



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito –FD
Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição – PPGD

LUIZ FELIPE DA MATA MACHADO SILVA

**A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO DE OBJETIVIDADE DO
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Brasília – DF
2020

Para minha mãe, *in memoriam*, vovó da Ninoca.

LUIZ FELIPE DA MATA MACHADO SILVA

**A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO DE OBJETIVIDADE DO
CONTROLE ABSTRATO**

Tese apresentada para obtenção do título de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Linha de Pesquisa “Constituição e Democracia”, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto.

Brasília – DF
2020

AGRADECIMENTOS

Incontáveis mãos redigiram comigo esta tese. Agradeço a todas/os as/os professoras/es e servidoras/es do programa de pós-graduação da UnB. Especialmente, ao professor Menelick de Carvalho Netto, meu orientador no mestrado e doutorado, referência de toda uma vida. Aos membros dos grupos de pesquisa Teoria da Argumentação Jurídica e DISCO – Direito, Sociedade Mundial e Constituição –, nas pessoas dos professores Cláudia Roesler, Isaac Reis e Marcelo Neves. Aos professores Cristiano Paixão, pelas incontáveis disciplinas, e Alexandre Costa, pelas imprescindíveis lições de metodologia. À professora Vera Karan de Chueiri, influência determinante desde meu mestrado. À professora Marisa Santos (SOL/UnB). A toda a Secretaria da Pós-Graduação, a quem o faço em nome da querida e competente Euzilene Souza. A todas/os as/os colegas, pelos proveitosos debates.

Agradeço à Aninha e Nina, meus amores. Com afeto infinito, ao meu pai e Gláucia, meus irmãos, padrinhos e afilhadas: Fred, Ju e Tavinho; Lelena Botelho e Hamilton; Lulu, Olívia e Júlia, além, é claro, do meu sobrinho Tom. Especialmente ao “Tavos”, meu eterno Zé, pelo apoio nessa tortuosa estrada do mundo cibernético e na batalha da língua inglesa, e à Rafa, pela formatação do interminável anexo de minha tese. Em uma categoria muito especial, de amigos-professores, gostaria de demonstrar minha gratidão inefável à Juliana Neuenschwander Magalhães e Edson Farias.

Não foi fácil manter a sanidade nesses quatro anos de doutorado, que coincidiram com o pós-Golpe de 16. Ora me enlouquecendo, ora me curando, interlocuções afetuosas com meus diletos amigos marcaram essa minha trajetória, em que a vida política do país esvaneceu esse sonho trágico da “vida privada”. O “Partido”, amigos de Brasília, BH e Curitiba, e os grupos Áudios do LF, Amigos do Bacelar e Filosofia de Boteco compuseram comigo a tese – e todo o seu enredo. Mas não apenas eles: Leo Leony, Luciano Portilho, Henrique Fulgêncio, Tia Sandra, além dos professores Ramon, Andreja Bole e, com infinita saudade, Volker Schellnok. Jésus Santiago, igualmente, não pode deixar de constar em qualquer lista de agradecimentos que venha a fazer.

Daniel Cardoso, generosamente, organizou o Excel de minhas tabelas, que foram cuidadosa e competentemente passadas para o Tableau por Douglas Alher. Luciana Melo, como sempre, fez brilhantemente a correção ortográfica e toda a formatação do texto. Agradeço, ainda, à/ao bibliotecária/o Pétala Inah e João Marcelo, pelas pesquisas jurisprudenciais.

À Tia Lelena, pela eterna presença mesmo na dolorida falta.

RESUMO

A presente tese tem como objetivo examinar o desenvolvimento, com a Representação Interventiva, e a alteração, a partir da Constituição de 1988, do discurso utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para construir sua legitimidade para atuar na esfera normativa. Por meio da análise de decisões de controle de constitucionalidade, publicadas nas *Revistas Trimestrais de Jurisprudência* e nos *Informativos de Jurisprudência*, buscou-se observar como o STF, a partir da Constituição de 1946, construiu sua competência, até então limitada ao caso concreto, para julgar a “lei em tese” e, a partir de 1988, como a “tutela objetiva da ordem constitucional” foi se deslocando de excepcional hipótese de intervenção na esfera política para se tornar o núcleo da jurisdição constitucional. Ao se demonstrar, pela análise empírica, que as ações abstratas instrumentalizaram o Tribunal para assumir função inédita, vinculada à gestão de problemas centrais do Estado, vai-se defender que o controle abstrato é uma *dinâmica*, em que o direito, ao abdicar de um conteúdo (“defesa de direitos individuais”), desloca a jurisdição de seu papel contramajoritário para torná-lo uma instância relevante de resolução de crises no interior do Estado, emprestando-lhe a legitimidade do discurso racional jurídico para ampliar o exercício de dominação. Essa dinâmica será reinventada, contudo, a partir da Constituição de 1988, em que o “ethos do comedimento” em que se formavam os ministros, que constituía uma fronteira sólida ao direito, dá lugar a novo *habitus* (BOURDIEU, 2015b), que rompe com a concepção de um direito hermético, centrado na lei, para dar lugar à crença na norma como instrumento técnico a ser tutelada pelo STF.

Palavras-chave: Representação interventiva. Controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Função contramajoritária da jurisdição. “Ethos” do comedimento. *Habitus* do jurista.

ABSTRACT

This thesis aims to examine the development of the discourse used by the Supreme Court, via the Interventive Representation, after the Constitution of 1988, to build its legitimacy to act in the normative sphere. Through the analysis of constitutional control decisions, published in the Quarterly Journals of Case Law and Case Law Reports, this study sought to observe how the Supreme Court built its competence, until then limited to cases, to the possibility of revoking laws directly, departing from the Constitution of 1946, and, from 1988 onwards, how the “objective protection of the constitutional order” was moving from an exceptional hypothesis of intervention in the political sphere to become the core of constitutional jurisdiction. By demonstrating, through empirical analysis, that abstract actions have instrumentalized the Court to assume an unprecedented function, linked to the management of central problems of the State, it will be argued that abstract control is a dynamic in which the law, by giving up a subject (“defense of individual rights”), displaces the jurisdiction of its counter-majority role to make it a relevant instance of crisis resolution within the State, lending it the legitimacy of rational legal discourse to further the exercise of domination. This dynamic will be reinvented, however, after the Constitution of 1988, in which the “ethos of prudence”, a solid border to the law, from which the ministers were prepared, is replaced by a new habitus (BOURDIEU, 2015b), which breaks with the conception of a hermetic law, centered on the laws itself, to the belief in the normative act as a technical instrument to be curated by the Supreme Court.

Keywords: Judicial Review. Abstract constitutional control. Counter-majoritarian difficulty.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Ação x <i>RTJ</i>	61
Gráfico 2: Ação x Total.....	62
Gráfico 3: Juízo x <i>RTJ</i>	63
Gráfico 4: RP x Controle difuso.....	64
Gráfico 5: Temas.....	65
Gráfico 6: Temas (2).....	66
Gráfico 7: Temas x Ação.....	67
Gráfico 8: Temas x Ação (2).....	67
Gráfico 9: Juízo x <i>RTJ</i>	68
Gráfico 10: Juízo x Total.....	69
Gráfico 11: Tema x Juízo.....	60
Gráfico 12: Tema x Juízo (2)	70
Gráfico 13: Ação x Juízo x Origem.....	71
Gráfico 14: RP x Juízo.....	72
Gráfico 15: MS x Juízo.....	73
Gráfico 16: RE x Juízo.....	74
Gráfico 17: Origem x <i>RTJ</i>	76
Gráfico 18: Origem x Total.....	77
Gráfico 19: RP x Origem.....	78
Gráfico 20: RE x Origem.....	78
Gráfico 21: MS x Origem.....	79
Gráfico 22: Tema x Origem.....	80
Gráfico 23: Tema x Origem (2)	81
Gráfico 24: Tema x Origem x Juízo.....	81
Gráfico 25: Tema x Ação x Juízo.....	82
Gráfico 26: Resultado x <i>RTJ</i>	83
Gráfico 27: Resultado x Total.....	83
Gráfico 28: Resultado x <i>RTJ</i> (2)	84
Gráfico 29: Temas x Resultado.....	84
Gráfico 30: Ação x <i>RTJ</i> (2)	108
Gráfico 31: Ação x Total (2)	109
Gráfico 32: Juízo x Julgados.....	110
Gráfico 33: RP x Controle difuso.....	111
Gráfico 34: Temas (3)	111
Gráfico 35: Temas (4)	112
Gráfico 36: Tema x Ação (3)	113
Gráfico 37: Tema x Ação (4)	114
Gráfico 38: Juízo x <i>RTJ</i> (3)	115
Gráfico 39: Juízo x Total.....	116
Gráfico 40: Tema x Juízo (2)	117
Gráfico 41: Tema x Juízo (3)	118
Gráfico 42: Ação x Constitucionalidade x Origem.....	120
Gráfico 43: RP x Juízo.....	121
Gráfico 44: RP x Juízo (somatório)	122
Gráfico 45: RE x Somatório.....	123
Gráfico 46: RE x Juízo x Origem.....	123
Gráfico 47: Origem x <i>RTJ</i> (2)	124

Gráfico 48: RP x Origem (2)	125
Gráfico 49: RP x Origem (3)	126
Gráfico 50: RE x Origem 2)	126
Gráfico 51: RE x Juízo (2)	127
Gráfico 52: Tema x Origem (3)	128
Gráfico 53: Tema x Origem (4)	129
Gráfico 54: Tema x Origem x Juízo (2)	130
Gráfico 55: Tema x Ação x Juízo (2)	131
Gráfico 56: Unânicos x <i>RTJ</i>	132
Gráfico 57: Unânicos x Total.....	132
Gráfico 58: Ação x <i>Informativos</i> (ano)	155
Gráfico 59: Ação x Total (3)	155
Gráfico 60: Juízo x Julgados (ano)	162
Gráfico 61: ADI x Difuso (ano)	163
Gráfico 62: Temas (5)	164
Gráfico 63: Temas (6)	165
Gráfico 64: Temas x Ação (5)	167
Gráfico 65: Temas x Ação (6)	170
Gráfico 66: Juízo x <i>Informativos</i> (ano)	171
Gráfico 67: Juízo x Total (2)	171
Gráfico 68: Tema x Juízo (4)	173
Gráfico 69: Tema x Juízo (5)	174
Gráfico 70: Tema x Juízo (6)	175
Gráfico 71: Ação x Juízo.....	176
Gráfico 72: ADI x Juízo.....	177
Gráfico 73: ADI x Juízo (somatório)	177
Gráfico 74: RE x Juízo (somatório)	178
Gráfico 75: Ação x Juízo x Origem (2)	179
Gráfico 76: Origem x Ano.....	181
Gráfico 77: Origem Total (2)	181
Gráfico 78: Origem x ADI.....	182
Gráfico 79: RE x Origem (2)	183
Gráfico 80: Origem x Ação.....	184
Gráfico 81: Tema x Origem (5)	184
Gráfico 82: Tema x Origem (6)	185
Gráfico 83: Tema x Origem x Juízo (3)	186
Gráfico 84: Tema x Ação x Juízo (3)	187
Gráfico 85: Resultado x Ano.....	188
Gráfico 86: Julgamentos unânicos.....	188
Gráfico 87: Ação x <i>RTJ</i> (ano)	190
Gráfico 88: Ação x Total (3)	191
Gráfico 89: Juízo x Julgados (ano) (2)	192
Gráfico 90: ADI x Difuso (ano) (2)	193
Gráfico 91: Temas (7)	194
Gráfico 92: Temas (8)	195
Gráfico 93: Temas x Ação (7)	198
Gráfico 94: Temas x Ação (8)	200
Gráfico 95: Juízo x Ano.....	201
Gráfico 96: Juízo x Total (3)	202
Gráfico 97: Tema x Juízo (4)	202

Gráfico 98: Tema x Juízo (5)	203
Gráfico 99: Ação x Juízo (2)	204
Gráfico 100: ADI x Juízo (2)	205
Gráfico 101: ADI x Juízo (somatório) (2)	206
Gráfico 102: RE x Juízo (somatório) (2)	207
Gráfico 103: Ação x Juízo x Origem (3)	208
Gráfico 104: Origem x Ano (2)	209
Gráfico 105: Origem x Total (3)	209
Gráfico 106: Origem x Ano (3)	210
Gráfico 107: RE x Origem (2)	211
Gráfico 108: Origem x Ação (2)	211
Gráfico 109: Tema x Origem (7)	212
Gráfico 110: Tema x Origem (8)	213
Gráfico 111: Tema x Origem x Juízo (4)	214
Gráfico 112: Tema x Ação x Juízo (4)	214
Gráfico 113: Resultado x Ano (2)	215
Gráfico 114: Julgamentos unânimes (2)	215

SUMÁRIO

1 APRESENTAÇÃO	13
2 METODOLOGIA	16
2.1 PERGUNTA	16
2.2 CORPUS: POR QUE APENAS AS DECISÕES JUDICIAIS?	16
2.3 AMOSTRAGEM: COMO O STF “RELATA A SI MESMO”	16
2.4 AINDA SOBRE A AMOSTRAGEM: POR QUE SELECIONAR OS JULGADOS EM QUE HOVE O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE?	17
2.5 RTJ E INFORMATIVO: POSSIBILITAM DISTINGUIR A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DOS DIFERENTES TIPOS DE CONTROLE	17
2.7 OS MARCOS TEMPORAIS ADOTADOS E OS INSTITUTOS PERSCRUTADOS	18
2.8 CRITÉRIOS ADOTADOS PARA A SELEÇÃO DOS JULGADOS E A FORMAÇÃO DOS APÊNDICES 1 A 4	20
2.9 ALGUNS ASPECTOS DO MARCO TEÓRICO INDISPENSÁVEIS À CONSTRUÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA	21
2.9.1 Linguagem: entre as disposições determinadas pelo <i>habitus</i> e o mercado linguístico previamente estruturado que avalia e julga a interação linguística.	21
2.9.2 O Estado e a construção do público: quem são os agentes que dispõem do “poder de nomear” o que é o “público”?	24
2.9.3 A apropriação dos conceitos de campo e <i>habitus</i> nesta tese	25
2.9.4 Aproximação e distanciamento da chamada “análise empírica do direito”	27
3 DO CASO CONCRETO À NORMA: A CONSTRUÇÃO DA OBJETIVIDADE NO DISCURSO DA REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA	29
3.1 REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA: A JUDICIALIZAÇÃO DE UM CONFLITO FEDERATIVO FUNDADO NA AFRONTA A PRINCÍPIOS SENSÍVEIS?	29
3.2 CONTEXTUALIZANDO AS REPRESENTAÇÕES INTERVENTIVAS: O FIM DA ERA VARGAS E A NECESSIDADE DE SE REDEFINIR A GESTÃO DOS CONFLITOS FEDERATIVOS E ENTRE PODERES	32
3.3 A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS FEDERATIVOS E O EMPODERAMENTO DO JUDICIÁRIO: O PAPEL DETERMINANTE DAS REPRESENTAÇÕES INTERVENTIVAS	35
3.4 O RECONHECIMENTO, PELO PRÓPRIO STF, DE SE TRATAR DE UM JULGAMENTO “EM TESE”, A DESPEITO DO ESTRANHAMENTO COM O NOVO INSTITUTO	39
3.5 COM QUEM A REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA DIALOGA? A DÍADE “QUESTÕES POLÍTICAS X DIREITOS INDIVIDUAIS”	41
3.5.1 Afastado do caso concreto, como legitimar o exercício da função jurisdicional na esfera normativa, tida historicamente como o âmbito do “político”?	41
3.5.2 Os juristas-intelectuais das faculdades de direito: a crença e as contradições na proteção a “direitos individuais” (direito de propriedade e à liberdade)	43
3.5.3 A díade “decisões políticas x direitos fundamentais”: delimitação do jurídico e do político; o “controle do Estado” pela proteção aos direitos individuais	45
3.5.4 A construção discursiva da díade “questão política x lesão a direito individual”, pelo STF, na Primeira República: o Judiciário intermediando disputas no núcleo da elite brasileira.....	50
3.6 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DAS REPRESENTAÇÕES E O DESLOCAMENTO DA DÍADE “QUESTÕES POLÍTICAS X DIREITOS INDIVIDUAIS”: O STF E A “GESTÃO DO ESTADO”	54

3.6.1	A “crença” na excepcionalidade do exercício do controle abstrato	54
3.6.2	Olhar panorâmico das matérias analisadas pelo STF em sede de representação: apesar das hipóteses restritas de cabimento, matérias que permitem amplos debates constitucionais.....	56
3.6.3	A pesquisa empírica: detalhamento das representações julgadas entre 1957-1964	60
a.	Por quais ações/recursos o STF apreciou a constitucionalidade das normas?	60
3.6.4	O STF analisava a constitucionalidade de normas com qual frequência?.....	62
3.6.5	Controle concentrado x difuso	63
3.6.6	Quais temas são veiculados em sede de controle de constitucionalidade?	64
3.6.7	Há vínculo entre o tipo de ação/recurso e o tema veiculado pela norma analisada pelo STF?	66
3.6.8	Qual a influência do “tema” nos “juízos” proferidos pela Corte? Há vínculos entre o tipo de ação/recurso e a matéria veiculada na RP, RE ou MS?	68
3.6.9	Os juízos de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) variaram a depender da ação/recurso apreciados?.....	70
3.6.10	Tipo de ação/recurso e sua relação com a origem da norma impugnada.....	74
3.6.11	Qual a origem das normas considerando os temas tratados pelo STF?.....	78
3.6.12	Há influência no juízo proferido pelo STF a depender do tema e da origem da norma?.....	80
3.6.13	Dentro de um mesmo tema, como variou o juízo de constitucionalidade a depender da ação/recurso apreciado?.....	81
3.6.14	Qual a porcentagem de julgados unânimes? O STF altera o resultado de seu posicionamento a depender do tipo de ação e/ou da matéria debatida?.....	82
	Fonte: elaborado pelo autor.....	84
3.6.15	O discurso normativo da representação interventiva e a inserção do STF em nova função: a gestão do Estado.....	84
3.7	HABITUS DO JURISTA: O CONTRAPONTO À AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO JUDICIÁRIO DECORRENTE DA REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA	85
3.7.1	A crença na rigidez dos princípios da legalidade, da presunção de constitucionalidade e da separação dos poderes	85
3.7.2	O <i>habitus</i> restritivo dos ministros e sua relação inextrincável com a diminuta importância da burocracia do Judiciário	90
3.7.3	O controle abstrato em Kelsen.....	93
a.	Entre a busca pela aplicação adequada do direito estatal e a garantia do processo democrático, a construção de uma liberdade administrada pelo Estado	93
b.	Ruptura estrutural do controle de constitucionalidade, embora pautado em um ethos do comedimento.....	95
3.7.4	“Distanciamento social” do STF e a construção do <i>habitus</i> de um jurista “técnico”, que se limita a manipular normas	97
3.8	O CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO É, ANTES DE TUDO, UMA DINÂMICA....	99
3.8.1	Dinâmicas em disputa.....	100
3.8.2	A representação de inconstitucionalidade (EC 16/65) intensificou o controle sobre os estados.....	102
3.8.3	A crença na construção técnica do controle abstrato, e a idealização do próprio modelo, na base da leitura anacrônica da representação interventiva.....	103
4	2º PERÍODO: 1985-89.....	106
4.1	ANÁLISE EMPÍRICA	106

4.1.1	Por quais ações/recursos o STF apreciou a constitucionalidade das normas?.....	106
4.1.2	O STF analisava a constitucionalidade de normas com qual frequência?.....	108
4.1.3	Controle concentrado x difuso	109
4.1.4	Quais temas são veiculados em sede de controle de constitucionalidade?.....	110
4.1.5	Há vínculo entre o tipo de ação/recurso e o tema veiculado pela norma analisada pelo STF?	112
4.1.6	Qual a influência do “tema” nos “juízos” proferidos pela Corte? Há vínculos entre o tipo de ação/recurso e a matéria veiculada nas representações e nos recursos extraordinários?.....	113
4.1.7	Os juízos de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) variaram a depender da ação/recurso apreciados?.....	118
4.1.8	Tipo de ação/recurso e sua relação com a origem da norma impugnada	122
4.1.9	Qual a origem das normas considerando os temas tratados pelo STF?.....	126
4.1.10	Há influência no juízo proferido pelo STF a depender do tema e da origem da norma?.....	129
4.1.11	Dentro de um mesmo tema, como variou o juízo de constitucionalidade a depender da ação/recurso apreciado?.....	129
4.1.12	Qual a porcentagem de julgados unânimes?.....	130
4.2	DIFERENÇAS E CONTINUIDADES ENTRE AS REPRESENTAÇÕES INTERVENTIVAS E AS DE INCONSTITUCIONALIDADE	132
4.2.1	A continuidade do <i>habitus</i> restritivo oriundo da teoria neopositivista de direito: a excepcionalidade na invalidação de normas; a noção de sistema centrada na lei a ser interpretada pelo Judiciário	132
4.2.2	A representação de inconstitucionalidade: entre a representação interventiva e a Constituição de 1988.....	134
4.2.3	O deslocamento do controle abstrato de excepcional intervenção do direito na política para a quintessência da salvaguarda constitucional	135
5	DA EXCEÇÃO À REGRA: A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE ABSTRATO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	139
5.1	O MANDADO DE INJUNÇÃO ABSTRATIVISTA COMO REPRESENTAÇÃO DO NOVO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE UTILIZADO PELO STF PARA ATUAR NA ESFERA NORMATIVA	139
5.1.1	O <i>writ</i> como um ponto de observação privilegiado da relação entre direito e política.....	139
5.1.2	O mandado de injunção na ANC e no STF.....	139
5.1.3	O mandado de injunção abstrativista: ápice da consolidação de um novo discurso de legitimação para o para a jurisdição constitucional.....	142
a.	O Mandado de Injunção 670	142
b.	O Mandado de Injunção 721: o “falso modelo concretista individual”	144
5.1.4	O mandado de injunção como ponto de observação privilegiado de uma revolução simbólica exitosa	145
5.2	CRISE DE 1955 E GOLPE DE 2016: AS DIFERENTES CATEGORIAS MOBILIZADAS EM CADA UM DOS JULGAMENTOS REPRESENTANDO A PROFUNDA DIFERENÇA ENTRE O CAMPO DO DIREITO, E O <i>HABITUS</i> DOS JURISTAS, NOS DIFERENTES MOMENTOS HISTÓRICOS.....	147
5.2.1	A crise de 1955: a diáde “questão política x direito individual”; o papel do mandado de segurança e do recurso extraordinário	147
5.2.2	O Golpe de 2016 e a “tutela da ordem objetiva”	150
5.3	1995-2004: ANÁLISE EMPÍRICA.....	152

5.3.1	Por quais ações/recursos o STF apreciou a constitucionalidade das normas? ...	153
a.	Os dados dos Informativos de 1995-2004	153
b.	O “Supremo em números” (FGV): demonstração de como o controle concentrado desloca-se de excepcional atividade política do STF para se configurar na essência da atividade jurisdicional da Corte	154
5.3.1.b.1	“Personas constitucionais”: questões constitucionais e seu vínculo às ações abstratas	155
5.3.1.b.2	A consolidação da crença: o desenvolvimento de um repertório argumentativo que torna a “tutela objetiva da ordem constitucional”, antes atividade excepcional do STF, em sinônimo de “questão constitucional”	156
5.3.1.b.3	Contextualizando a crença: as ações abstratas regem-se pela articulação de meios e fins, a partir da subsunção, colocando-se o conteúdo da decisão em segundo plano	157
5.3.2	O STF analisava a constitucionalidade de normas com qual frequência?.....	160
5.3.3	Controle concentrado x difuso	161
5.3.4	Quais temas são veiculados em sede de controle de constitucionalidade?.....	162
5.3.5	Há relação entre o tipo de ação/recurso e o tema veiculado pela norma analisada pelo STF?	165
5.3.6	Qual a influência do “tema” nos “juízos” proferidos pela Corte? Há vínculo entre o tipo de ação/recurso e a matéria veiculada?	169
5.3.7	Os juízos de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) variaram a depender da ação/recurso apreciados?	174
5.3.8	Tipo de ação/recurso e sua relação com a origem da norma impugnada.....	178
5.3.9	Qual a origem das normas considerando os temas tratados pelo STF?.....	182
5.3.10	Há influência no juízo proferido pelo STF a depender do tema e da origem da norma?.....	183
5.3.11	Dentro de um mesmo tema, como variou o juízo de constitucionalidade a depender da ação/recurso apreciado?.....	184
5.3.12	Qual a porcentagem de julgados unânimes? O STF altera o resultado de seu posicionamento a depender do tipo de ação e/ou da matéria debatida?.....	185
5.4	2012-2016: CONSOLIDAÇÃO E SOFISTICAÇÃO DO DISCURSO ABSTRATIVISTA	186
5.4.1	Breve explicação metodológica relativa à análise dos Informativos de 2012-16	186
5.4.2	Por quais ações/recursos o STF apreciou a constitucionalidade das normas? ...	188
5.4.3	O STF analisava a constitucionalidade de normas com qual frequência?.....	189
5.4.4	Controle concentrado x difuso	190
5.4.5	Quais temas são veiculados em sede de controle de constitucionalidade?.....	191
5.4.6	Há vínculo entre o tipo de ação/recurso e o tema veiculado pela norma analisada pelo STF?	196
5.4.7	Qual a influência do “tema” nos “juízos” proferidos pela Corte? Há vínculos entre o tipo de ação/recurso e a matéria veiculada na ação ou recurso?	198
5.4.8	Os juízos de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) variaram a depender da ação/recurso apreciados?	202
5.4.9	Tipo de ação/recurso e sua relação com a origem da norma impugnada	207
5.4.10	Qual a origem das normas considerando os temas tratados pelo STF?.....	211
5.4.11	Há influência no juízo proferido pelo STF a depender do tema e da origem da norma?.....	212
5.4.12	Dentro de um mesmo tema, como variou o juízo de constitucionalidade a depender da ação/recurso apreciado?.....	213
5.4.13	Qual a porcentagem de julgados unânimes?.....	214

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	221
---	------------

1 APRESENTAÇÃO

O presente projeto parte de uma premissa, hoje, incontestável: a ampliação da influência do Poder Judiciário no mundo social, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. A pergunta que norteia todo o trabalho, nesse contexto, centra-se não nas razões que ensejaram esse empoderamento. De outro modo, interroga-se sobre o que mudou na prática argumentativa do Supremo que tornou possível tamanha extensão de poderes. Mais especificamente, como o STF construiu e naturalizou o discurso do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade como inerente à atividade jurisdicional?

