferir competência ao Supremo Tribunal para julgar originariamente “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (Art. 101, I, k). Surge, assim, uma ação direta, com evidente influência das ideias de Kelsen, na qual o Supremo Tribunal Federal poderia

¹³⁴ BANDEIRA DE MELLO. Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: José Bushatky, 1980, p.188. Apud: VIEIRA (2008) p.129-130.

¹³⁵ RAMOS (2010) p.208-209.

declarar, com efeitos *erga omnes*, a inconstitucionalidade de determinado ato normativo federal ou estadual que violasse qualquer dispositivo da Constituição.¹³⁶

Ainda que, à primeira vista, possa parecer paradoxal que um governo autoritário estabeleça o controle de constitucionalidade abstrato, que foi idealizado por Kelsen para maximizar a proteção dos direitos assegurados nas Constituições, sobretudo, contra os excessos do Executivo¹³⁷, é de se destacar que o modelo proposto serviu, em verdade, para limitar a liberdade dos juízes e tribunais pátrios de decidir *in concreto* sobre a inconstitucionalidade de um ato normativo. Isto porque, além de conferir legitimidade para propositura da ação direta apenas ao Procurador-Geral da República, nomeado e demissível *ad nutum* pelo Presidente, conferiu a competência de dar a última palavra sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, vinculando, assim, os demais membros do Judiciário, a um Supremo Tribunal Federal totalmente cerceado pelas forças do regime.¹³⁸ De fato, o Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, havia suspenso as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (art. 14) e excluído da apreciação judicial “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” (art. 19, I). Também aumentou de onze para dezesseis o número de ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 6º), o que serviu para consolidar a maioria favorável ao Governo, ainda que os ministros não indicados pelos militares estivessem constantemente ameaçados pelo regime, ameaça esta concretizada, poucos anos depois, com a cassação de ministros sob o regime constitucional que se seguiu.

Aliás, é sob a égide da Constituição de 1946 - durante uma investida dos militares, anterior ao golpe de 1964, para impedir que o então Vice-Presidente

¹³⁶ A referida emenda constitucional também possibilitou, ao inserir o inciso XIII ao artigo 124 da Constituição Federal, que os Estados instituísem ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de município contrário à Constituição Estadual.

¹³⁷ Nesse sentido, vejam-se, nos subcapítulos 1.4 e 1.5.1, os argumentos de Kelsen sobre o modelo de controle de constitucionalidade abstrato por ele idealizado.

¹³⁸ STRECK. Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.354-355. Apud: VIEIRA (2008) p.136.

Café Filho reassumisse a Presidência - que o Supremo Tribunal Federal sinalizou a postura que adotaria ante as quebras de legalidade ocorridas no país¹³⁹, conforme se infere do seguinte trecho de voto proferido pelo Min. Nelson Hungria no Mandado de Segurança n. 3.557:

Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contrainsurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição.

Aí está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que me parece, bateu na porta errada. Um insigne professor de Direito Constitucional, *doublé* de exaltado político partidário, afirmou, em entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensejaria ocasião para se verificar se os ministros desta Corte “eram leões de verdade ou leões de pé de trono”.

Jamais nos inculcamos de leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas de Justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas.

Senhor Presidente, o atual estado de sítio é perfeitamente constitucional, e o impedimento do impetrante para assumir a Presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurreicionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica.¹⁴⁰

Assim, considerando isoladamente a competência conferida ao Supremo Tribunal Federal pelo regime constitucional de 1946, sobretudo após a instituição, com algumas limitações, do controle de constitucionalidade abstrato pela Emenda Constitucional n. 65, esta Corte deveria, ao menos em teoria, ser considerada como guardião da Constituição, situação esta, em diversos momentos deste conturbado período, não verificada na prática diante de sua submissão ao poder de fato, em uma triste constatação da veracidade da tese defendida por Ferdinand Lassalle.

¹³⁹ ALVES JR. (2004) p.318.

¹⁴⁰ MS 3.557, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7.1.1956.

2.6

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/69: a manutenção do controle de constitucionalidade misto e o papel do STF durante os *anos de chumbo*

Passados alguns anos do golpe, os militares consideraram que a Constituição de 1946, mesmo após diversas alterações por emendas e por atos institucionais, não mais atendia “as exigências nacionais” e que, portanto, havia chegado a hora de “dar ao País uma Constituição que, além de harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução”.¹⁴¹

Assim, através do Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966, o governo militar atribuiu poderes constituintes ao Congresso Nacional para, de acordo com as regras estabelecidas no referido ato institucional e dentro de um exíguo prazo de 44 dias (art. 1º), discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República (art. 1º, § 1º). Com essas restrições, agravadas pelo fato de que o Congresso Nacional encontrava-se bastante debilitado por cassações de mandatos efetivadas pelo Ato Institucional n. 1 e por profundas restrições à liberdade partidária, é que foi promulgada ou praticamente outorgada a Constituição de 1967.¹⁴²

Em sede de controle de constitucionalidade, a Carta de 1967 representa uma continuidade do modelo de jurisdição constitucional misto de 1946 e da Emenda Constitucional n. 16/65, pois manteve praticamente incólume o sistema de controle difuso e a representação abstrata de inconstitucionalidade, ainda com a legitimidade ativa exclusiva do Procurador-Geral da República, previstos na Constituição anterior.

Praticamente dois anos após a entrada em vigor da Constituição de 1967, o Presidente da República, General Costa e Silva, editou o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, que deu início “aos anos de chumbo”¹⁴³, ou seja, ao período de maior repressão da ditadura militar. O famigerado AI-5, como ficou

¹⁴¹ Cf. *Consideranda* do Ato Institucional n. 4.