O objetivo principal da tese, nesse sentido, é descrever as continuidades e rupturas dos argumentos utilizados pela Corte para legitimar o exercício do controle de constitucionalidade, tornando possível perscrutar, a partir desse ponto privilegiado de observação da relação entre direito e política, como o Tribunal constrói a fronteira dessa sua atividade em relação ao Executivo e Congresso. Notadamente, como o discurso de legitimidade do controle abstrato foi deslocado de uma excepcional incursão da jurisdição na esfera política para se tornar, em última análise, sinônimo de uma jurisdição constitucional “eficiente”.

Para se aproximar de uma resposta adequada à pergunta, adota a presente tese, como contexto empírico¹, as Revistas Trimestrais de Jurisprudência, publicadas entre 1957-1964 e 1985-1989, e os Informativos de Jurisprudência, editados entre 1995-2004 e 2012-2016. A observação incide sobre os julgados que veiculam controle de constitucionalidade de normas, que foram categorizados de acordo com os temas, origem das normas impugnadas, o resultado, o deferimento de cautelar, a sua relevância, entre outros.

Os dados colhidos na pesquisa empírica foram sistematizados com o auxílio do programa *Tableau*, que permite a análise de todas essas informações a partir de diversas variáveis e, assim, a melhor observação de regularidades e rupturas na jurisprudência da Corte. Foi conferida especial importância aos “temas” veiculados em sede de controle de constitucionalidade, com a finalidade de observar a relação entre as *matérias* abordadas, o *tipo de ação/recurso* e o *juízo* (de constitucionalidade ou inconstitucionalidade) incidente sobre a norma impugnada. O foco nessas variáveis decorre da tentativa de discriminar o controle abstrato do controle difuso, para entender a singularidade das ações concentradas. Foram realizados os mesmos gráficos em todos os períodos analisados, com a pretensão de se observar de forma mais arguta as diferenças e continuidades de cada período.

¹ Denomina-se contexto empírico a articulação do *corpus* e da amostragem utilizada nesta tese, como explicado na metodologia.

Em síntese, observou-se que os temas veiculados em sede de controle concentrado mantiveram-se constantes nos períodos sob investiva, assim como a maior regularidade de seus julgamentos em relação ao controle difuso – as ações abstratas tenderam a ser julgadas, prioritariamente, procedentes, se contrapostas aos recursos extraordinários. Mas, por outro lado, há uma profunda alteração no *habitus* dos ministros do STF, se compararmos os períodos pré-constitucionais (1957-64 e 1985-89) e pós-constitucionais (1995-2004, 2012-2016) perscrutados.

O primeiro capítulo é dedicado à apresentação da metodologia de pesquisa, detalhando-se a abordagem dos julgados selecionados, bem como a *específica* apropriação da obra de Pierre Bourdieu para se construir categoria indispensável para se pensar o problema desta tese: o *habitus* dos ministros do STF.

Em seguida, foi analisada a pesquisa empírica no período de 1957-1964, com enfoque na representação interventiva, primeira ação que veio a viabilizar o julgamento de “lei em tese”. Buscou-se demonstrar que a doutrina majoritária, ao explicar o instituto, o faz anacronicamente, por meio de premissas que naturalizam e fomentam o controle abstrato como imanente à jurisdição constitucional, dificultando a inteligência do que a demanda realmente trouxe de novo ao direito brasileiro: o deslocamento do discurso de legitimação do STF para a atuação na esfera normativa e como essa nova ação cria um novo plexo de competências ao Judiciário. Até então, a declaração de inconstitucionalidade pressupunha, a partir de um caso concreto, a demonstração de que a norma vergastada afrontava *direito individual*, o que vai ser substituído pelo discurso da “compatibilidade vertical de normas”, que torna desnecessária a veiculação de qualquer *conteúdo* ao direito. O Judiciário passa a se dedicar, por meio das representações, à gestão de aspectos centrais do Estado, como a organização dos Poderes e do Estado, enquanto o controle difuso continua a ser julgado com base na alegação de “direitos individuais” – notadamente a disputa entre (grandes) contribuintes e o Fisco.

O terceiro capítulo se debruça sobre a pesquisa empírica realizada no período de 1985-1989. Das continuidades já mencionadas em relação à 1957-1964, ficou evidente, por meio da análise empírica, que os ministros continuam tratando a “esfera normativa” como o *locus* do político, daí por que concebem o controle de constitucionalidade como excepcional. Esse fato é relevante porque esse será o grande recorte que se nota ao nos debruçarmos sobre o discurso de legitimação da atuação na esfera normativa nos períodos pós-Constituição de 1988.

No capítulo quarto, além da análise empírica dos julgados coletados, com base nos mesmos critérios utilizados nos demais períodos, foi dado especial enfoque à mudança jurisprudencial ocorrida no mandado de injunção em 2006-2007. O objetivo foi utilizar as

especificidades do *writ* para analisar essa profunda transformação, em que o STF deixa de tratar a tutela da ordem objetiva como excepcional e consolida categorias que naturalizam a relação entre jurisdição constitucional e controle abstrato.

Também com o objetivo de marcar as diferenças no *habitus* dos ministros do STF, e no discurso de legitimação do controle de constitucionalidade, foram analisados dois julgados de extrema relevância para a história constitucional brasileira, que representam a profunda diferença das categorias disponíveis à Corte para a análise dos precedentes: a crise de 1955 e o Golpe de 2016. Enquanto Café Filho ajuizou *habeas corpus* e recurso extraordinário para defender o que entendia ser seu direito individual – retornar à Presidência –, a defesa de Dilma Roussef se utilizou, essencialmente, de instrumentos de controle abstrato para tentar interferir nos processos em curso no Congresso. A resposta do STF, da mesma forma, se deu apenas por meio de demandas concentradas, rejeitando analisar as ações concretas utilizadas pela base do governo.

Por meio dessa conflituosa trajetória, em que o STF desloca sua legitimidade da díade “questões políticas x direitos individuais” para o controle da lei em tese, vai-se sugerir que as ações abstratas são, antes de tudo, uma dinâmica, em que o sistema jurídico, deslocado de uma função restritiva dos demais Poderes, passa a assumir, também, relevante papel de instrumentalização do exercício do poder estatal. A judicialização dos conflitos federativos e entre Poderes, fenômeno histórico que se naturalizou como inexorável, pressupôs e se fez possível por meio do controle abstrato, exatamente pela nova dinâmica que ele instaura: a restrição dos legitimados, a aceleração do tempo e, sobretudo, o desenvolvimento de um direito “sem conteúdo”. Mas, até 1988, o “*habitus* restritivo” dos ministros construía fronteira sólida entre os Poderes que criava limitação significativa ao sistema jurídico. Com a alteração profunda do *ethos* em que se formam os magistrados depois de 1988, o controle abstrato assume novo significado, contribuindo decisivamente para o fortalecimento da crença de que todos os conflitos sociais podem ser resolvidos pelo discurso racional jurídico.

2 METODOLOGIA

2.1 Pergunta

A presente tese busca enfrentar a seguinte pergunta: como o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade se consolidou, na prática do STF, como inerente à atividade jurisdicional?

2.2 *Corpus*: por que apenas as decisões judiciais?

A presente tese busca enfrentar a seguinte pergunta: como o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade se consolidou, na prática do STF, como inerente à atividade jurisdicional?

O direito, como toda prática social, pressupõe a inserção dos agentes em universo simbólico que dá sentido às relações travadas no campo. Gestos, gostos, modos são interações que devem ser consideradas na observação de qualquer objeto de pesquisa dentro do sistema jurídico, sobretudo quando se utiliza Pierre Bourdieu como marco teórico. Contudo, dada a estrutura do campo, as decisões judiciais acabam por ser o ponto de convergência de muitas dessas representações, tendo se mostrado mais profícuo à tese a utilização (apenas) de precedentes do STF como *corpus*.

2.3 Amostragem: como o STF “relata a si mesmo”

A fixação da amostragem, por sua vez, pressupôs conciliar, de acordo com o marco temporal elegido, julgados representativos do objeto que se pretende perscrutar. Nesse sentido, o percurso utilizado na pesquisa foi, novamente, o mais simples: a utilização dos principais periódicos em que o próprio STF veicula as decisões que considera mais relevantes, quais sejam, as *Revistas Trimestrais de Jurisprudência* (RTJ), no período pré-Constituição de 1988, e os *Informativos de Jurisprudência*, a partir de 1995.

Nota-se, pois, que o recorte utilizado apresenta limitação evidente, já que foram submetidos ao STF mais de um milhão de recursos extraordinários entre 1988 e 2011 (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011), sem contar outras dezenas de formas com que se pode acessar o Tribunal. Mas, ao se utilizar como amostragem as decisões que a própria Corte entende como relevantes, tem-se, ao menos, visão razoável sobre qual autoimagem ela pretende transmitir ao público e é a partir desse “relatar a si mesmo” que o STF constrói a legitimidade de suas decisões – objeto desta tese.

² Referência evidente ao título, em português, da obra de Judith Butler (2015).

Com base nessas premissas, a pesquisa se debruçou sobre as decisões veiculadas pelo STF nas Revistas Trimestrais de Jurisprudência, nos períodos de 1957-1964 e 1985-1989, e nos Informativos de Jurisprudência, entre 1995-2004 e 2012-2016, buscando selecionar e classificar todos os precedentes em que a Corte analisou a constitucionalidade de normas.

Acrescente-se, por fim, que, em relação aos períodos de 1995-2004 e 2012-2016, a apreciação da amostragem se dará a partir de constante diálogo com dois trabalhos de fôlego de natureza quantitativa – com o objetivo de minorar as limitações do recorte aqui utilizado. Costa e Benvindo (2016) analisam todas as ADI julgadas entre 1988-2014, identificando seus autores, temas, tempo de julgamento e a relação entre essas categorias, com o escopo de responder a “quem interessa o controle abstrato de constitucionalidade”. Já o “FGV em números”, Relatório I, busca identificar e qualificar todos os tipos de ação/recurso que foram submetidos e julgados pela Corte entre 1988-2011, a partir de informações do próprio Tribunal sobre os processos que lhe foram submetidos.

2.4 Ainda sobre a amostragem: por que selecionar os julgados em que houve o exercício do controle de constitucionalidade?

A amostragem apresenta, ainda, mais um importante recorte. Interessa à presente tese os julgados que veicularam juízos de constitucionalidade sobre normas, seja pela via difusa ou abstrata. A escolha dessa espécie de decisão se deu em razão da tensão imanente ao controle de constitucionalidade, que coloca em questão os poderes que o STF se reconhece para atuar na esfera normativa; para controlar ou se submeter aos Poderes Políticos. Entende-se como norma, prioritariamente, o ato normativo primário que inova o ordenamento (lei). Mas, havendo abstração ou generalidade suficientes para ensejar conflito relevante, foi o precedente analisado – o que será justificado, caso a caso, nos Apêndices I a IV desta tese.

Como se buscará demonstrar, há uma profunda alteração na jurisprudência da Corte em relação aos poderes que ela se confere para realizar o controle de constitucionalidade das leis. Essa ruptura parece ser um ponto de observação muito profícuo sobre como o STF legitimou sua expansão de poderes para esferas que, há muito pouco tempo, seriam inacessíveis ao Judiciário.

2.5 RTJ e Informativo: possibilitam distinguir a construção discursiva dos diferentes tipos de controle

Outra razão importante para se debruçar sobre as RTJ e os Informativos de Jurisprudência está na pluralidade de julgamento que veiculam. Todas as formas de se acessar

o STF são, em geral, abordadas pelas publicações, permitindo uma visão mais ampla em relação ao objeto perscrutado. Não há como se traçar o regime construído pelo STF para o exercício do controle concentrado sem demarcar suas diferenças com o difuso. É da distinção entre ambos que é possível discriminar as inovações que as ações abstratas trouxeram ao direito brasileiro, a partir das representações interventivas.

2.6 A citação às *Revistas Trimestrais de Jurisprudência, Informativos e demais julgados*

A citação aos julgados pesquisados nesta tese far-se-á de três formas distintas. As RTJ e informativos estão disponíveis no sítio eletrônico do próprio STF, nos seguintes endereços:

- ✓ RTJ: <http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp>;
- ✓ Informativo: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>

Por fim, em relação aos demais julgados, a citação fará menção aos critérios de pesquisa fornecidos diretamente pelo STF, que facilitam a consulta e a tornam mais segura:

- ✓ Pesquisa no sítio eletrônico do STF: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/searchj..>

2.7 Os marcos temporais adotados e os institutos perscrutados

A definição de quatro períodos distintos para realizar a análise empírica dos julgados disponibilizados pelo STF nos periódicos mencionados busca, por um lado, restringir a observação. As categorias perscrutadas, assim, encontram limites na amostragem adotada. Torna-se necessário, contudo, explicar o porquê dos marcos escolhidos, o que foi sendo construído à medida que a investigação foi se desenvolvendo.

Uma vez que a presente pesquisa se debruçou sobre o controle abstrato de constitucionalidade, fez-se necessário investigar os marcos pressupostos pelo campo do direito como iniciais para o seu surgimento. Colocou-se em questão, desse modo, se a representação interventiva seria, ou não, a precursora do instituto no Brasil. Ocorre que o estudo de sua *prática*, na jurisprudência do STF, encontra-se pouco aprofundada, notadamente pela influência de determinados manuais na delimitação de seus contornos. Há uma tendência em se conceituar o instituto a partir de uma construção “teórico-dogmática”, em que as categorias atuais do direito constitucional são utilizadas para defini-lo.

Outra dificuldade encontrada durante a pesquisa, que também influenciou na fixação dos marcos temporais aqui utilizados, decorreu da falta de sistematização das decisões

proferidas, à época, pelo STF³. Fez-se necessária, então, a realização de pesquisa diretamente no arquivo do Supremo, o que também não se mostrou eficiente – apesar de muito proveitosa à investigação. A dificuldade em se manejar os processos, antigos e fora de ordem, fez das *Revistas Trimestrais de Jurisprudência*, também por esse motivo, a melhor alternativa à pesquisa.

Assim, considerando a sistematicidade com que a *RTJ* foi veiculada à época, que permite uma visão mais clara sobre os contornos que o STF conferiu ao instituto, foi fixado como termo inicial para a pesquisa empírica a *RTJ* 1, datada de 1957. O fim do primeiro período também se mostrou relativamente óbvio: o golpe militar de 1964, considerando a ruptura incontestável operada pela ditadura em todos os âmbitos do Estado brasileiro, inclusive no Judiciário.

A representação de inconstitucionalidade, por sua vez, tratada pela maior parte da doutrina como a precursora do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, foi positivada já no início da ditadura, em 1965, atravessando todo o regime de exceção brasileiro. Há, portanto, dificuldade evidente em se observar esse longo período. A escolha do segundo lapso observado, 1985-1989, deveu-se, assim, à maior autonomia do STF em relação ao Executivo, permitindo uma delimitação temporal mais rica à pesquisa. Notadamente, porque a proximidade com a promulgação da Constituição de 1988 permite observar de forma mais nítida as rupturas promovidas pela nova ordem.

Por fim, no período democrático, esperava-se, inicialmente, realizar o estudo de doze informativos entre 1995 e 2016. Contudo, no decorrer da pesquisa, mostrou-se desnecessário percorrer todo esse lapso, o que tornaria, inclusive, a observação excessivamente dispersa. Além disso, a superveniência da Pandemia da Covid-19 dificultou, sobremaneira, o desenvolvimento dos trabalhos.

O terceiro marco, desse modo, foi situado entre o início da edição dos *Informativos de Jurisprudência*, em 1995, e o ano da publicação da Emenda Constitucional 45/2004, que veio a consolidar no Brasil a tendência à objetivação do controle difuso, tema de especial importância a esta tese. A criação da repercussão geral e da súmula vinculante, o mandado de injunção abstrativista, entre outros, são fatos que mudaram de forma relevante a jurisprudência do STF, justificando a aposição do termo no mencionado ano.

O termo final da pesquisa foi adotado, igualmente, como decorrência do golpe de 2016, cujos efeitos nas instituições brasileiras ainda são difíceis de se mensurar e necessitam de

³ Como decorrência da ausência de instrumentos tecnológicos que, hoje, nos são disponíveis.

distanciamento temporal adequado para serem compreendidos. A partir dele, mostrou-se razoável retroagir até o ano de 2012, de forma que os principais institutos criados pela Emenda Constitucional 45/04 pudessem ser observados com anos de consolidação – notadamente a repercussão geral.

Por fim, importante mencionar que, entre 1995-2004 e 2012-2016, foram analisados 12 Informativos por ano, em média, o que representa, aproximadamente, 30 a 33% das publicações anuais.

2.8 Critérios adotados para a seleção dos julgados e a formação dos apêndices 1 a 4. Links para os apêndices

Como já mencionado, o STF iniciou a publicação da *Revista Trimestral de Jurisprudência* no ano de 1957. Foram analisadas as revistas de número 1 (abril a junho de 1957) a 27 (janeiro a março de 1964), publicação que antecedeu ao golpe de 1964. As revistas estão disponíveis na internet⁴.

Foi pesquisada, nas edições das RTJ com OCR – que permitem a pesquisa no corpo do PDF –, a expressão “*inconst*” – relativa à expressão *inconstitucionalidade*. Assim, todos os julgados que continham a expressão perscrutada foram compilados e, em seguida, analisados. Nas revistas sem a tecnologia mencionada, foi contratado bibliotecário que fez a seleção dos precedentes, como explicado nos apêndices desta tese. Já em relação aos *Informativos*, foi feita a leitura integral de doze semanais por ano, selecionando-se, também, as decisões que veicularam juízos de compatibilidade vertical de norma.

Caso o STF tenha, de fato, realizado juízo de constitucionalidade, foi o julgado inserido em quadro, denominado “Controle de Constitucionalidade”, e, em seguida, classificado conforme o ramo do direito. Cada período analisado recebeu um determinado *índice*, correspondente à classificação respectiva. Os processos que continham a expressão “*inconst*”, mas não veicularam controle de constitucionalidade, foram elencados em uma lista à parte, denominada “*Extras*”, tendo sido identificados por seu número e relator. O objetivo é permitir uma conferência tanto das conclusões como da própria metodologia adotadas neste trabalho.

Já em relação aos *Informativos de Jurisprudência*, todas as decisões excluídas do quadro “Controle de Constitucionalidade” foram incluídas na lista de “*Extras*”, salvo as constantes na sessão “Transcrições”. Assim, em síntese, esta tese conta com 4 (quatro) apêndices, cada um fazendo referência a um dos períodos analisados – 1957-1964; 1985-1989; 1995-2004; 2012-

⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp>. Acesso em: 27 ago. 2020.

2016 –, que contêm:

- a) Os *índices* utilizados para classificar os julgados;
- b) Quadro com breve análise de todos os julgados em que foi veiculado controle de constitucionalidade: “*Quadro Controle de Constitucionalidade*”;
- c) Quadro com a relação dos julgados não analisados: “*Quadro Extras*”.

Os apêndices, em razão do excessivo espaço que consomem, estão disponibilizados na internet, por meio dos seguintes links:

- a) Apêndice 1: 1957-64:

<https://drive.google.com/file/d/1E7jsbTMEWcbn9FomZzwpyDociHcYBAAR/view?usp=sharing>

- b) Apêndice 2: 1985-89:

<https://drive.google.com/file/d/1i-4SDDgoKtwH6NDi4x8OaD5XS9J-oCUE/view?usp=sharing>

- c) Apêndice 3: 1995-2004

<https://drive.google.com/file/d/12FtZgMUtfB3XJS5voS1aQy5SOIPRW7Iw/view?usp=sharing>

- d) Apêndice 4: 2012-16

<https://drive.google.com/file/d/1ia5H6enzlxFg72DXNbcaYxwyoD6KXHGU/view?usp=sharing>

2.9 Alguns aspectos do marco teórico indispensáveis à construção do objeto de pesquisa

A utilização de um ponto de observação pouco comum para se analisar o Direito Constitucional pressupõe que sejam feitas considerações um pouco mais longas acerca do marco teórico utilizado, Pierre Bourdieu.

- 2.9.1 Linguagem: entre as disposições determinadas pelo *habitus* e o mercado linguístico previamente estruturado que avalia e julga a interação linguística⁵.

O presente texto não se insere nas tradições do Direito Constitucional que pretendem perscrutar qual a melhor, ou mais racional, decisão pode ser tomada pelo Judiciário. Ou, pelo

⁵ “*Tout acte de parole et, plus généralement, toute action, est une conjoncture, une rencontre de séries causales indépendantes : d’une côté les dispositions, socialement façonnés, de l’habitus linguistique (...) de l’autre, les structures du marché linguistique, que s’impose comme un système de sanctions et de censures spécifique*” (BOURDIEU, 1982, p. 60). Todo ato de fala e, mais geralmente, toda ação, é uma conjuntura, um encontro de séries causais independentes: de um lado, as disposições socialmente moldadas do *habitus* linguístico (...) de outro, as estruturas do mercado linguístico, que se impõe como um sistema específico de sanções e censura (tradução nossa).

menos, não são essas as premissas e perguntas a ele subjacentes. Inicialmente, porque o fenômeno da linguagem não é observado, aqui, a partir de seu potencial de criação de consensos intersubjetivamente válidos para um auditório.

De outro modo, parte-se da premissa de que a prática dos atos linguagem é, antes de tudo, o exercício de um poder⁶ dentro de relações sociais previamente estruturadas. A linguagem atravessa a vida social pressupondo e constituindo lugares e agentes que, ao se relacionarem, obtém prestígio ao falar, em um mercado (linguístico) que tende a favorecer aqueles que dispõem de mais acesso ao capital educacional.

As interações linguísticas pressupõem, de um lado, um campo estruturado historicamente que atribui valor às práticas ocorridas nesse espaço social. De outro, interlocutores formados a partir de um *habitus* linguístico que, ao emitirem atos de fala, o fazem de acordo com essa história incorporada: o morador da capital e do interior, do bairro nobre e das periferias, do Sudeste e do Nordeste, o homem e a mulher, o inglês e o brasileiro.

Existe, portanto, um elo imediato entre como a *história* de como um campo sanciona interações linguísticas e o *habitus* linguístico titularizado pelos interlocutores⁷. Trocando em miúdos, os moradores das partes nobres da cidade, que normalmente tiveram acesso a sistema educacional de maior qualidade, tendem a dispor de maior domínio da língua oficial (capital educacional) que, em regra, é condição determinante para se ocupar os postos centrais do Estado e do mercado.

As teorias majoritárias do Direito Constitucional, grosso modo, concebem o debate público como fonte de legitimidade e de controle do exercício do poder, com o objetivo de contribuir para a melhora da prestação jurisdicional. Essa idealização em torno do melhor argumento proferido no espaço público, contudo, consciente ou inconscientemente, gera um apagamento da função da linguagem – e não apenas da linguagem⁸ – e de seu papel de

⁶ O “(...) poder não é um amuleto que um indivíduo possua e outro não; é uma característica estrutural das relações humanas – de *todas as relações* humanas” (ELIAS, 2018, p. 81).

⁷ “*Bourdieu s’intéresse par les conditions socio-politique spécifique “à la formation et à l’usage du langage” (...) Il décrit les échanges linguistiques quotidiens comme autant de rencontres localisées entre des agents porteurs de ressources et de compétences social structurées. Ainsi, toute interaction linguistique, aussi personnelle et insignifiantes qu’elles puisse paraître, porte-t-elle les traces de la structure sociale qu’elle exprime et qu’elle contribue à reproduire*” (THOMPSON, 2001, p. 9). Bourdieu se interessa pelas condições sociopolíticas específicas “à formação e ao uso da linguagem” (...) Ele descreve as trocas linguísticas diárias como tantos encontros localizados entre os agentes portadores de recursos e competências sociais estruturadas. Assim, toda interação linguística, por mais pessoal e insignificante que pareça, traz consigo traços da estrutura social que expressa e ajuda a reproduzir (tradução nossa).

⁸ Bourdieu reconhece, com o estruturalismo, o papel central dos bens simbólicos na constituição da cultura, contudo opõe-se a uma teoria do consenso que está em sua base, que enxerga as trocas simbólicas como “estruturas estruturadas”, ou seja, como função essencialmente de integração social. Para o pensador francês, de outro modo, a cultura é uma estrutura estruturante. O simbólico representa uma determinada imagem do social apagando as relações de poder que lhe dão sustentação e, ao fazê-lo, cumpre papel determinante de reproduzi-la. Aqui se insere

constituir, distinguir e manter os atores sociais. Especificamente, e é o que nos interessa de perto, o próprio papel do jurista, cuja atividade é manifestar pretensões de verdade perante um auditório, é naturalizado. O poder que exerce como titular da linguagem pela qual o Estado se manifesta, o “direito”, deve, necessariamente, ser pressuposto como condição de desenvolvimento da vida social – e, portanto, não problematizado.

O mesmo se dá quando nos perguntamos, “apenas”, sobre a “a decisão mais correta” a ser proferida pelo Judiciário: a instituição, constituída na história, formada por pessoas com trajetórias muito específicas, com carreiras consolidadas, cede lugar a discussões em torno de enunciados com pretensões de racionalidade/correição. Uma racionalidade que parece nunca cessar, como se em toda decisão fosse possível afastar o “estado inconsciente” que está presente em todo fenômeno coletivo⁹ – sendo esse estado de inconsciência, segundo Lévi-Strauss (2014), condição de possibilidade das interações sociais.

Essa desnaturalização de modelos ideais que conformariam o direito e as instituições democráticas torna-se ainda mais relevante quando não estamos falando a partir dos países para os quais essas idealizações foram construídas, como é o caso brasileiro. Interessa-nos, pois, com Bourdieu, pensar como a alteração do discurso operada pelo STF está inserida e constrói caminhos para a ampliação de seu poder, buscando desvelar a narrativa de viés evolucionista do próprio Tribunal que explica seu empoderamento como o caminho necessário, e inexorável, para ampliar a proteção à Constituição¹⁰.

Mas, antes de prosseguir, fundamental ressaltar que uma “relação” envolve, sempre, ao menos dois polos (ELIAS, 2018). Não há a ampliação unilateral do poder do STF, porque seus ministros entenderam por bem fazê-lo. As interações sociais são sempre múltiplas e o olhar

a questão do *discurso*, central para a “economia das trocas simbólicas”. Nesse sentido, explica Sérgio MICELI (2015, XIV), “O trajeto de Bourdieu visa aliar o conhecimento da organização interna do campo simbólico – cuja eficácia reside justamente na possibilidade de ordenar o mundo natural e social através de discursos, mensagens e representações, que não passam de alegorias que simulam a estrutura real das relações sociais – a uma percepção de sua função ideológica e política e legitimar uma ordem arbitrária em que se funda o sistema de dominação vigente”.

⁹ “(...) Não resta dúvida de que as razões inconscientes pelas quais um costume é praticado ou uma crença compartilhada se afastam muito daquelas que são invocadas para justificá-los. Mesmo em nossa sociedade, os modos à mesa, os hábitos sociais, as regras de vestuário e muitas de nossas atitudes morais, político e religiosas são escrupulosamente observadas por cada um de nós, sem que sua origem ou verdadeira função tenham sido objeto de reflexão demorada” (LÉVI-STRAUSS, 2014, p. 43).

¹⁰ Assim, por exemplo, seguindo caminho distinto da interpretação de Virgílio Afonso da Silva (2007) , a substituição dos métodos tradicionais de interpretação (analogia, interpretação extensiva etc.) para a adoção de princípios influenciados pelo direito alemão (e.g. máxima efetividade da Constituição), não representa, apenas, mero germanismo ou um simples “movimento emancipatório” do Supremo. Trata-se de uma linguagem que reconhece e reproduz a expansão da legitimidade do STF, em especial, e do direito, em geral, na resolução de conflitos sociais. Segundo Virgílio Afonso da Silva, “O apego aos princípios de Hesse e aos métodos sintetizados por Böckenförde parece ser mais o produto de um simples movimento emancipatório, disposto a romper com cânones de interpretação surgidos no campo do direito privado, que da real necessidade de novos métodos que se apliquem somente à interpretação constitucional” (SILVA, V., 2007, p. 140).

centrado no Supremo se faz, exclusivamente, em razão da necessidade metodológica de se encontrar um ponto de observação. Assim, a todo o momento, pressupõe-se sempre que a movimentação do Tribunal nunca é no vácuo, mas reagindo a outras relações que devem sempre ser pensadas historicamente.

2.9.2 O Estado e a construção do público: quem são os agentes que dispõem do “poder de nomear” o que é o “público”?

Na condição de mestres do discurso, eles dispõem de um trunfo formidável de poder: **fazer crer naquilo que dizem**. Sua autoridade lhes permite dizer e fazer como verdadeiro aquilo que lhes interessa. Ao fazer crer que é verdade para os que têm o poder de fazer existir o verdadeiro (os poderosos), os juristas podem tornar real aquilo que dizem. Contam com **o direito como discurso de hálito universal** e dispõem da capacidade profissional de fornecer razões, ou melhor, de converter evidências em arrazoados, pelo apelo a princípios universais, pelo recurso à história, aos precedentes, aos arquivos, à casuística às demais fontes da jurisprudência. **A construção do Estado se revela, portanto, indissociável da emergência de corporações que nele se enraízam** (MICELI, 2014, p. 26, grifos nossos).

O direito não pressupõe, apenas, a legitimidade *a priori* do debate público, neutralizando as relações sociais subjacentes aos embates discursivos no Judiciário. Ele pressupõe, de forma ainda mais radical, a própria existência desse espaço público, abstraindo que a própria noção de “público” é construída e imposta por agentes que foram nomeados pelo Estado para fazê-lo. Quem é o grupo social habilitado a assumir o posto de juiz? Qual o poder de uma prova de concurso público de atribuir a um indivíduo o exercício bélico do Estado caso uma decisão sua não seja reconhecida pelos seus destinatários como “pública” e “obrigatória”? Como as instituições moldam o horizonte de sentidos do magistrado?

Se o monopólio do poder simbólico de dizer o que é o público é titularizado pelo Estado, ele se exerce por meio de corporações cujas relações de poder não são, por definição, neutras. Especialmente quando se fala das carreiras jurídicas, que monopolizam a linguagem do Estado – o direito. Os difíceis requisitos de acesso, que exigem do agente ser titular do capital social necessário para ingresso no concurso público, os rígidos códigos de conduta, que vão desde a vestimenta, passando pela fala até as restrições (e possibilidades) ao lazer, constroem o *habitus* dessa elite responsável por dizer o que se entende por “público”.

Com efeito, a ampliação dos poderes do Poder Judiciário não pode ser perscrutada, apenas, a partir de uma “inexorabilidade histórica” ou de uma suposta “evolução” nas decisões racionais do STF, como normalmente é explicada pelos manuais de direito e pelo próprio Tribunal. Ao contrário, há uma série de relações sociais em disputa que diz respeito a conflitos de prestígio das classes médias urbanas, que compõem essa elite jurídica; aos interesses do

mercado em torno da regularidade do direito; ao (des)prestígio da classe política etc.

Evidentemente, a presente tese não busca investigar esse incontável número de fatores que está vinculado ao engrandecimento do Judiciário. De outro modo, pretende-se descrever como a linguagem/prática do STF representa e reproduz novas relações sociais no bojo do qual esse novo papel da Corte se exerce. Mais especificamente, *como o Tribunal foi tecendo sua legitimidade para se deslocar do caso concreto, lugar por excelência da jurisdição, para atuar na esfera normativa, lócus da política.*

2.9.3 A apropriação dos conceitos de campo e *habitus* nesta tese

Por que me parece necessário e legítimo introduzir no léxico da sociologia as noções de **espaço social** e de **campo de poder**? Em primeiro lugar, para romper com a tendência de pensar o mundo social de maneira substancialista. **A noção de espaço contém, em si, o princípio de uma apreensão relacional do mundo social:** ela afirma, de fato, que toda a ‘realidade’ que designa reside na **exterioridade mútua dos elementos que a compõem. Os seres aparentes**, diretamente visíveis, quer se trate de indivíduos quer de grupos, **existem e subsistem na e pela diferença**, isto é, enquanto ocupam posições relativas em um espaço de relações que, ainda que invisível e sempre difícil de expressar empiricamente, é a realidade mais real (...) e o princípio real dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos” (BOURDIEU, 2010, p. 48-9, grifos nossos).

*Habitus*¹¹, segundo Bourdieu, são disposições sociais incorporadas no indivíduo, que engendram em suas práticas a tradução do lugar social por ele ocupado. O esquema simbólico que representa as estruturas de poder é inculcado nos agentes, e por eles naturalizadas, de forma que as representações, discursos, sentidos incorporados *tendem* a ser reproduzidos. Contudo, de forma sempre suscetível à (parcial) mudança, exatamente pela abertura que a *práxis* engendra. Segundo Miceli (2015, LVI, grifos nossos):

Com efeito, **o habitus constitui um princípio gerador que impõe um esquema durável e, não obstante, suficientemente flexível a ponto de possibilitar improvisações reguladas.** Em outras palavras, tende, ao mesmo tempo, a reproduzir as **regularidades inscritas nas condições objetivas e estruturais que presidem a seu princípio gerador**, e a permitir ajustamento e inovações às exigências postas pelas situações concretas que põem à prova sua eficácia. A mediação operada pelo habitus entre, de um lado, as estruturas e suas condições objetivas, e de outro, as situações conjunturais com as práticas por elas exigidas, acabam por conferir à práxis social um espaço de liberdade que, embora restrito e mensurável porque obedece aos limites impostos pelas condições objetivas a partir das quais e constitui e se expressa, encerra as potencialidades objetivas de inovação e transformação social.

O conceito de *habitus* está articulado, portanto, com o de *agência*, que procura

¹¹ “(...) Uma das funções da noção de *habitus* é a de dar conta da unidade de estilo que **vincula as práticas e os bens de um agente singular ou de uma classe de agentes** (...) O *habitus* é esse princípio gerador e unificador que retraduz as características intrínsecas e relacionais de uma posição em um estilo de vida unívoco, isto é, em um conjunto de escolhas de pessoas, de bens e de práticas (...)” (BOURDIEU, 2010, p. 21-22, grifo nosso).

investigar “o que nos leva a agir”. Coloca luzes sobre o problema da *faculdade da decisão*: como indivíduos, que conhecem, “inconscientemente”, as regras dos jogos sociais de que participam, movem-se em uma direção ou outra. O pensador busca, assim, romper com a clássica divisão entre “sociedade e indivíduo”, em que se imagina que o agente é capaz de interpretar o meio em que está inserido e tomar a melhor decisão racional à sua disposição. A *agência* se constrói a partir das relações sociais e como elas criam a “*diferença*”, conceito que nos leva à ideia de *campo*.

O *campo*¹², por sua vez, é o espaço em que a interação social se dá e, a partir de forças já previamente estruturadas, embora sempre em movimento, os capitais sociais adquirem valor, sempre de forma *relacional*. Rompe-se, assim, com qualquer tipo de “substancialismo” que pretende conceber o mundo a partir de um conceito predeterminado. Os indivíduos ou grupos ocupam posições cujo valor é pautado pela *diferença*: daí ser determinante para Bourdieu compreender quem são os atores capazes de “nomear a diferença”, de dizer, dentro dessas diferentes posições, quem goza ou não de “distinção”¹³.

Na presente tese, busca-se apontar, a partir das decisões judiciais selecionadas, como o *habitus* dos ministros do STF foi sendo alterado. Com efeito, **a apropriação do conceito Bourdiano tem como objetivo demonstrar que somente é possível observar o empoderamento do Tribunal, articulando as mudanças objetivas ocorridas no campo e como elas foram forjando novas direções às ações dos juízes da Corte. Em outros termos, não basta analisar apenas novos poderes reconhecidos ao STF, tampouco as “qualidades” individuais de seus ministros: o progressivo aumento de poderes do Judiciário pressupõe**

¹² “O espaço social é construído de tal modo que os agentes ou grupos são aí distribuídos em função de as posições nas distribuições estatísticas de acordo com os dois princípios de diferenciação que, em sociedades mais desenvolvidas, como os Estados Unidos, o Japão ou a França, são, sem dúvida, os mais eficientes – o capital econômico e o capital cultural. Segue-se que os agentes têm tanto mais em comum quanto mais próximos estejam nessas duas dimensões, e tanto menos quanto mais distantes estejam nelas. As distâncias espaciais no papel equivalem distâncias sociais. Mais precisamente, como expressa o diagrama de *La Distinction*, no qual tentei representar o espaço social, os agentes são distribuídos, na primeira dimensão, de acordo com o volume global de capital (desses dois tipos diferentes) que possuam e, na segunda dimensão, de acordo com a estrutura de seu capital, isto é, de acordo com o peso relativo dos diferentes tipos de capital, econômico e cultural, no volume global de seu capital. (...) De maneira mais geral, o espaço de posições sociais se retraduz em um espaço de tomada de posições pela intermediação do espaço de disposições (ou do *habitus*); ou, em outros termos, ao sistema de separações diferenciais, que definem as diferentes posições nos dois sistemas principais do espaço social, corresponde um sistema de separações diferenciais nas propriedades dos agentes (ou de classes construídas como agentes), isso é, em suas práticas e nos bens que possuem. A cada classe de posições corresponde uma classe de *habitus* (ou de gostos) produzidos pelos condicionamentos sociais associados à condição correspondente e, pela intermediação desses *habitus* e de suas capacidades geradoras, um conjunto sistemático de bens e de propriedades, vinculadas entre si por uma afinidade de estilo” (BOUDIEU, 2010, p. 19-20, grifos nossos).

¹³ “O sociólogo ou o historiador que se apodera do mundo social faria mais completamente o que faz se soubesse que tem por objeto um estado provisório, não aleatório e não necessário, de uma relação entre uma estrutura que é o produto da história, um campo, e uma estrutura incorporada que também é o produto da história (...)” (BOURDIEU, 2015, p. 139).

e engendra a construção de novas unidades de ação que mobilizam o agir desses juristas

– daí se falar em “novo *habitus*”.

2.9.4 Aproximação e distanciamento da chamada “análise empírica do direito”

Esse cenário de desprestígio (da pesquisa empírica em direito), no entanto, vem aos poucos mudando no Brasil, com a percepção de que, para realizar diagnósticos mais precisos que possibilitem não apenas aprofundar o conhecimento sobre o funcionamento do sistema de Justiça, mas também propor melhorias, é necessário ter o respaldo de dados (OLIVEIRA, 2012, p. 8).

Tanto o título quanto a citação inicial deste item estão no livro de Fabiana Luci de Oliveira (2004), uma das pesquisadoras mais citadas nesta tese e que muito vem contribuindo para um olhar empírico sobre a justiça brasileira. Esse movimento, que é composto de cientistas políticos, sociólogos e juristas¹⁴, vem sendo determinante para aprofundar o conhecimento e a proposição de melhorias em nosso sistema de justiça. Grande parte do desenho do campo do direito aqui descrito, por exemplo, se apoia nessas pesquisas¹⁵.

Luciana Yeng (2017, p. 249) explica, nesse sentido, que é possível conceituar *jurimetria* como um método de pesquisa baseado no empirismo que, por sua vez, é uma corrente filosófica científica que vincula as conclusões à observação da realidade. *In verbis*:

Jurimetria é entendida como um método de pesquisa baseado no uso do empirismo, combinado com análises estatísticas, aplicado ao estudo do Direito. Por sua vez, o empirismo é a prática filosófico-científica de se chegar a conclusões investigativas por meio da utilização de dados obtidos pela observação da realidade. O empirismo se contrapõe, por exemplo, ao dogmatismo.

Uma das premissas desse método de pesquisa, ainda segundo a autora, é encontrar relações de causalidade entre variáveis dependentes e independentes. “Mais ainda, o que se pretende com estes modelos é explicar supostos efeitos de causalidade de variáveis independentes sobre a(s) dependente(s)” (YEUNG, 2017, p. 249). Ademais, um dos objetivos principais desse método é corroborar para a melhoria do sistema jurídico, permitindo apontar soluções aos agentes públicos (YEUNG, 2017; OLIVEIRA, 2012).

Embora essa nova corrente seja de grande importância para o direito brasileiro, o que se observa inclusive por sua influência exercida nesta tese, é preciso apontar, desde já, alguns

¹⁴ Sadek e Oliveira (2012) ressaltavam que o Brasil ainda estava carente de diálogo entre essas áreas e mesmo entre os pesquisadores do direito. Essa falta de interlocução entre as pesquisas é também compartilhada, e demonstrada, por Duarte, Vasconcelos, Martins e Moreira (2015).

¹⁵ A Fundação Getúlio Vargas, nesse sentido, vem sendo um centro de referência no fomento ao uso dessa metodologia, como se pode observar em publicações como a *Suprema em Números* (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011)

distanciamentos epistemológicos deste trabalho com essa nova tradição. Notadamente em relação à forma com que a atividade acadêmica e a prática judicial se relacionam na construção do conhecimento jurídico.

Uma das preocupações centrais que perpassa toda a obra de Bourdieu diz respeito às *condições de produção do discurso*. Nesse sentido, o pensador se ocupa, com especial atenção, ao grupo social ao qual pertence, que tem como premissa, como “função”, construir o discurso científico, o discurso de “verdade”: o *homo academicus*. Esse problema deve ser enfrentado com mais atenção quando se pensa o direito, que é a linguagem do Estado – que, como visto, ritualiza incessantemente a sua própria legitimidade e constrói a crença em sua “objetividade”. Perscrutar a relação entre poder e saber no direito não pode se fazer, apenas, a partir das práticas dos tribunais, já que há uma imbricação necessária entre o discurso científico e o jurisprudencial, considerando que nosso campo é, antes de tudo, uma prática cuja finalidade é disciplinar condutas.

Portanto, com Bourdieu, a pretensão de desnaturalizar o discurso do direito, ressitua-o como uma prática social que disputa poder, é fundamental para que possamos lançar um olhar sobre o empoderamento do STF, ocorrido nas últimas décadas. Inclusive em relação à sua atividade doutrinária, que não será vista, aqui, apenas como uma função de melhoramento do direito. Ao buscar compreender a prática dos tribunais, ainda que por métodos sofisticados, a doutrina constrói discursos de verdade e, assim, realidades. Os cientistas têm um lugar social, recebem financiamentos das mais diferentes ordens, estão muitas vezes dentro do sistema jurídico. Isso não quer dizer, por óbvio, que se deva abandonar o discurso científico. Ao contrário: conhecer as condições de produção do saber do campo é uma premissa para que seu discurso seja, de fato, qualificado e, principalmente, esteja constantemente sujeito à crítica.

Por fim, a relação de “causa e efeito entre variáveis” não será, igualmente, adotada como núcleo epistêmico-metodológico, uma vez que, segundo Elias (2018), o discurso da *causalidade* é uma influência tardia das ciências naturais sobre as ciências sociais e que não é capaz de explicar como as disputas por poder se estabelecem em um determinado campo. Mais que isso, acaba por cegar muitos dos desvelamentos que se pretende produzir durante a pesquisa.

3 DO CASO CONCRETO À NORMA: A CONSTRUÇÃO DA OBJETIVIDADE NO DISCURSO DA REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA

3.1 Representação interventiva: a judicialização de um conflito federativo fundado na afronta a princípios sensíveis?

O pensamento genético, tal como o defino, tenta fazer ressurgir, de certo modo, o arbitrário dos inícios: ele se opõe [então] aos usos mais ordinários da história ordinária. Os usos ordinários do pensamento histórico ordinário tendem a cumprir, mesmo sem o conhecimento dos que os praticam, uma função de legitimação o que é um dos usos mais comuns da história (BOURDIEU, 2015, p. 166, grifos nossos).

As representações interventivas, julgadas entre 1946 e 1965¹⁶, cumpriram papel relevante na estrutura do Estado brasileiro depois do Estado Novo. Prevalece nos manuais contemporâneos¹⁷, contudo, um recorte específico, que os qualifica a partir de seu objeto e de seus efeitos. Moreira Alves (data, página) sustentou essa posição no STF:

Como se vê, as primeiras decisões do Supremo Tribunal já atribuíram à representação interventiva o caráter de uma **relação processual contraditória, na qual o Procurador-Geral da República representava os interesses da União, enquanto guardião da Federação, buscando assegurar a observância pelo Estado-membro dos princípios consagrados no art. 7º, VII, da Constituição de 1946. Reconhecia-se assim a representação interventiva como peculiar modalidade judicial de composição de conflitos entre a União e os entes federados.**

Não se tem aqui, pois, um processo objetivo (*objektives Verfahren*), mas a judicialização de conflito federativo atinente à observância de deveres jurídicos especiais impostos pelo ordenamento federal ao Estado-membro (Hans Kelsen, *L'esecuzione federale in La Giustizia Costituzionale*, Milano, 1981, págs. 76 e segs; O.A. Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições Rígidas*, 1980, p. 192). Daí considerar Bandeira de Mello, com acerto, que, no caso se trata de direito de ação, cujo titular seria a União, representada pelo Procurador-Geral da República e sujeito passivo, o Estado federado, atribuindo-se-lhe ofensa a princípio constitucional da União (BRASIL, 1989, p. 398).