¹⁴² RAMOS (2010) p.214-215.

¹⁴³ Folha Online, 30 de dezembro de 2008 - AI-5 deu início aos "Anos de Chumbo" da ditadura militar. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fofha/brasil/ult96u478768.shtml>> Acesso em 15 mai 2012.

conhecida a citada norma, manteve formalmente em vigor a Constituição de 1967 (art. 1º), porém, em verdade, a desfigurou por completo ao praticamente extinguir as garantias individuais, políticas e judiciais, bem como ao conferir poderes ditatoriais ao Presidente da República.

De fato, o AI-5 permitiu ao Presidente da República: decretar o recesso de todas as casas Legislativas, exercendo as correspondentes competências legislativas (art. 2º); decretar a intervenção em Estados e Municípios, sem as restrições constitucionais (art. 3º); suspender direitos políticos por dez anos e cassar mandatos parlamentares (art. 4º); demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade quaisquer agentes públicos (art. 6º); e decretar o confisco de bens por enriquecimento ilícito, após investigação sumária (art. 8º). Ademais, o AI-5 suspendeu o *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional (art. 10) e excluiu da apreciação judicial os atos praticados com fundamento naquele ato institucional e nos atos complementares que se destinavam a lhe dar execução (art. 11).

O endurecimento do regime militar foi sentido também pelo Supremo Tribunal Federal, que, após ter proferido algumas decisões que contrariavam os interesses da chamada *linha dura*, do que é exemplo a expedição de alvará de soltura de 81 jovens que criticavam o governo militar em um congresso estudantil realizado em Ibiúna, no ano de 1968, sofreu um duro golpe através do Ato Institucional n. 6. De fato, ao reduzir de dezesseis para onze o número de membros do Supremo Tribunal Federal, o referido ato institucional propiciou a cassação, por meio de decretação de aposentadoria compulsória, dos Ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, que foi seguida pelas aposentadorias, requeridas por solidariedade aos ministros cassados, dos Ministros Lafayette de Andrada e Gonçalves de Oliveira, este último renunciando também à Presidência daquela Corte.¹⁴⁴ Este fato de triste lembrança, aliado à exclusão da apreciação judicial dos atos praticados com base nos atos

¹⁴⁴ A carta de renúncia do Min. Gonçalves de Oliveira à Presidência do STF, assim como seu pedido de aposentadoria e o do Min. Lafayette de Andrada constam na Ata da Sessão Ordinária do Plenário do STF de 5 de fevereiro de 1969, publicada no Diário da Justiça de 6 de fevereiro de 1969, p.285-287. Também disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GoncalvesOliveira/DadosDatas/008.pdf>> Acesso em 15 mai 2012.

institucionais, fez com que o Supremo Tribunal Federal se curvasse, de vez, à força do regime militar.

Em 31 de agosto de 1969, o General Costa e Silva sofre um acidente vascular cerebral e uma Junta Militar, composta pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, assume, sem qualquer previsão constitucional, a chefia do Governo no lugar que, segundo a Constituição em vigor, deveria ter sido ocupado pelo Vice-Presidente da República.

A referida Junta Militar, afirmando possuir poderes legislativos para reformar a Constituição, em razão do recesso do Congresso Nacional imposto pelo Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968, editou a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que pode ser considerada uma nova Constituição outorgada e não simplesmente uma emenda à Carta de 1967.

A EC n. 1/69 também pouco inovou em matéria de controle de constitucionalidade, acrescentando ao sistema misto já previsto desde as Constituições anteriores apenas a previsão de controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição estadual para fins de intervenção no município (art. 15, § 3^a, d).

Posteriormente, em nova usurpação do poder constituinte derivado pelo Presidente da República, foi editada a Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, que explicitou a possibilidade de concessão de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal em sede de representação de inconstitucionalidade (art. 119, I, p) e criou dois novos instrumentos de jurisdição constitucional: a representação interpretativa (art. 119, I, l) e a advocatória (art. 119, I, o). A primeira permitia que, por provocação do Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal conferisse exegese com efeito vinculante sobre lei ou ato normativo federal ou estadual.¹⁴⁵ Já a segunda serviu para concentrar ainda mais o poder de guardião da Constituição no Supremo Tribunal Federal ao lhe permitir a avocação, a pedido do Procurador-Geral da República, de causas

¹⁴⁵ Ao regulamentar a representação interpretativa, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal determinou que, uma vez publicada a ementa no Diário Oficial da União, a exegese adotada teria “força vinculante, implicando sua não observância negativa de vigência do texto interpretado”. MENDES. Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p.436. Apud: BASTOS (2009) p.93.

processadas perante quaisquer juízos ou tribunais “quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido” (art. 119, I, o).

Nesse contexto é que, formalmente, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/69 mantiveram o sistema misto de controle de constitucionalidade e o poder de guarda da Constituição no Supremo Tribunal Federal, ainda que fortemente limitado pela iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República para as ações de controle abstrato e para a avocação de causas relacionadas ao controle difuso. Materialmente, no entanto, o período constitucional em análise configura também a continuidade do poder de fato do Governo Militar, que continuou a expedir atos institucionais que se sobrepunham à própria Constituição.¹⁴⁶

Somente com a redemocratização do país, concretizada com a promulgação da Constituição de 1988, é que essas amarras - atos de exceção e legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República - foram definitivamente afastadas e o Supremo Tribunal Federal passou a ser independente para, de fato, exercer o relevante papel que o longo caminho da história constitucional brasileira, com os avanços e retrocessos mencionados, sempre pareceu querer lhe conferir: a guarda da Constituição.

¹⁴⁶ VIEIRA (2008) p.137-138.