A natureza jurídica das representações, portanto, não seria de controle abstrato de constitucionalidade, mas, sim, da judicialização de um conflito federativo, em que a União, por meio do PGR, buscaria impor limites aos estados, sem que a decisão do STF gozasse de efeitos *erga omnes*. Essa leitura foi desenvolvida por Gilmar Mendes em artigo acadêmico de grande influência sobre o tema:

A representação interventiva não se confundia com um processo de controle

¹⁶ Como se demonstrará na pesquisa empírica, após a posituação da representação de inconstitucionalidade, a Representação Interventiva perde relevância.

¹⁷ Essa é a posição defendida, entre outros, por Ingo Sarlet, Guilherme Marinoni e André Mitidieiro. Veja-se: “Revela notar, porém, que esta via não surgiu para permitir o controle abstrato das normas, com eficácia *erga omnes*, mas para dar à União, representada pelo Procurador-Geral da República, o poder de ver resolvido conflito em face de ente federado, acusado de violação de dever imposto pela Constituição” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 749).

abstrato de normas. Ao contrário, cuidava-se propriamente da judicialização de um conflito entre União e Estado no tocante à observância dos princípios sensíveis. O Procurador-Geral da República, nesse processo, não era o substituto processual da sociedade, como pretendeu BUZAID, nem atuava nesse processo como custos legis, mas sim como representante judicial de União. A atuação do Procurador-Geral da República não dependia de provocação de terceiros, como imaginado inicialmente, porquanto a matéria relativa à observância dos princípios sensíveis dizia respeito exclusivamente ao interesse da União na observância destes (MENDES, 2005, p. 10, grifo nosso).

Não há dúvidas de que as representações interventivas se situavam, na Constituição de 1946, dentro do capítulo da “Intervenção Federal”, que buscava promover, pois, a unidade da federação. A pesquisa empírica, inclusive, demonstra que o instituto está intimamente relacionado à disciplina de conflitos federativos, contudo a delimitação de sua natureza jurídica oculta pelo menos outras três características que lhe são determinantes.

Em primeiro lugar, o conteúdo veiculado pelas representações não desnatura a forma concentrada e abstrata pelo qual o STF exercia o controle de constitucionalidade. As normas estaduais submetidas ao Supremo eram cotejadas com a Constituição e, por meio do discurso técnico-jurídico, julgadas válidas ou inválidas.

Em segundo lugar, as alíneas do inciso VII, artigo 7º, da CF/46, que estabeleciam as hipóteses de cabimento da Representação, já explicitam que o instituto extrapolava a disciplina do conflito federativo: a “forma republicana representativa”; a “independência e harmonia dos Poderes”, a “temporalidade das funções eletivas”, a “prestação de contas da Administração” e as “garantias do Poder judiciário”. Ora, é possível veicular diversos problemas constitucionais a partir dos princípios elencados. Inclusive, ainda que tratando de normas estaduais, muitos dos julgamentos do STF disciplinaram os limites dos poderes do Executivo e do próprio Judiciário¹⁸.

Todo conflito federativo pressupõe, em última análise, um conflito entre Poderes, uma vez que será necessário definir quem será o órgão competente para decidir o litígio. A demonstração empírica desse fenômeno ajuda a desvelar como o engrandecimento do Judiciário se impôs como algo natural, inexorável, dificultando a sua observação. Assim, sob a égide das Constituições anteriores a 1946, muitas dessas disputas federativas estavam alheias ao Judiciário, como a possibilidade de invalidação de atos da câmara dos vereadores, e até dos prefeitos, pela assembleia legislativa. No momento em que o STF fixou, em sede de representação, que somente o Judiciário poderia invalidar atos inconstitucionais oriundos do Legislativo, estabeleceu balizas decisivas para a autonomia municipal. Mas, com a mesma

¹⁸ Nesse sentido, o STF proferiu uma série de julgados considerando inconstitucional a Lei 1.522/6/51, por entender que ela atribuía poder fiscalizador-sancionador, de natureza executiva, ao Judiciário. “Lei nº 1.522, de 1951, art. 17, § 4º, sua inconstitucionalidade” (RE 34012, Relator(a): RIBEIRO DA COSTA, Segunda Turma, julgado em 03/05/1957, DJ 30-05-1957 PP-06299 EMENT VOL-00298-04 PP-01356).

importância, fixou limites determinantes para a separação dos Poderes. Veja o voto do relator Lafayette de Andrada:

Por conferir à Assembleia Legislativa Estadual **atribuição privativa do Poder Judiciário**, qual seja, a de **rever atos de outros poderes**, eivados estão de inconstitucionalidade os dispositivos referidos, tanto da Lei Orgânica quanto da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 1957b, p. 437).

Em terceiro lugar, diversas matérias foram submetidas ao STF em sede de representação, ainda que quantitativamente pouco relevantes, como o aumento de vencimentos dos vereadores, a atuação do Estado no domínio Econômico, o regime jurídico dos militares e das aposentadorias. Mas, ainda que considerarmos o conflito federativo, ele foi travado, ao menos no período observado, essencialmente entre estados e municípios, não entre estados e União – ainda que seja evidente o interesse federal no tema. Nesse ponto, importante lembrar a opinião de Pinto Ferreira (1962), de que o fortalecimento dos Municípios, pela Constituição de 1946, tinha como objetivo permitir que os serviços públicos, até então centralizados nas capitais, fossem democratizados ao interior do país.

Como se buscará demonstrar, a representação interventiva significou relevante ponto de inflexão no papel atribuído ao Supremo que, até então, legitimava o exercício de sua função jurisdicional a partir do discurso de proteger, sempre no caso concreto, direitos individuais. A partir de sua atuação na esfera normativa, o STF passa a exercer importante papel na gestão do Estado, notadamente na solução de conflitos federativos e entre Poderes, além da disciplina dos agentes públicos. Ao avaliar se uma norma estadual invadiu a competência federal, ou mesmo se o Executivo “legislou” ao editar um decreto, o Tribunal ingressa, necessariamente, em uma decisão que lhe obriga a ponderar qual o fim a ser perseguido pelo Estado, ainda que imagine estar apenas fazendo subsunção o fato à norma¹⁹. O direito, a despeito do uso de suas categorias típicas, passa a participar da administração do Estado, contudo o poder simbólico de que goza lhe permite naturalizar a realidade por ele construída, instaurando nova ordem que se coloca

¹⁹ Usando de categorias desenvolvidas por Dworkin, poder-se-ia dizer que uma das marcas do controle abstrato é o caráter político de suas decisões, o que será observado desde as representações interventivas. “Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. (DWORKIN, 2010, 40). Contudo, a presente tese não busca analisar se uma decisão pode, ou não, ser qualificada como jurídica ou política, mas observar quais foram as mudanças operadas pelo controle concentrado na estrutura do Poder Judiciário. Nesse sentido, seu objeto é influenciado mais diretamente pela obra de Foucault, que se preocupa em repensar o papel do direito na formação do que denomina “sociedade disciplinar”, em que se desenvolve uma nova estratégia de sujeição sistemática dos corpos. Em *Vigiar e Punir*, afirma o pensador que o objetivo do livro é fazer “(...) uma história correlativa da alma moderna e de um novo poder de julgar; uma genealogia do atual complexo científico-judiciário onde o poder de punir se apoia, recebe suas justificações e suas regras, estende seus efeitos e mascara sua exorbitante singularidade” (FOUCAULT, 2002, p. 23).

como inexorável, tornando óbvio que somente o Supremo passe a exercer função que antes não lhe cabia.

Uma última observação. Outro importante argumento para não se considerar a representação da ação de controle concentrado e abstrato seria a ausência de efeito *erga omnes* e/ou vinculante (SGARBOSSA; IENSUE, 2017). O tema será tratado em tópico específico, mas, desde já, é importante adiantar que não se pode confundir a natureza do ato/instituto com seus efeitos. Em regra, há vínculo entre o conteúdo do ato, ou seja, seus elementos intrínsecos, com os efeitos que assume. O ordenamento pode, contudo, alterar essa relação, conferindo diferentes consequências a diferentes atos. Isso porque não se qualifica um instituto pelos resultados que dele decorrem (efeitos), mas, sim, pelo seu conteúdo. As ações diretas de inconstitucionalidade, por exemplo, não surgiram com efeito vinculante, mas nunca se repensou sua natureza a partir dessa importante inovação legislativa/jurisprudencial. Interessa-nos buscar entender, então, o porquê dessa relação, aparentemente inextrincável, entre a natureza jurídica das representações e sua ausência de efeitos *erga omnes*.

3.2 Contextualizando as Representações Interventivas: o fim da Era Vargas e a necessidade de se redefinir a gestão dos conflitos federativos e entre Poderes

(...) Nas relações entre pais e filhos e entre senhor e escravo, as oportunidades de poder são distribuídas muito desigualmente. Porém, sejam grandes ou pequenas as diferenças de poder, o equilíbrio de poder está sempre presente onde quer que haja uma interdependência funcional entre as pessoas (...) **O poder não é um amuleto que um indivíduo possua e outro não; é uma característica estrutural das relações humanas – de todas as relações humanas** (ELIAS, 2018, p. 81, grifos nossos).

Inicialmente, não se desconhece que a Constituição de 1934 também previu, em seu artigo 12²⁰, instituto semelhante à representação interventiva. Contudo, além de diferenças no regime jurídico, com a centralidade ocupada pelo Executivo no Estado Novo, o instituto não teve a importância que passou a ostentar a partir do governo Dutra. Ora, com a Constituição de

²⁰ **Art. 12, CF/34.** A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

(...)

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;

(...)

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

(...)

§ 6º - Compete ao Presidente da República:

a) executar a intervenção decretada por lei federal ou requisitada pelo Poder Judiciário, facultando ao Interventor designado todos os meios de ação que se façam necessários;

(...)

1937, o Parlamento e o Executivo poderiam invalidar normas estaduais²¹; Vargas poderia nomear interventores nos estados²²; e os governadores os prefeitos²³, editar decretos-lei²⁴. As disputas entre unidades federadas eram resolvidas, portanto, sobretudo no âmbito político, ocupando o Judiciário papel secundário.

Com a deposição de Getúlio, ao contrário, a UDN e o PSD, que mobilizavam 80% da Assembleia Nacional Constituinte, construíram um consenso para desenvolver mecanismos que evitassem tamanha concentração de poderes nas mãos do Executivo, desejo que, a despeito de todos os conflitos emergentes no país que ensejarão crises e tentativas de golpes de toda ordem, parecia ser compartilhado por outras elites. A ampliação da autonomia dos municípios, nesse sentido, tema central tratado pelas representações interventivas, ganha força na constituinte de 1946. Mas, para garanti-la, tornou-se inexorável empoderar o Judiciário, já que ao órgão foi atribuída parte da tarefa de resolver os conflitos do ente local com os estados e União.

O STF, então, ampliará seu papel de disciplinar este que é um dos temas centrais da história brasileira: os limites do federalismo e como essa disputa articula interesses das elites locais e nacionais²⁵, em um Brasil que, pela primeira vez, viu emergir partidos políticos de âmbito nacional e o delineamento de um projeto de democracia liberal – a despeito do constante golpismo, militar e civil, presente no período²⁶ (GOMES, 2014). Ao fazê-lo, passa a ocupar,

²¹ **Art. 18, CF/1937.** “Independentemente de autorização, **os Estados podem legislar**, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

(...)

Parágrafo único - Tanto nos casos deste artigo, como no do artigo anterior, desde que o Poder Legislativo federal ou o Presidente da República haja expedido lei ou regulamento sobre a matéria, **a lei estadual ter-se-á por derogada nas partes em que for incompatível com a lei ou regulamento federal**”.

²² **Art. 176, CF/1937.** “O mandato dos atuais Governadores dos Estados, uma vez confirmado pelo Presidente da República dentro de trinta dias da data desta Constituição, se entende prorrogado para o primeiro período de governo a ser fixado nas Constituições estaduais. Esse período se contará da data desta Constituição, não podendo em caso algum exceder o aqui fixado ao Presidente da República.

Parágrafo único. “O Presidente da República, decretará a intervenção nos Estados cujos Governadores não tiverem o seu mandato confirmado. A intervenção durará até a posse dos Governadores eleitos, que terminarão o primeiro período de governo, fixado nas Constituições estaduais”.

²³ **Art. 27, CF/1937.** “O Prefeito será de livre nomeação do Governador do Estado”.

²⁴ **Art. 12 CF/1937.** “O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a **expedir decretos-leis**, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização”.

²⁵ O fortalecimento do Partido Republicano é um marco importante para representar as disputas em torno do federalismo no Brasil. Trata-se de fato decorrente do deslocamento do centro econômico brasileiro, desde 1850, para o Oeste Paulista, com o respectivo enfraquecimento das elites do Rio de Janeiro e do Nordeste açucareiro – quem mais fornecia estadistas ao Império. “Alçado à condição de motor do desenvolvimento do país, São Paulo se sentia prejudicado e discriminado pela centralização” (BERCOVICI, 2004, p. 30). São exatamente esses cafeicultores, juntamente com a elite urbana que emerge em São Paulo – médicos, advogados, jornalistas e comerciantes –, que constituirão a base social do Partido Republicano (SCHWARTZ; STARLING, 2014).

²⁶ “(N)o pós-45, com um olhar atento, é possível verificar como foi difícil manter em funcionamento essa liberal-democracia nascente, ameaçada por levantes militares e por manobras de políticas integrantes do próprio sistema partidário, cada vez mais seduzidos por planos golpistas com a aliança das Forças Armadas. Mas também fica claro como, a despeito dessas dificuldades, esses partidos políticos foram se consolidando e ganhando eleitores

igualmente, importante papel na disciplina da separação dos Poderes, já que a crise estabelecida entre a assembleia legislativa e a câmara dos vereadores, por exemplo, é resolvida com base nos limites do Legislativo face o Judiciário.

Nesse contexto, as representações interventivas assumiram, desde o início do governo Dutra, papel de destaque, pois permitiram que fosse submetida ao STF a análise de diversos aspectos de diferentes constituições locais: do Ceará (Representação 93), do Rio Grande do Sul (Representação 94), de Pernambuco (Representação 95), de São Paulo (Representação 96²⁷), do Piauí (Representação 97), entre diversas outras. O Supremo, então, em sede de controle abstrato, decidiu temas de grande relevância, como os limites do veto do governador; a nomeação de prefeitos *ad hoc*; a competência dos tribunais de contas; competência do Judiciário para nomear servidores; a possibilidade de se vincular nomeações à aprovação das assembleias. Até mesmo a instituição, pela Constituição do Rio Grande do Sul, do Parlamentarismo, foi submetida ao STF, tendo o dispositivo sido considerado inconstitucional. Veja-se:

- Questões preliminares: Declaração de inconstitucionalidade em tese - Decisão, e não parecer - Que atos abrange - Só alcança a matéria que puder ser relacionada com algum dos princípios enumerados em o nº VII do art. 7º da Constituição - Como deve ser entendida essa limitação - Decisão executável mediante a sanção política da intervenção - Caráter excepcional da nova atribuição confiada ao Supremo Tribunal.
 - Termos de Arguição: - **O Parlamentarismo no estatuto Sul Riograndense** - O secretariado como órgão do Governo articulado com a assembléa no plano da confiança política - Exame dos diversos dispositivos apresentados pela Procuradoria Geral da República - Poder executivo uni-pessoal no Governo Presidencial - Cisão do poder executivo no Governo Parlamentar - Poder executivo nominal, formal ou apenas "de jure" reservado ao Chefe de Estado, no sistema parlamentar - O Governo Parlamentar só se concilia com o princípio dos poderes separados mediante o expediente daquela cisão incompatível com as instituições federais - Montesquieu e o advento do parlamentarismo na Grã-Bretanha - O mecanismo dos poderes é governado por freios e contrapesos, que são somente os admitidos na Const. Federal - **A dissolução da assembléa seria um contrapeso não cogitado e incompatível com o mandato legislativo de duração prefixada** - Termos em que a Constituição permite a penetração dos poderes executivo e legislativo - outros aspéto. (Rp 94, Relator(a): Min. CASTRO NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 17/07/1947, DJ 11-07-1949 PP-01639 COLAC VOL-00924-01 PP-00037, grifo nosso).

fiéis, que cresciam em número e se dispersavam pelo território nacional, alcançando o interior do país. Ao mesmo tempo, os sindicatos de trabalhadores se afirmavam e crescia a força dos movimentos sociais nas cidades e no campo” (GOMES, 2014, p. 28).

²⁷ “Arguição de inconstitucionalidade; representação do Procurador Geral da República, nos termos do art. 8º, § único, da Constituição Federal. - O Tribunal conhece de todas as arguições submetidas ao seu exame pelo Procurador Geral e não apenas daquelas sobre as quais tenha ele opinado pela procedência da inconstitucionalidade arguida, embora somente possam ser fulminados de inconstitucionais, através a mesma representação, aqueles atos que forem tidos como ofensivos dos princípios enumerados no art. 7º, nº VII, da Constituição Federal. Constituição do Estado de São Paulo, de 9 de julho de 1947; dispositivos declarados inconstitucionais. (Rp 96, Relator(a): Min. GOULART D'OLIVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDGARD COSTA, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/1947, DJ 04-09-1947 PP-05427 COLAC VOL-000963-01 PP-00001).

Como se espera demonstrar pela análise empírica das decisões respectivas, a submissão de todos esses temas ao STF somente foi possível em razão da natureza abstrata e concentrada da representação. Por essa razão, tratá-la como mero dispositivo para regulamentar o conflito federativo diz pouco não apenas em relação à ação, mas também às especificidades desse tipo de controle. Mais que isso, parece ser uma leitura anacrônica do instituto, em que suas características são tecidas a partir da universalização da crença no controle abstrato e concentrado não apenas como inexorável, mas também como a evolução natural do direito.

3.3 A judicialização dos conflitos federativos e o empoderamento do Judiciário: o papel determinante das representações interventivas

A autonomia dos municípios em face dos estados foi o tema mais veiculado em sede de representação interventiva no período observado. Essa constatação nos permite, por um lado, repensar o papel das representações que trataram, sim, de conflito federativo entre União e estados. Mas grande parte dessa disciplina passou pela redefinição do papel dos municípios. Por outro, independentemente do que seja decidido em torno dos poderes das pessoas políticas, o Judiciário, notadamente o STF, se empodera ao tornar palco para julgar o conflito, o que somente foi possível pelo caráter concentrado e abstrato das RI. Importante lembrar que, na vigência da Constituição Polaca, havia hierarquia entre as normas federais e estaduais, não se tratava de uma questão de competência. Assim, seria possível aos órgãos da União (Executivo ou Legislativo) intervir diretamente nas leis locais editadas, não exigindo a Carta, para isso, a participação do Judiciário. Veja-se:

Art 18. “Independentemente de autorização, **os Estados podem legislar**, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

- a) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração;
- b) radiocomunicação; regime de eletricidade, salvo o disposto no nº XV do art. 16;
- c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral;
- e) medidas de polícia para proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos;
- f) crédito agrícola, incluídas as cooperativas entre agricultores;
- g) processo judicial ou extrajudicial.

Parágrafo único - **Tanto nos casos deste artigo, como no do artigo anterior, desde que o Poder Legislativo federal ou o Presidente da República haja expedido lei ou regulamento sobre a matéria, a lei estadual ter-se-á por derogada nas partes em que for incompatível com a lei ou regulamento federal”**

(BRASIL, 1937, online).

Inicialmente, importante lembrar que desde a Constituição de 1891 se reconhece a autonomia dos municípios²⁸, a despeito da oposição de autores como Francisco Campos, defensor sistemáticos da “ordem” contra a “democracia”²⁹. Contudo, segundo o STF, a Constituição de 1946, em seu artigo 28³⁰, teria ampliado os poderes locais, como resposta à pretensão centralista que caracterizara o governo de Vargas. O fortalecimento dos entes locais teria se dado, sobretudo, por meio da escolha de prefeito e vereadores, e pela previsão de administração própria. Em dois votos unanimemente aprovados pelo pleno do STF, Luiz Gallotti assim qualificou o artigo 28 e a autonomia conferida pela Constituição de 1946 aos Municípios:

Em voto que o Tribunal acolheu (ac. Na representação n. 199) tive ocasião de observar que, no art. 28 da Constituição, duas ordens de cláusulas visam a assegurar a autonomia municipal:

- a) a cláusula orgânica, estrutural, institucional do n. I, com que se assegura o governo representativo da circunscrição, por órgãos próprios e de sua escolha (eletividade), na deliberação como na execução (Câmara e Prefeito);
- b) a cláusula do n. II, que fornece a medida da administração própria, na base do interesse peculiar, com o destaque, que se impôs às legislaturas estaduais, constantes nas alíneas a e b, e tais são a decretação de tributos municipais, e a organização, pelos próprios municípios, dos seus serviços” (BRASIL, 1958a, p. 162).

Dentro dessa nova autonomia, entendeu o STF que não poderiam mais os estados, pelas assembleias legislativas, invalidar normas editadas pelos municípios, como era pacífico em sua jurisprudência sob a égide da Constituição de 1891. Agora, o Supremo apenas autorizava o Judiciário a controlar a constitucionalidade de leis, o que significa alteração fundamental não apenas na organização do Estado, como também na organização dos Poderes. Trata-se de

²⁸ Art. 68, CF/1891 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.

²⁹ Nesse sentido, CAMPOS, Francisco. CPDOC/FGV. Texto de Mauro Malin, disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/francisco-luis-da-silva-campos>. Acesso 19 jun. 2019.

³⁰ Art 28, CF 1946. - A autonomia dos Municípios será assegurada:

I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

b) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º - Poderão ser nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos das Capitais, bem como os dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União.

§ 1º Poderão ser nomeados pelos governadores dos Territórios os prefeitos das respectivas capitais, bem como pelos governadores dos Estados e Territórios os prefeitos dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 12, de 1965)

§ 2º - Serão nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País.

mudança que transforma em jurídica decisão que, até então, dizia respeito mais diretamente aos Poderes políticos. Empoderam-se os órgãos do Judiciário concomitantemente às novas prerrogativas dos municípios, embora a naturalização do engrandecimento do Judiciário nos faça enxergar apenas um lado dessa moeda. Nesse sentido, a Representação 295, do relator Cândido Motta Filho aduz que:

Nessas circunstâncias, **resoluções e atos municipais não podem ser anulados pela Assembleia Legislativa**. O Estado membro tem o poder de organização. O município tem o poder de direção. Ele dirige tudo aquilo que é dele, que é de seu peculiar interesse, que se refere à sua administração, independentemente de quaisquer intromissão tutelar.

Por outro lado, diante do princípio da divisão e harmonia dos poderes, todos eles definidos constitucionalmente, **só ao Judiciário compete apreciar da constitucionalidade das leis** e dos atos do poder público, porque a **presunção de constitucionalidade** é um princípio necessário à estabilidade do Estado de direito. (BRASIL, 1957b, p. 325)

Esse posicionamento foi reiterado, por exemplo, na Representação 314, relator Lafayette de Andrada (BRASIL, 1957b, p. 437)³¹.

Em outro precedente relevante envolvendo a judicialização de conflitos federativos, na Representação 350³², entendeu-se também inconstitucional artigo da Constituição mineira que sujeitava à Assembleia Legislativa a possibilidade de cassação de mandatos de vereadores e prefeitos. Novamente, reafirmou o Supremo, por unanimidade, o entendimento de que somente o município poderia fazê-lo e apenas o Judiciário controlar o ato.

O tema central veiculado em sede de representação interventiva, por outro lado, foi a criação de novos municípios pelos estados. Colocou-se em questão, considerando a inexistência de parâmetros federais “expressos³³”, quais as restrições teria o ordenamento estadual de instituir entes locais. Na Representação 300, relatoria Ary Franco, discutiu-se se a população envolvida, ou o próprio poder público, deveria ser ouvido previamente ao ato, bem como o modo pelo qual poderia se dar essa consulta. No julgado em análise, restou vencedora a tese de que é necessário seguir o que disciplinado pela legislação estadual, não sendo obrigatória a realização de plebiscito.

³¹ “Por conferir à Assembleia Legislativa Estadual atribuição privativa do Poder Judiciário, tal seja, a de rever atos de outros poderes, eivados estão de inconstitucionalidade os dispositivos referidos, tanto da Lei Orgânica quanto da Constituição do Estado do Rio de Janeiro” (BRASIL, 1957b, p. 437).

³² “INVALIDADE DO ARTIGO 91, PARAGRAFOS 2., 3. E 4, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA LEI N. 3, DE 30 DE JANEIRO DE 1951, EM FACE DOS ARTS. 23 E 28 DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA (Rp 350, Relator(a): HENRIQUE D'AVILA - CONVOCADO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/1958, DJ 28-08-1958 PP-12848 EMENT VOL-00354-01 PP-00001 RTJ VOL-00006-01 PP-00350).

³³ A crença na existência de disciplinas “expressas” pelo direito ocupa, no momento analisado, papel relevante.

Na Representação 285³⁴, afirmou o relator Rôcha Lagoa que o STF, depois de vacilar, fixou o entendimento de que se inseriria na autonomia do Estado legislar sobre a criação de municípios, não havendo que se falar em afronta à autonomia dessa unidade federada. Exatamente por isso, na Representação 292³⁵, relatoria de Hahnemann Guimarães, foi reconhecida a constitucionalidade de lei que criara município pela realização de plebiscito com a população local, mas sem a oitiva da Câmara dos Vereadores – a despeito do voto contrário de Nelson Hungria. Inclusive, foi também assentado na Corte o entendimento da constitucionalidade do plebiscito como um dos critérios legítimos de escolha para a criação de município³⁶.

Importante notar que os limites da autonomia do município tinham um viés nitidamente político, de disputa federativa, e o STF tinha plena consciência desse fato, como se observa do voto do relator Cândido Mota, na Representação 275:

A maneira com que é colocada, desde o início da República, o **tema da autonomia municipal**, têm provocado amplos debates sobre a mesma e criado não raro, **dificuldades políticas e administrativas de monta. Consagrada a autonomia ela é en(tre)tanto, na prática continuamente ameaçada pela tendência centralizadora**, como observa o saudoso ministro Herulano Freitas, quando membro da Assembleia Paulista. O fato de ser o município organizado pelo Estado cria uma invencível tendência para que ele se transforme num e (sic) mera dependência do Estado (BRASIL, 1957c, p. 322)³⁷.

A disciplina federal da criação dos municípios pela Lei Complementar 01/64, um dos primeiros atos da ditadura, diminuirá drasticamente esse conflito federativo, tratando-o, a partir de então, não mais de acordo com a autonomia estadual, mas pela simples subsunção do fato à norma. Não mais as disputas políticas da fixação dos critérios pela Constituição Estadual, autorizando dezenas de regras distintas, mas uma disciplina nacional, tornando o litígio uma simples questão de “aplicação do direito”.

A autonomia dos municípios é, pois, um exemplo importante para se observar como lógica racional-jurídica vai se consolidando e se naturalizando, no âmbito da gestão do Estado, como legítima, deslocando determinadas disputas da esfera política para situá-las no Judiciário.

³⁴ O STF, na Representação 285, Relator Rocha Lagoa, entendeu que não era obrigatória a oitiva da população afetada, uma vez que a Constituição local não criara essa obrigatoriedade (BRASIL, 1958, p. 354-347).

³⁵ Representação 292, Relator Hahnemann Guimarães, RTJ 7, p. 36-37. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/007_1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

³⁶ Representação 299, Relator Hahnemann Guimarães, RTJ 7, p. 28-29. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/007_1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

³⁷ Representação 275, Distrito Federal (Santa Catarina), Relator Cândido Mota, RTJ 3, p. 322, grifamos. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/003_1.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

3.4 O reconhecimento, pelo próprio STF, de se tratar de um julgamento “em tese”, a despeito do estranhamento com o novo instituto

Influente juristas da época entendiam, outrossim, que a representação interventiva, prevista pela Constituição de 1946, não se tratava de controle abstrato de norma. Segundo Buzaid, analisando não propriamente a Constituição de 1946, mas a Lei 2.271/54³⁸, o instituto buscava combater “estados de fato” contra a violação a direito, o que poderia dar ensejo à intervenção federal. Assim, a ação não buscaria controlar a ordem objetiva. Veja-se:

A característica do sistema brasileiro, na conformidade do art. 8º, § único, da Constituição e art. 1º da Lei n. 2271, está em que não se visa à declaração de inconstitucionalidade do ato em abstrato, considerando-se uma suposta ameaça a todos os cidadãos, resultante de um conflito de normas ou poderes; ao contrário, **ela se funda num estado de fato, contrário ao direito, que justifica a intervenção no Estado**, a fim de preservar o respeito e observância dos princípios enunciados no art. 7º, VII, da Constituição Federal (BUZOID, 1958, p. 118).

Entendimento semelhante é defendido por Pontes de Miranda que, citando Carl Schmitt, afirma inexistir conflito em caso de intervenção federal, mas, simplesmente, a execução de medidas pela União para resguardar a Constituição. “A intervenção é *concepção e mera execução de ato federal*, dentro da competência federal, ato, como qualquer outro, de direito político interno” (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 351).

Já os ministros do STF, assim como a Procuradoria-Geral da República, demonstram inicial estranhamento em relação à representação, sobretudo nos primeiros julgamentos enfrentados pela Corte³⁹. Não parecem apresentar dúvida, contudo, sobre a natureza do juízo decorrente do julgamento: **análise em tese de ato normativo**. O então procurador-geral da República Themístocles Cavalcanti, com sua autoridade de influente doutrinador, enuncia que:

³⁸ **Art. 1º, Lei 2.271/54.** Cabe ao procurador-geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no artigo 7º, inciso VII, da Constituição Federal, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal.

³⁹ Nesse sentido, interessante observar como Castro Nunes busca conceituar o instituto: “Questões preliminares: Declaração de inconstitucionalidade em tese - Decisão, e não parecer - Que atos abrange - Só alcança a matéria que puder ser relacionada com algum dos princípios enumerados em o nº VII do art. 7º da Constituição - Como deve ser entendida essa limitação - Decisão executável mediante a sanção política da intervenção - Caráter excepcional da nova atribuição confiada ao Supremo Tribunal. - Termos de Argüição: - O Parlamentarismo no estatuto Sul Riograndense - O secretariado como órgão do Governo articulado com a assembléa no plano da confiança política - Exame dos diversos dispositivos apresentados pela Procuradoria Geral da República - Poder executivo uni-pessoal no Governo Presidencial - Cisão do poder executivo no Governo Parlamentar - Poder executivo nominal, formal ou apenas "de jure" reservado ao Chefe de Estado, no sistema parlamentar - O Governo Parlamentar só se concilia com o princípio dos poderes separados mediante o expediente daquela cisão incompatível com as instituições federais - Montesquieu e o advento do parlamentarismo na Grã-Bretanha - O mecanismo dos poderes é governado por freios e contrapesos, que são sòmente os admitidos na Const. Federal - A dissolução da assembléa seria um contrapeso não cogitado e incompatível com o mandato legislativo de duração prefixada - Termos em que a Constituição permite a penetração dos poderes executivo e legislativo - outros aspétos (Rp 94, Relator(a): Min. CASTRO NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 17/07/1947, DJ 11-07-1949 PP-01639 COLAC VOL-00924-01 PP-00037).

O **exame da constitucionalidade** de alguns dispositivos das Constituições estaduais em face à Constituição Federal **sem a representação de caso concreto, (sic) tem sido prática admitida por este Egregio Tribunal**, como interpretação literal do artigo 8, parágrafo único, da Constituição Federal, cujos termos permite, como processo de integração compulsória das organizações estaduais no sistema da Constituição Federal, o recurso à intervenção federal, como consequência do desrespeito dos princípios constitucionais da União pelos órgãos constituintes dos Estados (Representação 97, Piauí, Julgada 6 de outubro de 1947, Publicado em 14 de Janeiro de 1948. Inicial proposta por Themístocles Cavalcanti, p. 8, grifos nossos).

Também nesse sentido, Cândido Motta Filho afirma que, dentre as mais importantes atribuições políticas do STF, está a declaração de inconstitucionalidade de lei⁴⁰, em sede de representação. Assim, a um só tempo, o ministro apresenta a natureza da ação, bem como destaca a sua centralidade na atuação recente da Corte: “Dentre as atribuições de maior relevância que adensam e ampliam a responsabilidade política deste Egrégio Tribunal, está, fora de dúvida, a de apreciar, **através de representação, artigos de lei** acoimadas de **inconstitucionais (...)**”⁴¹ (BRASIL, 1957b, p. 765).

A fórmula, sem dúvida, contrastava com aquela adotada pelo Brasil e defendida por Ruy Barbosa, em que a aplicação de lei era afastada apenas se necessário para o julgamento do caso concreto⁴². A representação estaria redefinindo, a partir de sua natureza concentrada e abstrata, o tradicional limite entre o jurídico e o político adotado até então pelo STF, como reconhecido pela Corte:

Sendo a **intervenção medida de natureza eminentemente política**, por dizer de perto com a **vida mesma da Federação**, no exercício dessa atribuição constitucional **transcende o Tribunal do plano judiciário das atribuições comum para o plano da política (...)**” (Representação 97, Piauí, Julgada 6 de outubro de 1947, Publicado em 14 de Janeiro de 1948. Voto do Relator Edgar Costa, p. 69).

Ainda de acordo com Edgar Costa, a manifestação do STF, em sede de **representação, se dá em tese** e, por isso, **no campo da política**. O ministro ressalta, também, a excepcionalidade do instituto, já que, ordinariamente, o controle de constitucionalidade se dá pelas vias judiciárias comuns:

⁴⁰ O parecer da procurador-geral da República reiterava, com frequência, voto de Castro Nunes na Representação 94, em que se deixava claro que a representação se voltava contra atos dos legislativos, não contra fatos. Veja-se: “Na Representação n. 94, o Senhor Ministro Castro Nunes, em seu voto, fixou, com clareza, o alcance do preceito constitucional em causa: ‘O n. VII contém um elenco de princípio e o que aí se pressupõe é a ordem jurídica comprometida, não por fatos, mas por atos legislativos, destoantes daquelas normas fundamentais. Esses princípios são somente os enumerados para o efeito da intervenção, que é a sanção prevista para efetivar. Não serão outros, que os há na Constituição, mas cuja observância está posta sob a égide dos tribunais, em sua função normal” (BRASIL, 1959b, p. 224).

⁴¹ Representação 322, Goiânia, Cândido Mota Filho, RTJ, n. 3, p. 765. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/003_1.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

⁴² Como explicado por Loureiro Júnior (1968, p. 138), o Judiciário “(...) no exame de constitucionalidade das leis, não invade a alçada do Legislativo, mas procura apenas impedir que aquele a exorbite. Não lhe anula, nem lhe revoga o ato, para o qual lhe faltaria competência. Deixa, somente, de aplicá-lo”.

Trata-se de declaração de uma inconstitucionalidade em tese; e essa, é a única que ao Tribunal cabe privativamente; a que decorre ou possa decorrer da desconformidade de ato ou lei com princípios outros, implícitos ou explícitos, da Constituição, encontra remédio e corretivo pelas vias judiciárias comuns, e deste Tribunal através o recurso extraordinário, que é o ‘instrumento de supremacia da Constituição e das leis federais sobre as estaduais, e do equilíbrio entre a Soberania da Nação e a autonomia dos Estados (Sampaio Doria, ‘Os direitos do homem, v. 2º, pag. 106)’. (Representação 97, Piauí, Julgada 6 de outubro de 1947, Publicado em 14 de Janeiro de 1948. Voto do Relator Edgar Costa, p. 208).

O ministro Castro Nunes, na Representação 94, também não deixa dúvidas sobre a natureza do controle de constitucionalidade veiculado pela Representação Interventiva – “em tese”. Ademais, ressalta que se trata de inovação da Constituição de 1946. *In verbis*:

Trata-se aqui, porém, de inconstitucionalidade *em tese*, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição. Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa, que vem a ser a *não vigência*, virtualmente decretada, de uma dada lei. Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que como, entre nós, estabelece a Constituição, o Senado exercite a atribuição do art. 64.

Na declaração em tese, a suspensão redundante na abrogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou revê-la, seguindo as diretivas do prejulgado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cassada para todos os efeitos (...)” (COSTA, 1964, p. 140-41, grifos nossos).

3.5 Com quem a representação interventiva dialoga? A diáde “questões políticas x direitos individuais”

3.5.1 Afastado do caso concreto, como legitimar o exercício da função jurisdicional na esfera normativa, tida historicamente como o âmbito do “político”?

Castro Nunes enuncia, ainda na citação acima mencionada, debate fundamental que será iniciado a partir do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade: a redefinição das fronteiras entre o jurídico e o político, até então justificadas pela função jurisdicional de julgar o caso concreto. Agora, se a Corte reconhece que está analisando a constitucionalidade em tese de lei, como justificar o papel do direito em relação à política?

Sustenta o ministro que a tarefa do STF é jurídica porque sua decisão não invalida a norma, mas a torna “virtualmente não vigente”. Caberá ao Senado, então, obrigatoriamente, revogar ou alterar a norma⁴³. As funções jurídicas e políticas seriam tomadas, dessa forma, por

⁴³ Em sentido semelhante, vide Bittencourt, 1968.

essa simbiose de ações (um “ato complexo”), mas, dessa vez, a manifestação do Supremo gozaria de imperatividade.

O problema constitucional, contudo, era extremamente controverso. Luiz Gallotti (1961) afirma que a representação interventiva é a única hipótese em que se autoriza o STF a julgar a constitucionalidade da lei em tese, já que a jurisdição é uma atividade que se define pela aplicação da norma ao caso concreto. Mas, por outro, ainda que em sede abstrata, o Supremo depende do Senado, ou do estado membro, para retirar a eficácia da norma inválida, não gozando sua decisão de força executória⁴⁴. Veja-se:

A arguição, de meritis, é relevante, porquanto os impetrantes argumentam que, no regime vigente o poder Judiciário, em regra, decide nos pleitos sobre casos concretos, **só havendo uma hipótese na qual se permite a apreciação da inconstitucionalidade em tese e que é a prevista no § único do art. 8º, da Constituição Federal**, quando a representação cabe privativamente ao Procurador-Geral da República e, além disso, **a decisão do Supremo Tribunal, por si só, é desprovida de qualquer força executória**, pois, se o Estado não se antecipar em cumpri-la, ele somente poderá ser executada mediante lei federal, como está expresso na própria Constituição (art. 8º e seu parágrafo único e art. 13) (BRASIL, 1961, p. 34, grifo nosso).

Não nos interessa, aqui, discutir o controverso tema sobre o papel do Senado⁴⁵ após a declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade de norma⁴⁶. De outro modo, busca-se enfatizar

⁴⁴ Themístocles Cavalcanti, manifestando-se em sede de recurso extraordinário, apresenta com clareza o debate travado à época em relação aos limites do político e do jurídico no controle de constitucionalidade. Em sua conclusão, defende que é dever do Judiciário analisar a constitucionalidade de lei e deve fazê-lo sempre que demandado pelo particular. Contudo, somente o Poder Político pode suspender a eficácia de uma lei. “Embora se me afigure questão da mais alta transcendência política, por isso que envolve questão muito complexa de política tributária e financeira, não vejo como excluir-se a apreciação do problema em seus aspectos técnicos jurídicos, que pressupõem o exame da natureza dos impostos em causa, e a legitimidade da sua cobrança em face do texto constitucional.

Por mais conveniente que seja a cobrança do imposto, por mais indispensável que se apresente para a vida financeira da unidade administrativa que o criou, se esbarra com uma proibição constitucional não como desconhecer-se a legitimidade da intervenção judiciária.

Política é a conveniência da tributação, é a forma da incidência do imposto, mas não o exame do seu conteúdo jurídico e a apreciação da sua legitimidade. (...) Mas a decisão judicial não tem, nem pode ter a virtude de sobrestar a cobrança do imposto malsinado. Ao poder público cabe fazê-lo, porque a inconstitucionalidade não é decretada em tese mas para o caso concreto, tendo-se em vista apenas a relação jurídica sujeita ao seu exame.

Ao órgão político compete, entretanto, intervir no terreno legislativo, suspendendo a execução do tributo que incide na proibição constitucional.

O problema político atinge a lei em sua essência, em sua força executiva, nas suas próprias condições de vida. Por isso mesmo a ele, e somente a ele, compete revogar a norma legal, mas ao judiciário, fazendo as considerações da alçada do outro poder, mas reservando-se a faculdade que decorre implicitamente da sua competência constitucional, não se pode negar autoridade para apreciar a lei em face da Constituição, penetrar no íntimo das leis tributárias, compará-las, e decretar a inconstitucionalidade quando se verificar a dupla incidência fiscal fulminada pela Constituição” (RE 8.032, MG, Relator Orisombo Nonato, RTJ 1, manifestação do PGR Themístocles Cavalcanti, p. 31, grifos nossos).

⁴⁵ PINTO FERREIRA (1962, p. 102) chama essa necessidade de o Senado suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF de “senado conservador”.

⁴⁶ O tema foi sofisticadamente discutido entre Luiz Gallotti e Ary Franco na RP 466, Guanabara, RTJ 19, p. 1-46. O precedente é, provavelmente, um dos mais relevantes julgados pelo STF no período, dada a complexidade e

como o controle concentrado e abstrato desloca o debate sobre as fronteiras do jurídico e do político, pois o Supremo passa a atuar diretamente na esfera normativa, o que era, até então, atribuição do Legislativo e do Executivo – como afirmado expressamente por Edgar Costa.

O objetivo dos capítulos seguintes será, então, demarcar como a representação significou relevante redefinição da fronteira entre o jurídico e o político e da própria função do Judiciário, na medida em que o discurso de “direitos individuais” cumpria papel determinante no discurso de legitimação proferido pelo STF para o exercício do controle de constitucionalidade. Mas não apenas: toda a formação da elite jurídica dialogava diretamente com a importação e assimilação dessa crença, que cumpriu papel determinante para a sua unidade.

3.5.2 Os juristas-intelectuais das faculdades de direito: a crença e as contradições na proteção a “direitos individuais” (direito de propriedade e à liberdade)

A proteção do direito individual é precisamente a missão do poder Judiciário. É a sua razão de ser. É para isto que ele existe... Por conseguinte, tôdas as vêzes que um direito individual se diz ameaçado, e invoca o amparo dêsse Poder, e pede a proteção que lhe é garantida na Constituição da República, êle não pode deixar de ir em seu auxílio, sejam quais forem os obstáculos que encontre em seu caminho, sob pena de mentir à sua missão e faltar ao primeiro de seus deveres (COSTA, 1964, 294, grifo nosso).

A criação das universidades de Pernambuco e São Paulo, pelo Império, teve como objetivo o desenvolvimento de quadros capazes de pensar os rumos de um Brasil que, agora, se pretendia independente. Notadamente porque a elite brasileira, até então, era formada em grande medida por Coimbra. O bacharel, então, se tornou figura relevante para o Estado, o seu “grande intelectual” (SCHWARCZ, 2017).

A formação desses quadros é objeto de vasta literatura, exatamente pela relevância que cumpriu para a tomada de decisões políticas naquele momento. Nesse sentido, José Murilo de Carvalho (2019) e Sérgio Adorno (2019), apesar de enfoques diferentes, demonstram que o modo pelo qual se deu a socialização desses “juristas-políticos”, mais do que as disciplinas universitárias, foi fundamental para a construção da homogeneidade desses homens de Estado. Homogeneidade essa que foi determinante para unificar os diferentes e conflituosos interesses da elite nacional e, assim, manter a unidade da nação:

Argumentaremos, portanto, que a adoção de uma solução monárquica no Brasil, a manutenção da unidade da ex-colônia e a construção de um governo civil estável

foram em boa parte consequência do tipo de elite política existente à época da independência, gerado pela política colonial portuguesa. **Essa elite se caracterizava sobretudo pela homogeneidade ideológica e de treinamento.** Havia sem dúvida certa homogeneidade social no sentido de que parte substancial da elite era recrutada entre os setores sociais dominantes. Mas quanto a isto não haveria muita diferença entre o Brasil e os outros países. As elites de todos eles vinham principalmente de setores dominantes da sociedade. Ocorre que nas circunstâncias da época, de baixa participação social, os conflitos entre esses setores emergiam com frequência. Mineradores chocavam-se com fazendeiros, produtores para o mercado externo com os produtores para o mercado interno, latifundiários de uma região contra seus semelhantes de outra. **A homogeneidade ideológica e de treinamento é que iria reduzir os conflitos intra-elite e fornecer a concepção e a capacidade de implementar determinado modelo de dominação política.** Essa homogeneidade era fornecida sobretudo pela socialização da elite, que será examinada por via da educação, da ocupação e da carreira política.” (CARVALHO, 2019, p. 21, grifos nossos).

Adorno cria interessante metáfora para se referir a esse grupo social, chamando-a de “mandarinato imperial de bacharéis” (ADORNO, 2019, 109). Seu objetivo é demonstrar como esses juristas, responsáveis por assumir cargos centrais no Estado, foram capazes de recepcionar os ideais liberais advindos da Europa, mas conferindo-lhes leitura tipicamente nacional. Por um lado, desenvolveu de forma arguta o liberalismo econômico, assunto de interesse de toda a elite, notadamente pela exortação ao direito de propriedade. Mas, por outro, foi capaz de adaptar esse pretenso liberalismo a ideais autoritários, que chegaram ao cúmulo de se compatibilizarem à escravidão⁴⁷.

De todo modo, a despeito de suas contraditórias leituras, a ideia de “liberdade individual” passará a compor o imaginário e a prática dessa elite detentora de postos centrais na burocracia estatal. O Judiciário, dada sua função e natureza, ocupará papel relevante para se desenvolver esse princípio, que demarcará a relação entre o direito e a política.

Nos julgados do STF, o conteúdo dessa liberdade individual pode ser resumido, essencialmente, à proteção à propriedade privada/liberdade comercial, notadamente contra o Fisco, e à imposição de limites ao poder bélico do Estado, notadamente contra membros das elites. Veja-se, nesse sentido, voto do ministro Edmundo Lins:

Errar e abusar podia o Legislativo, praticando as mais clamorosas injustiças no reconhecimento de poderes, rasgando o diploma dos eleitos, para reconhecer os derrotados. Errar e abusar podia o Executivo, máxime no nosso regime presidencial, em que o Legislativo se limitava a delegar-lhe suas funções privativas, com a exceção única do recebimento do próprio subsídio, e a submeter-se, servilmente, a todos os seus maiores caprichos. **Errar e abusar podia, finalmente, o Judiciário, principalmente por não estudar devidamente as questões, causando incalculáveis prejuízos à liberdade e à propriedade, que tinha o dever de acautelar e defender** (COSTA, 1964, p. 288).

⁴⁷ Naturalmente, essa leitura esdrúxula que compatibilizava a referência aos direitos individuais e a escravidão encontrou resistência.

Como se verá nos tópicos seguintes, julgamentos centrais do Supremo à época serão decorrentes de prisões de figuras relevantíssimas da República determinadas pelo presidente e da proteção dos grandes proprietários em face da Fazenda. O discurso de “liberdade individual” se coloca, assim, como um princípio fundamental da “razão de Estado⁴⁸”, nos dizeres de Foucault, para se estabelecer regras de disputas entre as elites. Está em jogo o desenvolvimento, no Brasil, de um modo de vida *civilizado*, como enunciado por Joaquim Nabuco (2000)⁴⁹, mas, também, uma prática objetiva que permite regras mínimas na disputa pelo uso do poder Estatal em uma sociedade que se complexifica.

3.5.3 A díade “decisões políticas x direitos fundamentais”: delimitação do jurídico e do político; o “controle do Estado” pela proteção aos direitos individuais

A função do judiciário ao apreciar a lei, ou o ato eivado de inconstitucionalidade, limita-se a negar-lhe obediência, liberando o ofendido do dever de se sujeitar à sua autoridade. Essa atividade consiste não tanto em anular ou revogar, quanto em deixar de aplicar a lei, **incompatível com outra lei hierarquicamente superior ou com a Constituição. Não se trata, pois, de submeter os outros poderes ao controle do judiciário, como se este fosse colocado acima daqueles, mas de exercer o controle da lei ou do ato, que ofende direito subjetivo individual** (BUZAID, 1958, p. 81, grifos nossos).

Os limites e possibilidades do Poder Judiciário em face do Legislativo e do Executivo, os chamados poderes políticos, estiveram no centro dos debates do STF desde sua criação, com a República. O problema, que articula a forma com que direito e política se relacionam, jamais sairia da pauta do Tribunal. Mas, se a questão se perpetua, observar a forma com que ela é enfrentada pelo tribunal revela importantes continuidades e descontinuidades, considerando

⁴⁸ Foucault, em *La naissance de la biopolitique* ((MICHEL FOUCAULT..., 2015).), sustenta que, para se compreender o exercício da dominação, não se pode partir de conceitos universalmente naturalizados pela modernidade em direção às práticas que esses conceitos suscitam. Ao contrário, deve-se partir das práticas para se chegar aos conceitos universais, pois somente assim é possível desvelar como o *saber*, que atravessa esses conceitos universais, é capaz de fundar as práticas – relembrando-se a importância crucial da relação entre *saber* e *poder* na obra do pensador francês Ou, de outro modo, como as práticas e os discursos constroem seu objeto. Nesse sentido, para a compreensão do surgimento do que denomina *biopolítica*, centrará sua análise na ideia de *razão de Estado*, que se coloca entre o “Estado dado” e o “Estado perseguido”, de forma a legitimá-lo, por um lado, e a construí-lo, por outro. Com efeito, o dever-ser de governar deve-se vincular ao dever-ser do Estado. O pensador defenderá, então, que a ideia de “direitos fundamentais” está atrelada a uma específica razão de Estado, em que o controle do poder do soberano se torna pauta determinante para outras elites (nobreza, na França; burguesia, na Inglaterra) que, com a complexificação da sociedade, tornam-se mais poderosas a partir do século XVIII. A ideia de contrato social começa a se colocar: o soberano deve se limitar ao “negócio fundador da sociedade”. Ademais, o desenvolvimento da economia política, como o modo pelo qual se regula a produção e a circulação de riqueza, é uma inflexão determinante para se entender essa nova razão de Estado, vinculada, agora, à limitação do poder – até então absoluto.

⁴⁹ “Sem a emancipação dos atuais cativos nunca o Brasil firmará sua independência nacional e segurará e defenderá a sua liberal constituição. **Sem a liberdade individual não pode haver civilização, nem sólida riqueza; não pode haver moralidade e justiça, e sem estas filhas do céu, não há nem pode haver brio, força e poder entre as nações**” (NABUCO, 2000, p. 37, grifo nosso).

que o Judiciário é o juiz de sua própria competência⁵⁰.

Dentre os mais diversos pontos de observação dessa complexa relação, interessa à presente tese perscrutar como o STF constrói, discursivamente, os limites de sua função em relação aos demais poderes no exercício do controle concentrado e abstrato. Com efeito, uma vez que a representação interventiva é tratada, aqui, como a precursora dessa forma de controle, é imperativo marcar suas diferenças. De forma objetiva, como o Supremo fundamentava a sua legitimidade para julgar uma lei inconstitucional pela via incidental? E quais as continuidades e descontinuidades em relação à apreciação da representação interventiva?

A partir da análise da obra de alguns autores clássicos, sobretudo Ruy Barbosa, bem como de julgados relevantes da Corte durante a Primeira República, é possível inferir que o Supremo construía sua legitimação no exercício do controle de constitucionalidade a partir do conflito entre dois princípios: a competência do Judiciário em exercer a defesa de direitos individuais *versus* a impossibilidade de o sistema jurídico interferir na atividade política. É possível condensar essa tensão principiológica na díade “decisões políticas x violação a direitos individuais”, que perpassará constantemente a construção argumentativa utilizada pelo Supremo para atrair ou afastar a sua competência para julgar um caso.

As questões políticas adstritas ao Executivo e ao Legislativo, responsáveis pelas decisões fundamentais do Estado, estariam interditas ao Judiciário, cuja atividade seria eminentemente técnica. Uma ação que veiculasse pedido dessa natureza não poderia ser conhecida pela Corte. Salvo se o ato político ensejasse lesão a direito individual, critério que torna a questão jurídica e, assim, passível de intervenção pelo sistema jurídico. **O Judiciário operaria, portanto, como controlador dos excessos dos demais Poderes⁵¹, diferenciando-se deles em razão da aplicação da técnica jurídica.**

Ruy Barbosa, jurista central para os rumos tomados pelo controle de constitucionalidade no Brasil, coloca a questão com muita clareza: se, por um lado, a jurisdição se legitima por meio da proteção a direitos individuais⁵², o que pressupõe o exercício do controle de constitucionalidade das leis⁵³, por outro há uma série de mecanismos que faz com que o jurídico

⁵⁰ O Judiciário é o juiz de sua própria competência. Contudo, coerente com as premissas adotadas nesta tese, é fundamental reiterar que **os limites e possibilidades dessa competência são fixados, sempre, a partir de relações sociais em que o STF é um dos atores necessariamente implicados, mas que, jamais, está o órgão sozinho.**

⁵¹ Excessos que poderiam ensejar lesão ao direito à propriedade ou à liberdade.

⁵² Em outra passagem de igual clareza, afirma o estadista brasileiro: “O arbítrio, administrativo, ou legislativo, onde a Constituição o autoriza, o arbítrio de cada função política no círculo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuais, ou coletivos, que a própria Constituição garante” (BARBOSA, 1893, p. 142).

⁵³ “Declarar, pois, inconstitucionais esses atos, quer dizer que tais atos excedem, respectivamente, a competência de cada um desses dois poderes. Encarregando, logo, ao Supremo Tribunal Federal a missão de pronunciar como

não extrapole o político, região que lhe seria “impenetrável”. O princípio do *checks and balances* atribuiria ao Supremo o poder de controlar os excessos do Parlamento. Mas, por outro lado, ao fazê-lo apenas para o caso concreto, não em abstrato, haveria a proteção ao sistema político, que seria “intangível” ao Judiciário⁵⁴. Veja-se:

Desde MARSHALL, no memorável aresto em que se sagrou a jurisdição dos tribunais contra o exercício inconstitucional das faculdades do governo, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no **domínio desses poderes uma região impenetrável à autoridade da justiça: a região política.**

Mas em que termos se deve entender o horizonte dessa expressão?

(...)

A linha diretriz não me parece difícil de traçar. **De um lado estão os grandes poderes do Estado, com as suas atribuições determinadas em textos formais. Do outro, os direitos do indivíduo, com as suas garantias expressas em disposições taxativas.** Em meio a uma e outra parte, a **Constituição, interpretada pela Justiça**, para evitar entre os direitos e os poderes as colisões possíveis (...)” (BARBOSA, 1893, p. 128, grifos nossos).

Ainda que seja inexorável a existência de uma fronteira cinzenta entre o jurídico e o político, prossegue Barbosa, “a proteção ao direito individual”, no julgamento do “caso concreto”, permite diferenciar a “jurisdição da criação das normas”, atividade eminentemente política, assegurando ao Judiciário a sua legitimidade. Veja-se:

(...) **Não se fere, nem desconhece nunca a autonomia, a especialidade das funções dos outros poderes. O ato criminado subsiste no corpo geral das leis, ou dos decretos, enquanto o poder competente o não desfizer. A interferência dos tribunais circunscreve-se ao intuito de excluir da ação desse ato um direito individual**, que individualmente se demonstrou estar garantido contra ele por uma lei superior a todas as leis. Essa função, pois, não obra senão **caso a caso, a favor dos que reivindicarem a imunidade constitucional**, não atuando para a série das espécies afins, senão moralmente, pelo prestígio do julgado, pela concludência de seus fundamentos, pela paridade das suas conclusões (BARBOSA, 1893, p. 121, grifos nossos).

Araújo Castro se utiliza dessa mesma fronteira entre o jurídico, responsável pela defesa de direitos individuais no caso concreto, e o político, que dita o direcionamento do Estado. Interessante notar que o autor deixa claro com quem essa teoria está dialogando (e em conflito):

incursos no vício de inconstitucionalidade os atos do Poder Executivo, ou do Poder Legislativo, o que faz a Constituição é investir o Supremo Tribunal Federal na competência de fixar a competência a esses dois poderes, e verificar se estão dentro ou fora dessa competência os seus atos, quando judicialmente contestados sob este aspecto” (BARBOSA, 1893, p. 22).

⁵⁴ Henry Campbell Black, autor muito citado por Ruy Barbosa, em livro publicado em 1897, parece ter uma interpretação mais ampla que o brasileiro sobre os poderes do Judiciário no controle de constitucionalidade. Afirma que todo caso, antes de ser analisado, deve implicar na análise da constitucionalidade das normas a ele aplicáveis. “It is the right and duty of the court to examine the constitutional validity of every statute brought fairly before them as applicable to a pending controversy; and if they find such statute to be in contravention of the constitution, they may and must pronounce it a nullity and no law” (BLACK, 2015, p. 52). “É direito e dever da corte examinar a validade constitucional de cada lei apresentada de forma justa diante dela como aplicável a uma controvérsia pendente, e se eles acharem tal lei está em desacordo com a Constituição, eles podem e devem declará-la nula e uma não lei” (tradução nossa),

com a tradição oriunda do Império, que tratava o Judiciário como subordinado aos demais Poderes. Veja-se:

O Poder Judiciário era não só inteiramente obrigado à obediência dos atos legislativos, quaisquer que estes fossem, como também á observância dos decretos e até dos avisos do Poder Executivo. Além, disto, ao lado dos juízes e tribunais funcionava o contencioso administrativo, disputando-lhe jurisdição e competência sobre casos e demandas, pela sua natureza, sujeitos ás regras do direito privado (CASTRO, 1918, p. 64).

A criação dos novos poderes do Judiciário, com a República, se deu de forma conflituosa, o que é possível observar pela necessidade constante de se apresentar as razões desse empoderamento. Araújo Castro, nesse sentido, se esforça para se contrapor aos críticos do modelo, demonstrando que não haverá uma superposição do Judiciário em relação aos poderes políticos. O núcleo de sua argumentação está exatamente na crença de que o **limite** entre o direito e a política se dá com a **proteção**, no caso concreto, **de direitos individuais**. Veja-se:

A importante função, que cabe ao Judiciário, de deixar de aplicar as leis por inconstitucional serve tão somente para o colocar no mesmo grau de preeminência, ou antes (...), para que deixe de ser um poder secundário e ocupe o mesmo lugar que os outros (CASTRO, 1918, p. 64-5).

O Poder Judiciário não anula a lei: deixa apenas de aplicá-la ao caso em espécie por infringente da Constituição.
A lei contínua em vigor e póde ser aplicada, de futuro, a casos idênticos (CASTRO, 1918, p. 65, grifos nossos).

A díade “questões política x direitos individuais” está em consonância com a doutrina hermenêutica de Carlos Maximiliano, provavelmente a mais influente da época. Articular a norma geral, elaborada pelo Parlamento, com o caso concreto, a partir dos rigores desenvolvidos pela ciência, é a tarefa do aplicador do direito. A lei, portanto, embora não esgote a atividade do hermenêuta, é sua matéria-prima fundamental. Veja-se:

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito.
As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. **É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito.** Para conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. **Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões de direito** (MAXIMILIANO, 2017, p. 1, grifo nosso).

A grande virtude de um jurista, portanto, responsável pela aplicação adequada da lei, é a de captar a essência, o conteúdo e o alcance do direito objetivo: “**A aplicação do Direito**

consiste no enquadrar um caso concreto a uma norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real (...)” (MAXIMILIANO, 2017, p. 6, grifo nosso).

Ainda:

Para atingir, pois, o escopo de todo o direito objetivo é força examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (quoetio juris, no sentido estrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (questio facti); c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço (MAXIMILIANO, 2017, p. 8).

Interessante notar que o uso da díade “questões políticas x direitos individuais” atravessou todo o momento histórico até então observado. A Constituição de 1934, nesse sentido, pretendeu interditar, expressamente, o conhecimento de questões políticas pelo Judiciário⁵⁵. Essa fronteira pode ser observada, também, na obra de Alfredo Buzaid, ministro da Justiça de Médici, que viria a ser o autor do CPC de 1973. O jurista, um dos grandes expoentes do direito durante a ditadura militar, deixa claro que “jurisdição” é sinônimo da “apreciação de direitos individuais”. Veja-se:

(...) **Limita-se, pois, a jurisdição a apreciar direitos individuais**, não a indagar como o executivo ou seus funcionários cumprem os deveres, em relação aos quais têm discreção. **A função específica do Judiciário não consiste em fiscalizar o comportamento dos outros poderes do Estado, mas sim em decidir *lítigio real*, nos termos em que foi proposto pelo autor** (BUZOID, 2007, p. 57, grifos nossos).

O desenvolvimento do controle concreto e abstrato de constitucionalidade, a partir da representação interventiva, promove mudança relevante na jurisprudência do STF e na forma com que a Corte legitima o exercício de suas funções. Buscar descrever essa mudança será o objeto dos próximos capítulos.

Antes de finalizar, é preciso ressaltar um ponto. Não se está entrando no mérito se a aplicação da díade, pelo STF, se deu de forma casuística ou adequada. Também é possível lhe atribuir diferentes conteúdos, ora mais autoritário, como em Buzaid, buscando legitimar a ação do Executivo, ora mais liberal, como em Ruy Barbosa, fomentando a defesa de direitos individuais pelo Judiciário. Contudo, seja o casuísmo com que é aplicado, seja sua diferença de pré-compreensões, ainda assim é possível observar um certo consenso no STF, e mesmo na doutrina, sobre **como o direito se diferencia da política**. Em outros termos, não se está colocando em questão a evidente possibilidade de manipulação discursiva da díade como critério de legitimação da função jurisdicional, mas, sim, que havia um certo consenso de que ela operava como um argumento legítimo de reconhecimento da competência do STF.

⁵⁵ Art. 68, CF/34 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

3.5.4 A construção discursiva da díade “questão política x lesão a direito individual”, pelo STF, na Primeira República: o Judiciário intermediando disputas no núcleo da elite brasileira

Preliminarmente, deve-se ressaltar que, para o estudo dos julgados proferidos durante a 1ª República, foi utilizada seleção realizada pelo ministro do STF Edgar Costa, em obra onde são compilados, em 4 volumes, os precedentes que o magistrado considera mais relevantes no período. Apesar de não se tratar de publicação oficial do Tribunal, como os Informativos e RTJ, a definição das decisões é realizada a partir do olhar de quem tomou parte da vida da Corte, refletindo, pois, muitas das vantagens apresentadas nos periódicos oficiais – descritas na Metodologia desta Tese.

Pois bem. A República da Espada, quando os marechais Deodoro e Floriano ocuparam o posto de presidente da República (1891-94), foi um dos períodos mais instáveis da história brasileira, tendo os militares recorrido frequentemente aos poderes excepcionais do estado de sítio. Nesse contexto, o Supremo será chamado a se manifestar sobre prisões realizadas pela Presidência da República, que envolviam sempre autoridades relevantíssimas da República. Passará a ocupar, assim, importante papel na disputa entre elites. Mas é fundamental ressaltar que sua atuação será, essencialmente, restritiva, de imposição de limites aos poderes políticos, ao contrário do que se observará a partir das ações abstratas – quando atuará diretamente na gestão do Poder Público.

Floriano, nesse contexto de crise e restrição de direitos, ao assumir o poder depois da queda de Deodoro, emitiu ordem determinando a prisão de uma série de autoridades, parte delas governadores, deputados e senadores, sob a acusação de sedição e conspiração⁵⁶. Em face dessa decisão, Ruy Barbosa ajuizou o HC 300 (STF, 1892)⁵⁷ em que impugnou não apenas a ilegalidade das prisões, muitas delas decretadas antes do estado de sítio e com efeitos após a sua extinção (RECONDO, 2018), como da inconstitucionalidade do próprio ato.

Com efeito, o *writ* submeteu ao Supremo disputa operada no núcleo da elite brasileira. O Judiciário cumprirá relevante papel, assim, de mediar o exercício do poder, impondo (ou não) balizas aos ocupantes do Executivo. No caso específico, se o presidente poderia decretar o

⁵⁶ Com as crises enfrentadas no início da República, que vão desde a crise financeira do “Encilhamento” até as disputas entre civis e militares no Governo, Deodoro fechou o Congresso no dia 4 de novembro de 1891, ensejando revolta que o obrigou a renunciar e, em seguida, na tomada do poder do vice-presidente, Floriano. Este, diante da crise instalada, substituiu todos os governadores nomeados por seu antecessor (Crise dos Governadores), decretando, em seguida, o estado de sítio. As prisões em análise se dão nesse contexto.

⁵⁷ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

estado de sítio e quais direitos, durante sua vigência, poderia restringir. Nesse sentido, defendia Ruy Barbosa que “as nações civilizadas” redefiniram o papel atribuído ao Judiciário na separação dos poderes, reconhecendo-lhe a competência não apenas de aplicar a lei, mas de “valorá-la”. E a Constituição de 1891, ressaltou, teria reconhecido expressamente esse papel. Veja-se:

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 lhe parecer conforme, ou contrária à lei orgânica. Ai 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 sôbre os moldes democráticos do sistema federal. **De poder subordinado que era, transformou-se em poder soberano**, apto, na elevada esfera da sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão. É por isso que, na grande União Americana, com razão, se considera o Poder Judiciário como a pedra angular do edifício federal e único capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual (COSTA, 1964, p. 22, grifos nossos).

O STF, contudo, indeferiu o *habeas corpus*. Entendeu a Corte, em síntese, que competiria ao presidente decretar o estado de sítio, por se tratar de ato eminentemente “político”, não sendo o Judiciário apto a ingressar na seara que a Constituição reservara aos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, não haveria que se falar, propriamente, em prisões realizadas durante o estado de sítio, mas em detenções⁵⁸, cujo controle estaria afeto apenas ao Parlamento, conforme estabelecido pela Constituição.

A utilização do estado de sítio, contudo, não seria monopólio da República da Espada. Por sucessivas oportunidades, durante toda a 1ª República, o STF veio a se manifestar sobre o mesmo problema. A instabilidade política, decorrente das contradições iminentes ao fim da escravidão e da urbanização do país⁵⁹, somada à queda da Monarquia, é uma marca inafastável

⁵⁸ A Constituição de 1891 disciplinava a *detenção*, admissível durante o Estado de Sítio, em seu artigo 80, parágrafo 2º, II. Veja-se: “Art. 80 - Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, nº 21).

§ 1º - Não se achando reunido o Congresso e correndo a Pátria iminente perigo, exercerá essa atribuição o Poder Executivo federal (art. 48, nº 15).

§ 2º - Este, porém, durante o estado de sítio, restringir-se-á às medidas de repressão contra as pessoas a impor:

1º) a **detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns**;

2º) o desterro para outros sítios do território nacional.

(...)

⁵⁹ SCHWARTZC (2012) chama atenção que com o fim da escravidão, com a posterior queda da Monarquia – instituições indissociáveis na história brasileira –, as contradições decorrentes da recente urbanização por que passava o Brasil serão tão marcantes quanto aquelas existentes entre o campo e a cidade. Paralelamente às grandes avenidas construídas sob o ideário positivista nas grandes urbes, signo do sonho do desenvolvimento de uma nova sociedade brasileira, cortiços vão crescendo nos subúrbios e submetendo diferentes extratos sociais a (diferentes) processos de exclusão. Ao mesmo tempo, o Brasil agrário, ainda amplamente majoritário, vai se transformando às margens dessa realidade urbana, gerando episódios como Canudos, que denunciam a distância, heterogeneidade e

de todo o período.

Prudente de Moraes, em razão dos conflitos que se sucederam ao massacre de Canudos, em 1897, decretou estado de sítio como resposta à tentativa de assassinato que sofrera. Novamente, algumas personalidades foram presas, ensejando a interposição do HC 1.063⁶⁰ por Ruy Barbosa. Dessa vez, o STF conheceu do HC e determinou o comparecimento de todos os pacientes à Corte, bem como requereu explicações do Governo. Contudo, manteve o entendimento de que “os efeitos do estado de sítio não cessam com relação às pessoas que por êle foram atingidas, senão depois de haver o Congresso tomado conhecimento dos atos praticados pelo chefe do Poder Executivo” (COSTA, 1964, p. 41).

Com efeito, decidiu a Corte, novamente, que decretação do estado de sítio seria um ato político cujo controle estaria afeto ao Parlamento, não ao Judiciário. Contudo, importante ressaltar que quatro ministros votaram pelo deferimento da ordem, pois entendiam que, no caso, haveria direito individual a se proteger, o que permitiria o controle do ato pelo judiciário⁶¹. Fica claro, portanto, que a fronteira do que é jurídico e o que é político estará sempre em disputa, mas os critérios para defini-la estão, razoavelmente, postos.

É o que se observa, também, nos HC 3.527 e 3.528. Os mencionados *habeas corpus* foram ajuizados também em razão da decretação de estado de sítio pelo então presidente, marechal Hermes – que se utilizou do artifício durante praticamente todo o seu governo (1910-1914). O conturbado período assistiu à Revolta da Chibata, do Contestado e a movimentações iniciais do operariado brasileiro⁶², que vinha desde o início do século ganhando força e que redundaria em grandes manifestações e greves entre os anos de 1917-1920⁶³.

No HC 3.527, o STF rejeitou a ordem requerida. O impetrante teria se limitado a

exclusão da recém-inaugurada República. Segundo a autora, “de um lado, uma sociedade recém-egressa da escravidão, adepta de um modelo basicamente agrário-exportador. De outro, um novo projeto político republicano, que tenta se impor a partir da difusão de uma imagem de modernidade e de civilidade, criada em contraposição ao Império. O que se nota, porém, é, em vez da dicotomia fácil que encontrava duas faces cartesianamente opostas – Monarquia ou República, barbárie ou progresso, atraso ou civilização –, a convivência inesperada de temporalidades distintas e a expressão de um movimento ambíguo que comportava inclusão e exclusão, avanço tecnológico com repressão política e social!” SCHWARCZ, 2014, p. 50).

⁶⁰Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1063.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

⁶¹ Notadamente, Pedro Lessa encampou, desde o início, a tese de Ruy Barbosa de que o STF poderia controlar a **própria declaração** do estado de sítio, caso ela não respeitasse a Constituição.

⁶² Sobre o tema, vide o HC 3336, impetrado por Ruy Barbosa, que irá impugnar a constitucionalidade, exatamente, da prorrogação do estado de sítio na capital federal, forma utilizada pelo governo para conter o movimento social na cidade do Rio de Janeiro – especialmente os movimentos operários. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3536.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

⁶³ No Brasil República, entre 1903-1906, houve um primeiro ciclo de greves, que se intensificaram, sobretudo, entre 1917-1920, gerando pressão “suficientemente grande para que se avaliasse a necessidade de ampliar o aparato repressivo especializado” (MATTOS, 2007, p. 422-439).

demandar o reconhecimento da inconstitucionalidade da decretação do próprio estado de sítio, o que, segundo a Corte, implicaria em decisão de natureza política, controlável apenas pelo Congresso Nacional. Contudo, ainda assim, foi expressamente consignado no acórdão o poder que o Tribunal se reconhecia de intervir em decisões dos demais poderes sempre que estivesse em jogo a proteção do direito individual. *In verbis*:

Considerando que, se é verdade, como é, que **ao Supremo Tribunal Federal cabe o exame dos atos dos dois outros poderes, quando arguidos de lesivos de direitos individuais pelos vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade, nem por isso poderá o Tribunal estender o uso dessa atribuição até ao ponto de julgar do mérito de atos que envolvem a própria independência de cada um dos três poderes**, todos existindo e devendo funcionar dentro dos limites postos pela Constituição;

Considerando que é justamente por força desta limitação, inerente ao exercício dos aludidos poderes, que o Judiciário, em regra, só julga dos efeitos ou fatos decorrentes de atos dos dois outros poderes, por ventura lesivos dos direitos individuais, e jamais dos motivos ou razões, pelas quais foram tais atos adotados ou postos em execução (...) (COSTA, 1964, p. 173, grifo nosso).

Em outro relevante julgado da época, o ministro Coelho Campos é ainda mais didático, asseverando que a razão de ser do Judiciário é punir delitos e proteger direitos individuais. Veja-se:

O Poder Judiciário, sem parte na intervenção, conhece apenas dos fatos que incidam em sua função ordinária, **se há delitos a punir, ou direitos individuais a garantir. Não conhece, nem dirime, questões políticas, salvo exceções expressas em lei** (COSTA, 1964, p. 239, grifo nosso).

O limite entre o jurídico e o político também foi colocado em questão no STF, por meio do poder do Judiciário em apreciar o procedimento eleitoral, competência que, até 1932, era atribuída ao Parlamento. Uma das grandes bandeiras do tenentismo, de diversos movimentos sociais e mesmo das elites em disputa com a prevalência de Minas e São Paulo durante a 1ª República, o debate em torno da participação do Judiciário como meio de “moralizar” as eleições era sempre caloroso e evidenciava a tensão imanente ao papel do Judiciário em relação aos demais poderes.

No Supremo, por um lado, alguns ministros repercutiam o pensamento dominante na época, de que atribuir ao Judiciário a competência para julgar eleições ensejaria a contaminação do órgão pela paixão da política. Ora, a legitimidade do Judiciário decorreria desse seu caráter técnico e alheio às disputas políticas, como reconhecido expressamente pelo próprio Tribunal:

Nem um minuto duvidei de que havíeis de repelir, hoje, como ontem, a tentativa que se renova de vos envolver nas lutas partidárias. O vosso saber, o vosso critério e as vossas virtudes, dão a segurança de que sabereis resguardar das paixões desta quadra calamitosa, em que tudo que se quer afundar, **o prestígio do Poder Judiciário, que é o derradeiro refúgio, a última esperança dos que ainda não perderam a fé na regeneração dos nossos costumes e confiam no futuro e na grandeza da Pátria, redimida**

pela Justiça (COSTA, 1964, p. 274, grifos nossos).

Para outros, ao Judiciário caberia julgar as leis e a Constituição onde quer que elas fossem aplicadas e, nessas circunstâncias, estaria exercendo legitimamente o papel que lhe cabia na separação dos poderes. Esse foi o posicionamento do ministro Sebastião Lacerda e de Guimarães Natal. Para Natal:

Os poderes são limitados, e as limitações excluem a discricção e o arbítrio. **Se, no exercício de suas funções, qualquer dos poderes políticos exorbita, lesando um direito, o direito lesado pela exorbitância poderia reclamar a sua reintegração ao Judiciário** (COSTA, 1964, p. 288, grifo nosso).

A questão eleitoral foi enfrentada, ainda, em alguns importantes precedentes. Entre eles, o HC 8.584, em que o STF apreciou a possibilidade de controlar decisão do Congresso acerca da eleição de vice-presidente da República⁶⁴, vencida pelo mineiro Arthur Bernardes. No caso, Urbano Santos, o candidato mais votado, falecera antes da contagem dos votos e da declaração de sua vitória pelo Congresso, que veio a determinar a realização de novas eleições. O segundo colocado, José Joaquim Seabra⁶⁵, com fundamento na Lei 3.208/1906, sustentava que estaria apto a ser considerado vencedor do certame, já que a morte tornaria seu concorrente inelegível.

Mais uma vez o grande debate se deu em torno de se saber se haveria, ou não, o direito individual do candidato em ser empossado ou haveria uma questão política, *interna corporis* ao Parlamento, insuscetível de controle pelo Judiciário. A maioria do Tribunal acabou por negar *habeas corpus* requerido.

Vê-se, pois, que a díade “questão política x direito individual” foi sistematicamente utilizada pelo STF como critério para conhecer, ou não, de determinada demanda. Com as representações interventivas, haverá mudança relevante em como o Supremo reconhece a legitimidade de sua função constitucional, como se analisará em seguida.

3.6 O juízo de admissibilidade das Representações e o deslocamento da díade “questões políticas x direitos individuais”: o STF e a “gestão do Estado”

3.6.1 A “crença” na excepcionalidade do exercício do controle abstrato

Em um manual de direito, o tratamento das Representações Interventivas se inicia com suas hipóteses de cabimento, nos termos do artigo 7º, VII, CF/46. Afinal, essa é a finalidade

⁶⁴ A eleição de vice era desvinculada da de presidente.

⁶⁵ Segundo Seabra, tendo havido o falecimento do primeiro colocado, ele não poderia receber os votos a ele imputados, por falta de capacidade política. Com efeito, tendo recebido a metade mais um dos votos (excluídos os de seu concorrente), estaria legitimado a ser declarado vencedor.

dessa espécie de livro, que marca o aprendizado no direito: um autor, detentor de um conhecimento que se pretende legítimo, transmite a neófitos o conteúdo que lhes é exigido para o ingresso no universo dos especialistas.

O seu posicionamento no presente tópico, por outro lado, tem como objetivo marcar uma das diferenças centrais na dinâmica de julgamento das ações de controle abstrato para as ações de controle difuso. Mais especificamente, como a prevalência da díade “questões políticas x direitos individuais” é substituída por uma nova categoria, a subsunção às **hipóteses de cabimento da Representação**. O STF não mais privilegiará o julgamento de casos individuais, enfrentando os excessos do Executivo, mas emprestará seu “discurso racional jurídico” para a gestão de problemas fundamentais do Estado, como os conflitos federativos e entre os poderes.

Duas características do juízo de admissibilidade serão ressaltadas neste tópico. Em primeiro lugar, o cotejo de normas veiculado pela representação, entre a norma impugnada e a Constituição, está inserido em um paradigma neopositivista de direito. Com efeito, o sujeito cognoscente (o jurista) crê estar lidando com uma realidade (a norma) que lhe é estanque. Essa suposta distância entre o jurista e sua atividade interpretativa, permeada pela crença na objetividade da ciência, permite ao STF se deslocar do seguro argumento pautado na díade “questões políticas x direitos individuais” para o julgamento de lei em tese, uma vez que o Tribunal passa a descrever sua legitimidade como uma mera exclusão dos excessos do Parlamento, não propriamente como criação do direito. Ao reafirmar constantemente interpretações restritivas dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, os ministros “creem” que não ingressam na esfera política ou, pelo menos, que não realizam uma atividade de legislador positivo, pois se limitam a declarar normas “frontalmente”, “evidentemente” contrárias à Constituição.

Mas é fundamental ressaltar que essa “crença” na objetividade da ciência jurídica, no limite entre direito e política, constrói a realidade, pois forma e é formada pelo *habitus* do jurista. Ao apreciar um caso, o ministro coloca em prática essa sua história incorporada (*habitus*), fazendo com que as declarações de inconstitucionalidade, realmente, se deem em hipóteses excepcionais, construindo a fronteira do Judiciário e do Legislativo de forma mais rígida do que praticada atualmente pelo Tribunal.

Em segundo lugar, o Supremo se desloca do papel de limitar a atividade dos poderes políticos, notadamente do exercício da força titularizado pelo Executivo, para participar da gestão do estado. Esse fenômeno será observado, sobretudo, na diferenciação de objetos das ações de controle difuso para o concentrado. Enquanto os recursos extraordinários e mandados de segurança veiculam majoritariamente questões tributárias, em que pessoas naturais e

jurídicas pretendem impor limites à Fazenda, as representações interventivas buscarão atribuir à gestão do Estado a legitimidade e a racionalidade do discurso jurídico: estabelecer os limites da competência legislativa dos estados em relação aos municípios; os poderes do Judiciário sobre os atos normativos; a fixação dos órgãos competentes para iniciar projetos de lei, entre outros. Ainda que em um *habitus* restritivo sobre os limites e possibilidades do direito, em que as decisões do Judiciário prestigiam as escolhas políticas, torna-se função do Supremo estabelecer finalidades para o Estado, a partir da ponderação entre meios e fins, ainda que o próprio Tribunal acredite que essas finalidades decorram estritamente da subsunção da lei impugnada à Constituição.

3.6.2 Olhar panorâmico das matérias analisadas pelo STF em sede de representação: apesar das hipóteses restritas de cabimento, matérias que permitem amplos debates constitucionais

O artigo 7º, inciso 7º, da Constituição de 1946, estabelecia as hipóteses de cabimento da Representação:

- Art. 7º - 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 da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;'
 - e) autonomia municipal;
 - f) prestação de contas da Administração;
 - g) garantias do Poder Judiciário (BRASIL, 1946, online).

Os pronunciamentos em sede de representação lidavam com frequência com mais de uma alínea concomitantemente, demonstrando que o parâmetro de constitucionalidade ultrapassava os conflitos federativos. Observa-se, ainda, que em muitos julgamentos a referência ao artigo 7º, VII, permitia que a Corte discutisse temas situados em outros dispositivos da Constituição, como se deu em relação à possibilidade de criação de tribunal de contas pelo estado⁶⁶; à acumulação de cargos públicos; à ausência de concurso público para a

⁶⁶ “Ao criar o Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte, usou o Poder Legislativo do Estado de faculdade que lhe confere a Constituição Estadual, competente para dispôr a respeito, nos termos do art. 22 da Carta Federal. Além disso, criando o referido Tribunal e dando vitaliciedade aos seus membros, a lei estadual não se afastou do modelo federal, pois na União existe Tribunal de Contas e com membros vitalícios. Não estava a lei estadual obrigada a exigir aprovação da Assembléia Legislativa para a escolha dos membros do Tribunal de Contas. Os Estados, em suas Constituições, não são obrigados a copiar a Constituição Federal, senão a respeitá-la nos seus

investidura; questões específicas previstas no artigo 28 sobre a autonomia municipal, entre outros.

Assim, ao debater a forma republicana representativa (alínea “a”, inciso VII, artigo 7º), foi discutida a possibilidade de a Constituição Estadual estabelecer requisitos de capacidade eleitoral passiva para o cargo de governador⁶⁷; a ampliação do mandato do chefe do Executivo pela Assembleia⁶⁸; a acumulação de cargos por professores do estado⁶⁹; a eleição indireta de vice-governador⁷⁰.

A independência e harmonia dos Poderes (alínea “b”, inciso VII, artigo 7º), juntamente com a alínea “f”, “garantias do Poderes Judiciário”, também permitiu à Corte debater diversos problemas constitucionais. A vedação à possibilidade de a Assembleia invalidar lei municipal, estabelecendo-se a competência exclusiva do Judiciário para anular atos de outros Poderes⁷¹; a possibilidade de o chefe do Executivo se retratar de seu veto⁷²; a viabilidade de suprimento do

princípios fundamentais. Acresce que a Constituição Federal não deu ao Congresso Nacional (correspondente à Assembléia Legislativa) a atribuição de aprovar a escolha dos Ministros do Tribunal de Contas deu essa atribuição ao Senado, que os Estados não são obrigados a ter. Rejeita-se a arguição de inconstitucionalidade da lei norte – riograndense” (Rp 467, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/1961, DJ 07-08-1961 PP-01555 EMENT VOL-00470-01 PP-00030 RTJ VOL-00019-01 PP-00005).

⁶⁷ “Representação do Procurador Geral da República, prevista no art. 8 § único da Constituição. **O direito eleitoral é a organização jurídica da democracia representativa. Essa matéria, assim, se compreende na alínea a do nº VII do art. 7 da Constituição, a que se refere o citado art. 8 § único.** A Constituição encerra num círculo de ferro toda a matéria eleitoral, que declara da competência privativa da União, compreendendo-se nessa matéria a organização do sufrágio, ativo e passivo, desde o alistamento até a inelegibilidade, que não poderão ser outras senão as estatuídas. Inconstitucionalidade das alíneas b e e do artigo 37 da Constituição de São Paulo, que respetivamente estabelecem, como condições de elegibilidade para Governador, idade não inferior a 35 anos e não ter exercido o cargo de Vice-Governador no período anterior”. (Rp 208, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/1957, DJ 13-06-1957 PP-06937 EMENT VOL-00300-02 PP-00599 RTJ VOL-00001-01 PP-00884).

⁶⁸ “REPRESENTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE GOIAS QUE PRORROGA POR MAIS UM ANO, OS MANDATOS DE GOVERNADOR, VICE-GOVERNADOR E PREFEITOS. A PRORROGAÇÃO DE MANDATO FERE A FORMA REPUBLICANA E O PRINCÍPIO DEMOCRATICO DA TEMPORARIEDADE DAS FUNÇÕES” (Rp 322, Relator(a): Min. CÂNDIDO MOTTA, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/1957, DJ 12-12-1957 PP-16456 EMENT VOL-00326-01 PP-00009 RTJ VOL-00003-01 PP-00758).

⁶⁹ “Não havendo ensejo para intervenção, não cabe a declaração de que trata a Constituição, art. 8º, § único” (Rp 278, Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/1957, DJ 24-07-1958 PP-10689 EMENT VOL-00349-01 PP-00001 RTJ VOL-00006-01 PP-00071).

⁷⁰ “REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL_A LEI CONSTITUCIONAL N. 12, FICANDO ASSIM REVIGORADO O PARAGRAFO 2. DO ART. 35 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL PROMULGADA EM 1947” (Rp 515, Relator(a): Min. ARY FRANCO, Tribunal Pleno, julgado em 20/07/1962, DJ 09-08-1962 PP-02141 EMENT VOL-00511-01 PP-00010).

⁷¹ “AUTONOMIA MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 104 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DA LEI ESTADUAL N. 109, DE 1948. - NÃO É MAIS POSSIVEL ADMITIR-SE A SUSPENSÃO E A ANULAÇÃO DE LEIS, RESOLUÇÕES E ATOS MUNICIPAIS, PELOS ÓRGÃOS ESTADUAIS, COMO ACONTECIA NO REGIME DE 91. ATRIBUIÇÃO PRIVATIVA DO PODER JUDICIARIO A DE REVER ATOS DOS OUTROS PODERES. PROCEDENCIA DA RECLAMAÇÃO” (Rp 314, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/1957, DJ 21-11-1957 PP-15235 EMENT VOL-00323-01 PP-00001).

⁷² “O PODER DO VETO, SE USADO PELO EXECUTOR, NÃO PODER SER RETRATADO” (Rp 432, Relator(a): Min. ARY FRANCO, Tribunal Pleno, julgado em 22/01/1960, DJ 07-04-1960 PP-04372 EMENT

vício de iniciativa pelo veto⁷³, entre outros.

Em relação à temporariedade das funções eletivas (“c”) e à vedação à reeleição de governadores e prefeitos (“d”), diversas constituições estaduais foram impugnadas por prever o prazo de quatro anos para o mandato do governador, enquanto, no âmbito federal, o mandato era de cinco anos⁷⁴. O conflito entre a Lei San Tiago Dantas e a Constituição estadual do Rio de Janeiro, publicada após a mudança da capital para Brasília, também foi longamente debatido pelo Tribunal⁷⁵.

O tema mais veiculado em sede de Representação, no período analisado, foi a autonomia municipal (“e”), notadamente a criação, pelos estados, de novos municípios. A Constituição de 1946 estabeleceu a possibilidade de repasses do Imposto de Renda recolhido pela União aos entes locais, fomentando o interesse em sua criação. Foram submetidos ao STF, ainda, o controle das Assembleias sobre a cassação dos prefeitos e a fixação dos seus vencimentos; a atribuição local para a execução da política pública de transportes⁷⁶; a extensão das

VOL-00421-01 PP-00001 RTJ VOL-00013-01 PP-00089).

⁷³ “INCONSTITUCIONALIDADE SÓ SE DECRETA QUANDO MANIFESTA. REPRESENTAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE PELA NÃO OCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NO INCISO VII, DO ART. 7, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (Rp 490, Relator(a): Min. PEDRO CHAVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/1962, DJ 17-12-1962 PP-03950 EMENT VOL-00526-01 PP-00076 RTJ VOL-00026-01 PP-00011).

⁷⁴ “OBRIGAÇÃO DOS ESTADOS DE ADOTAR A TEMPORARIEDADE DAS FUNÇÕES ELETIVAS, LIMITADA A DURAÇÃO DESTAS A DAS FUNÇÕES FEDERAIS CORRESPONDENTES. CONSTITUIÇÃO, ART. 7., N. VII, LETRA 'C'. POR USAR O TEXTO CONSTITUCIONAL A PALAVRA 'LIMITADA', GENERALIZOU-SE O ENTENDIMENTO DE QUE, TRATANDO-SE DE UM LIMITE POSTO A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS DE SE ORGANIZAREM (ART. 18 E PARAGRAFO 1.), SOMENTE NÃO LHERS SERIA LÍCITO AUMENTAR O PERIODO DAS FUNÇÕES ELETIVAS FIXADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MAS PODERIAM REDUZI-LO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA. (Rp 288, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/1957, DJ 27-06-1957 PP-07593 EMENT VOL-00302-01 PP-00213 RTJ VOL-00001-01 PP-00791).

⁷⁵ “DEPUTADOS ESTADUAIS DA GUANABARA. - CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DOS SEUS MANDATOS EM QUANTRO ANOS, A CONTAR DA INSTALAÇÃO DA ASSEMBLÉIA. - O PODER CONSTITUINTE ESTADUAL NÃO PODE SOFRER LIMITAÇÕES IMPOSTAS POR LEI ORDINARIA FEDERAL E SIM APENAS AS CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONFORME PRECEITUA O SEU ART.18. - NO CHOQUE ENTRE A LEI FEDERAL E UMA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, HÁ QUE APURAR, PARA DAR SOLUÇÃO AO CONFLITO, QUAL DELAS SE AFASTOU DAS ORBITAS DA COMPETÊNCIA TRACADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. E SE FOI A LEI FEDERAL QUE NESSA FALTA INCIDIU, COMO NO CASO OCORRE, CLARO QUE CONTRA ELA PREVALECERA A CARTA ESTADUAL, NÃO SERÁ A ESTA QUE SE ESTARÁ ENTÃO OBEDECENDO, MAS A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, OU SEJA, A DISTRIBUIÇÃO DE PODERES QUE ELA CONSAGRA. - REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE, EM PARTE” (Rp 477, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 22/01/1962, DJ 02-04-1962 PP-00552 EMENT VOL-00492-01 PP-00001 RTJ VOL-00021-01 PP-00001).

⁷⁶ “É inconstitucional a lei estadual que retira aos municípios a competência para concessão de passe em transportes coletivos urbanos” (Rp 479, Relator(a): Min. CÂNDIDO MOTTA, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/1961, DJ 20-11-1961 PP-02587 EMENT VOL-00484-01 PP-00017 RTJ VOL-00020-01 PP-00006).

prerrogativas de parlamentares a vereadores⁷⁷; a fixação do número de vereadores⁷⁸, além de diversos temas acima mencionados que tocam a posição do município da federação.

Por fim, a “prestação de contas da Administração” (alínea “f”), além de ter sido usada para discutir a criação de Tribunais de Contas, como já mencionado, permitiu à Corte analisar norma estadual que disciplinava o repasse de tributos aos municípios⁷⁹; a validade de a Constituição estadual limitar alíquota de impostos⁸⁰, entre outros.

A análise empírica sugere, ainda, que a Corte ampliou, progressivamente, seus poderes de conhecer e analisar a constitucionalidade de norma a partir do artigo 7º, VII, CF. O fenômeno se deu, ao menos, em um dos temas mais abordados pela jurisprudência do STF até os dias de hoje: o cabimento de representação, requerida pelo Chefe do Executivo, para invalidar norma de origem parlamentar cuja iniciativa lhe era privativa. O STF, inicialmente, não conhecia da demanda, por entender que a matéria não se subsumia ao artigo 7º, VII, “b”, chegando inclusive a admitir que deputados iniciem leis reservadas aos Executivos. Veja-se:

FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LEI ESTADUAL DO ESTADO DE SÃO PAULO QUE DISPÕE SOBRE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO POR FUNCIONÁRIO NO EXERCÍCIO DE MANDATO LEGISLATIVO. MATÉRIA DE NATUREZA LEGISLATIVA, PODENDO RESULTAR DE PROJETO DE INICIATIVA DO GOVERNADOR COMO DE QUALQUER DEPUTADO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ART. 22. AUSÊNCIA DE QUALQUER MOTIVO PARA DECLARA-LA INCONSTITUCIONAL (Rp 346, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/1958, DJ 10-07-1958 PP-09761 EMENT VOL-00347-01 PP-00012).

Contudo o tema foi alterado na Corte e passou-se a declarar a inconstitucionalidade de lei cuja iniciativa afrontava a prerrogativa do chefe do Executivo, desde que ele tivesse vetado o projeto. Veja-se:

VENCIMENTOS. AUMENTO VOTADO PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, SEM INICIATIVA DO GOVERNADOR. INCONSTITUCIONALIDADE (Rp 394, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/1959, DJ 15-10-1959 PP-13701 EMENT VOL-00405-01 PP-00001).

⁷⁷ “Representação fundada nos arts. 7, n. VII, 8 e 48, n. I, letra “b” da Constituição: a decretação de inconstitucionalidade deve ser apreciada com a maior reserva e parcimônia; violação dos preceitos insertos na Carta deve ser evidente, frontal e facilmente perceptível; o resguardo dos poderes políticos por uma série de prerrogativas discriminação não pode ser ampliado por simples interpretação” (Rp 318, Relator(a): Min. AFRÂNIO COSTA - CONVOCADO, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/1958, DJ 24-07-1958 PP-10689 EMENT VOL-00349-01 PP-00008 RTJ VOL-00006-01 PP-00069).

⁷⁸ RP 270, CE, Ribeiro da Costa, RTJ 1, p. 359-61.

⁷⁹ “INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 3.117, DO RIO GRANDE DO SUL. NÃO OCORRENDO INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTA, JULGA-SE IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO” (Rp 337, Relator(a): Min. BARROS BARRETO, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/1958, DJ 11-09-1958 PP-13792 EMENT VOL-00356-01 PP-00001 RTJ VOL-00006-01 PP-00646).

⁸⁰ “REPRESENTAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA” (Rp 494, Relator(a): Min. ARY FRANCO, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/1962, DJ 02-08-1962 PP-02038 EMENT VOL-00510-01 PP-00013 RTJ VOL-00025-01 PP-00001).

De forma mais imediata, fácil observar que essa mudança de posicionamento institucionaliza proteção fundamental ao poder Executivo. Mas, de igual forma, empodera o Supremo Tribunal Federal, que se torna o fiador da disputa entre os poderes e entre as pessoas políticas. O discurso racional jurídico, reitere-se, amplia sua legitimidade como possível gestor de conflitos dentro do Estado.

3.6.3 A pesquisa empírica: detalhamento das representações julgadas entre 1957-1964

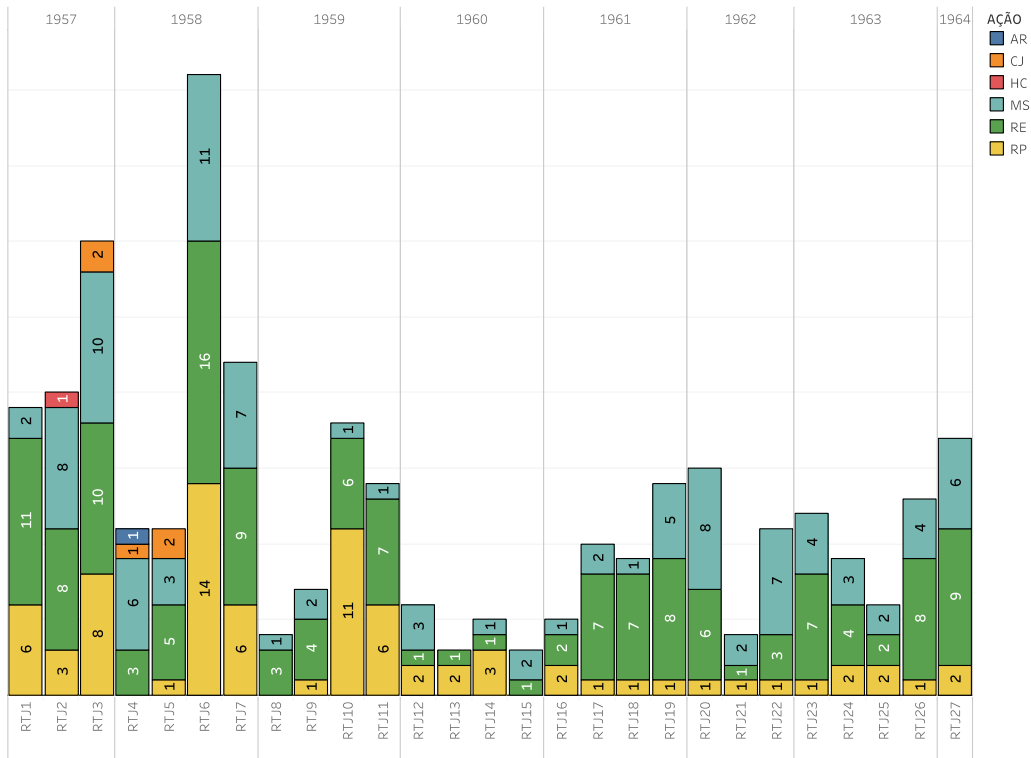
a. Por quais ações/recursos o STF apreciou a constitucionalidade das normas?

No período de 1957-1964, três foram os meios principais pelo qual o STF realizou o controle de constitucionalidade de normas, em relação aos julgados publicados nas RTJ's: o recurso extraordinário, a representação interventiva e o mandado de segurança, que totalizaram 97,93% dos julgamentos. Houve, ainda, casos específicos de *habeas corpus*, rescisória e "CJ"⁸¹, que, pela baixíssima recorrência, não serão analisados para fins de estatística. Veja-se, no Gráfico 1, a disposição de cada tipo de ação/recurso pelo número de Revista (RTJ):

Gráfico 1: Ação x RTJ.

⁸¹ Instituto por meio do qual o STF analisa conflito de competência.

(T1) Ação X RTJ

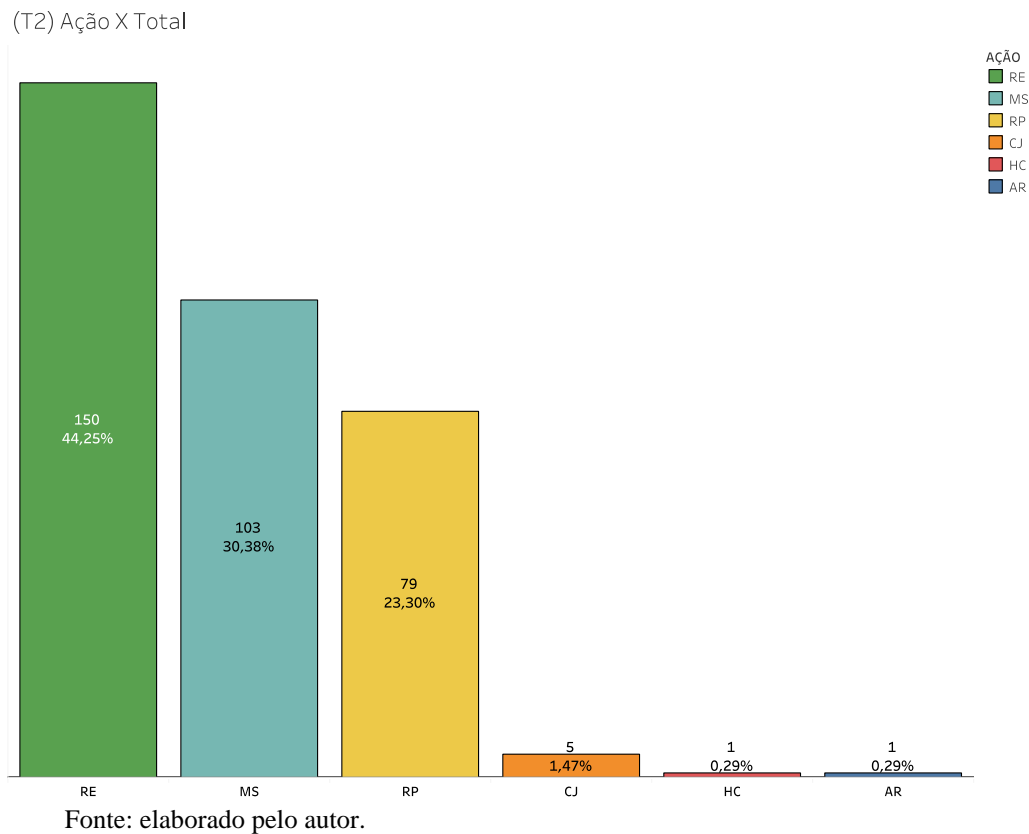


Fonte: elaborado pelo autor.

No Gráfico 2, observa-se o número total de ações e recursos⁸² apreciados pelo STF no período, desconsiderando-se a divisão em revistas:

Gráfico 2: Ação x Total.

⁸² Importante reiterar que toda a análise aqui realizada se debruça sobre ações e recursos, veiculando controle de constitucionalidade de normas.

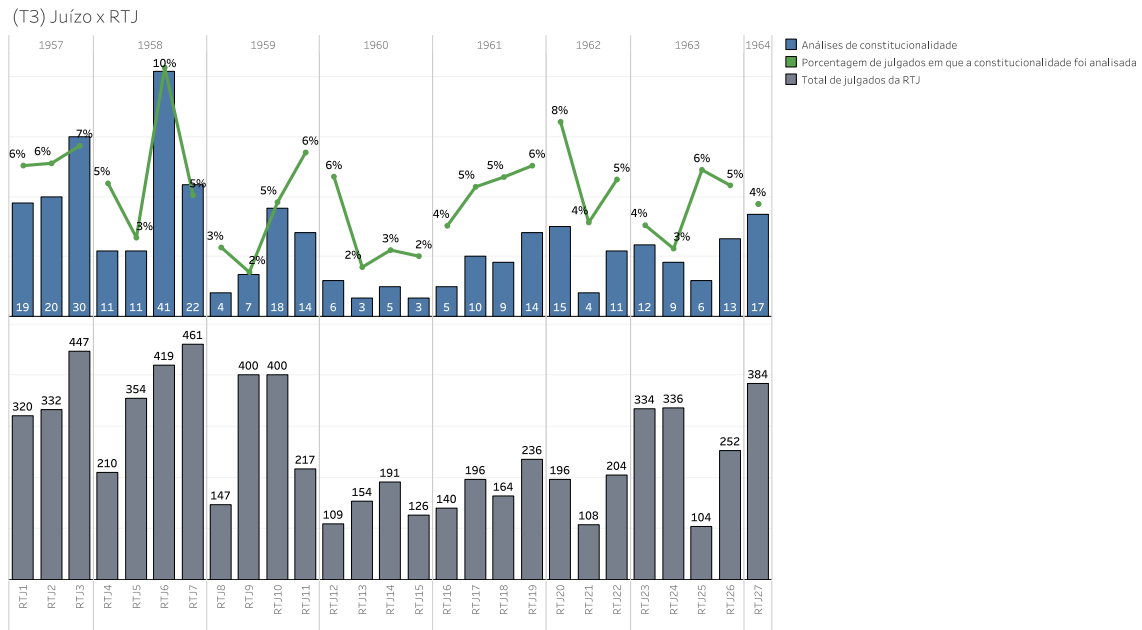


Interessante notar que o recurso extraordinário e o mandado de segurança, ações de controle difuso, veicularam 74,63% dos juízos de constitucionalidade realizados pelo STF no período.

3.6.4 O STF analisava a constitucionalidade de normas com qual frequência?

Qual a frequência com que o STF, nas *RTJs*, analisou a constitucionalidade de uma norma? O *corpus* utilizado nesta pesquisa não permite, naturalmente, chegar a uma conclusão definitiva para além do periódico perscrutado. Contudo, considerando a relevância da *Revista Trimestral de Jurisprudência*, é possível sugerir que ela apresente uma tendência sobre a relação de juízos de constitucionalidade e juízos de aplicação de normas proferidos pela Corte. Veja-se, nesse sentido, o Gráfico 3:

Gráfico 3: Juízo x *RTJ*.



Fonte: elaborado pelo autor.

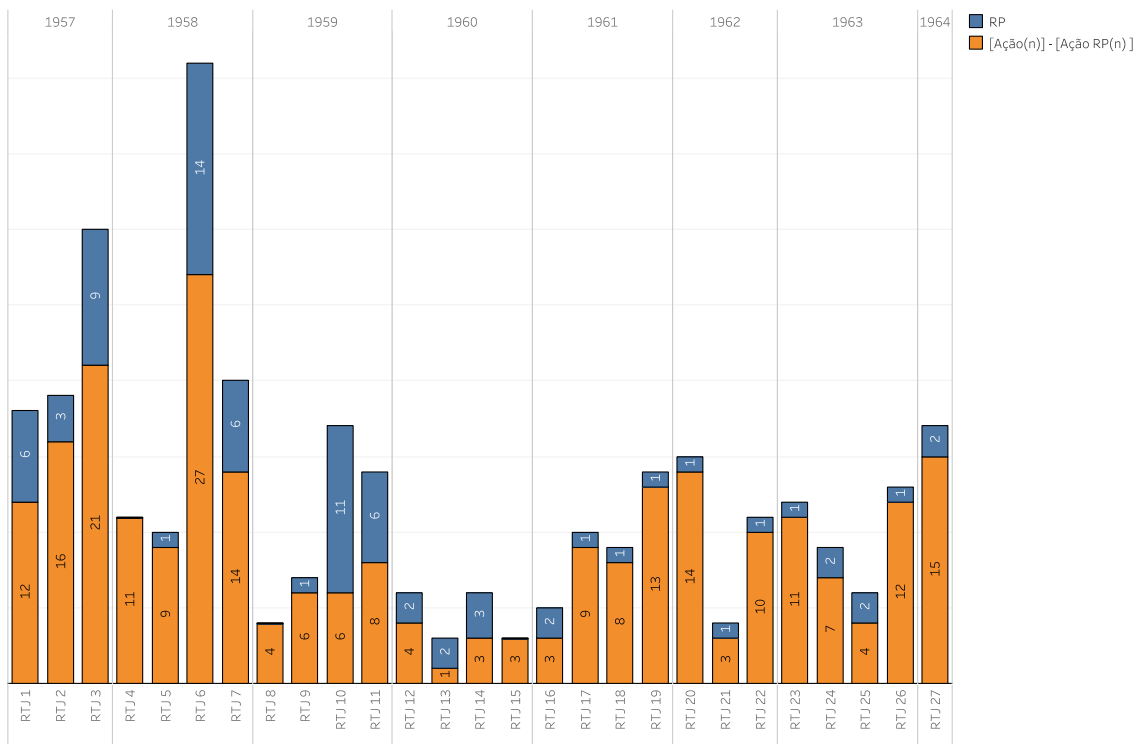
Vê-se que o exercício do controle de constitucionalidade de normas parece ter sido, durante o período, atividade excepcional da Corte. A prática judicial parece estar alinhada à construção discursiva utilizada pelo STF, e pela própria doutrina, para separar a atividade jurisdicional da legislativa: ao judiciário compete, prioritariamente, aplicar o direito ao caso concreto.

3.6.5 Controle concentrado x difuso

Foi visto que o STF realizou a análise da compatibilidade vertical de normas, prioritariamente pela via difusa, considerando-se os julgados publicados nas *RTJ*. Por meio da mesma amostragem, o Gráfico 4 busca evidenciar, numérica e percentualmente, essa constatação: em laranja estão os julgados prolatados em sede de recurso extraordinário e mandado de segurança; em azul, em representação interventiva:

Gráfico 4: RP x Controle difuso.

(T4) RP X Controle difuso

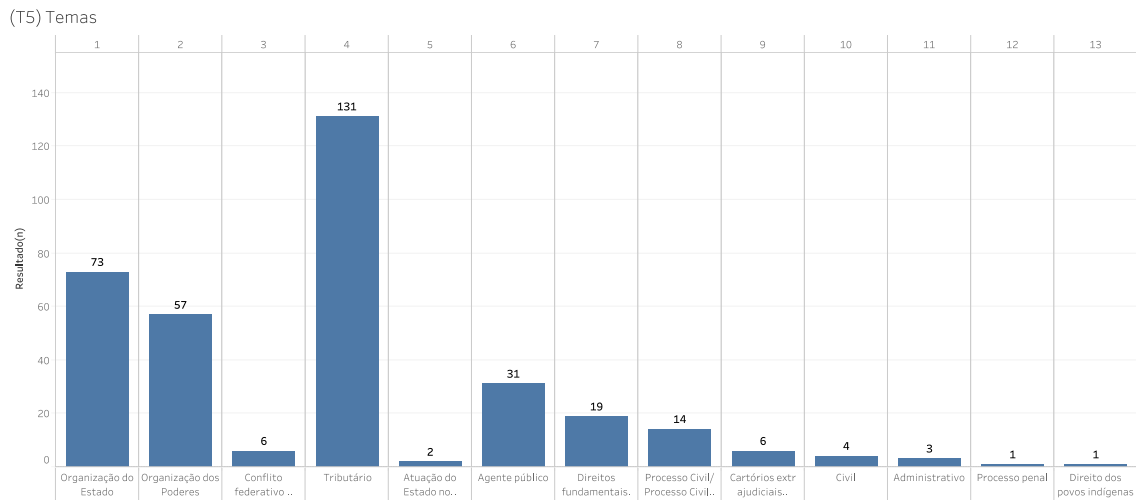


Fonte: elaborado pelo autor.

Ver-se-á que essa relação se alterará drasticamente entre 1985-1989, quando as representações de inconstitucionalidade serão majoritariamente utilizadas para realizar o controle de constitucionalidade de normas.

3.6.6 Quais temas são veiculados em sede de controle de constitucionalidade?

A tentativa de mapear os temas julgados pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, ocupa lugar central na presente tese, ainda que a tarefa apresente todos os percalços já enunciados. Sobretudo porque esse parece ser um caminho determinante para se marcar diferenças entre o controle difuso e o concentrado. O Gráfico 5, nesse sentido, obtido a partir da classificação apresentada no Apêndice I, demonstra que três temas praticamente monopolizaram o STF no período analisado: o direito tributário, a organização do Estado e a organização dos poderes. Veja-se:

Gráfico 5: Temas.

Fonte: elaborado pelo autor.

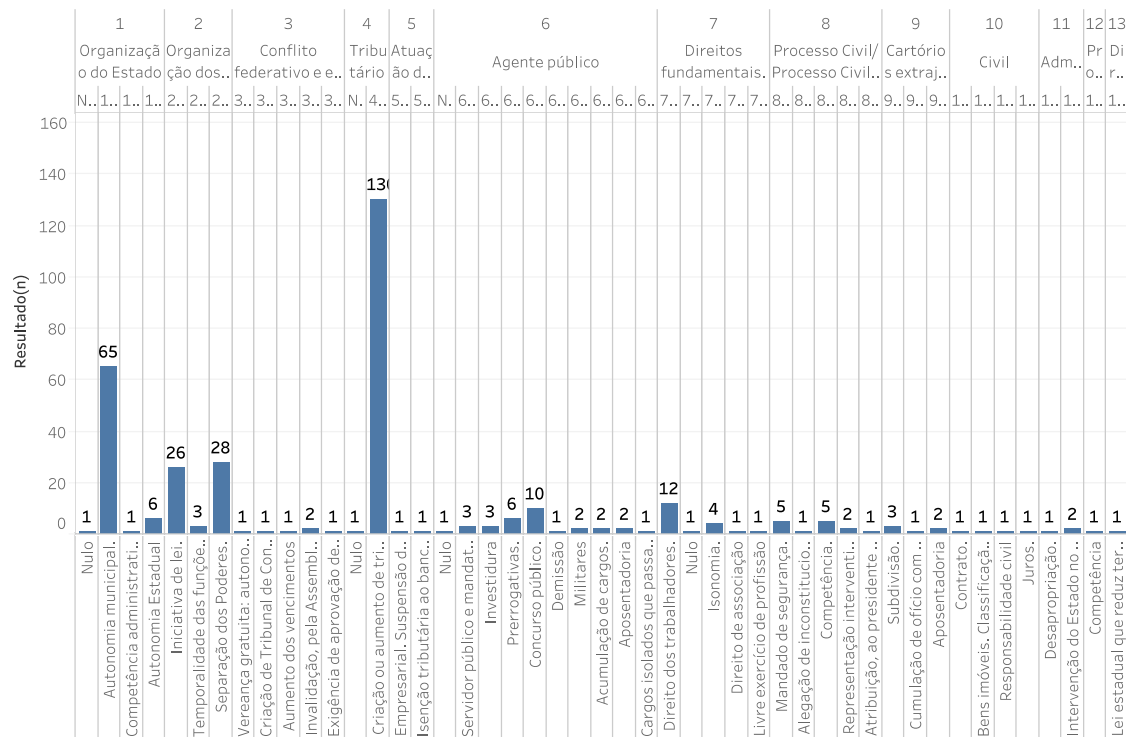
As discussões em torno do direito tributário, que ocuparam 38,6% dos julgamentos do STF, ficaram centradas nos requisitos constitucionais para a instituição de tributos: eventual bitributação (taxa com mesma base de cálculo de imposto); afronta aos princípios da legalidade (tributo criado majorado por decreto), à anterioridade ou, ainda, à competência para instituir tributos. Em síntese, (grandes) devedores do Fisco buscando discutir a legalidade da exação.

Em relação à organização do Estado, que ocupou por volta de 23,3% dos recursos/ações, os temas em destaque foram a autonomia municipal, sobretudo a criação de municípios, e o conflito de competências legislativas, inclusive para a disciplina dos servidores municipais. Tratando-se de separação dos poderes, houve recorrente impugnação à usurpação, pelo Parlamento, da competência do chefe do Executivo em iniciar projeto de lei.

Por fim, também tiveram espaço na jurisprudência do STF o direito administrativo, envolvendo a discussão da investidura sem concurso público, e o direito do trabalho, em que o STF frequentemente reverteu decisões protetivas da Justiça Obreira. É o que nos mostra o Gráfico 6:

Gráfico 6: Temas (2).

(T6) Temas (2)



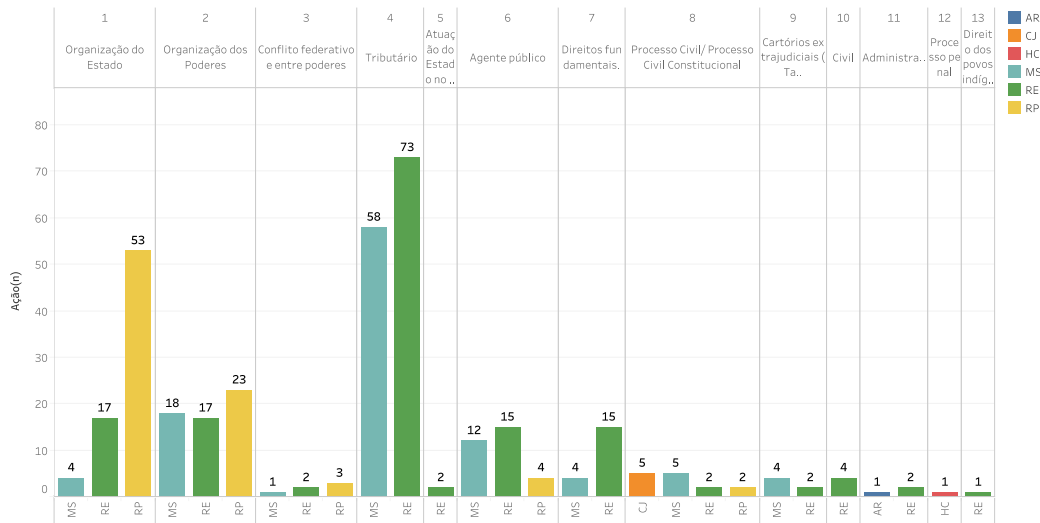
Fonte: elaborado pelo autor.

3.6.7 Há vínculo entre o tipo de ação/recurso e o tema veiculado pela norma analisada pelo STF?

Ao analisar a relação entre “temas” e “tipos de ação/recurso”, obtém-se o Gráfico 7, que demonstra a concentração: a) das representações nos temas organização do Estado e dos poderes; b) dos recursos extraordinários e dos mandados de segurança em matérias tributárias. Veja-se:

Gráfico 7: Temas x Ação.

(T7) Temas x Ação

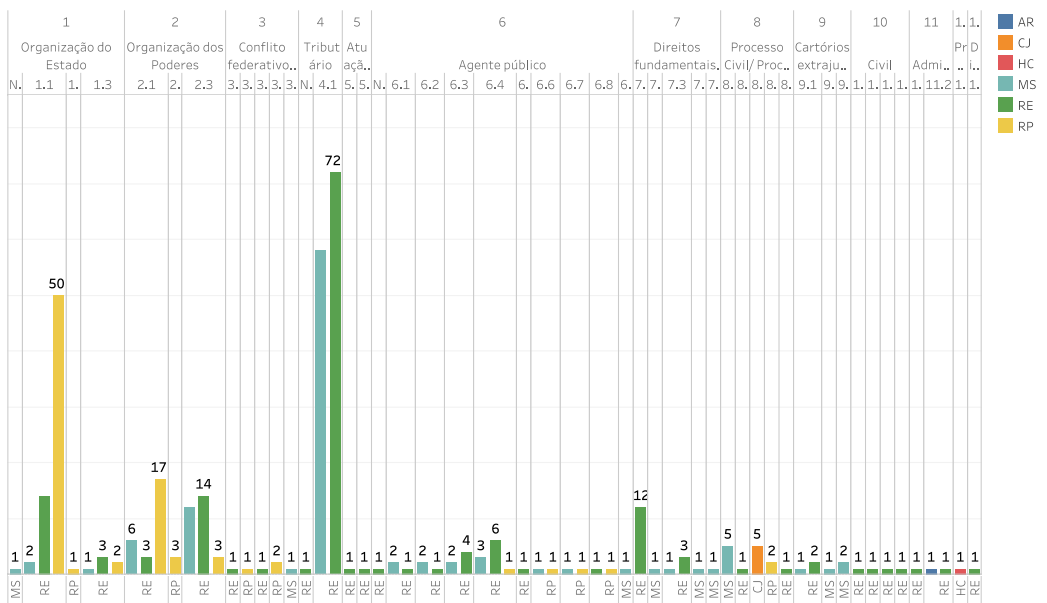


Fonte: elaborado pelo autor.

Classificando os temas tratados no Gráfico 7, em mais um nível, novamente utilizando os critérios constantes no Apêndice 1, chega-se ao Gráfico 8.

Gráfico 8: Temas x Ação (2).

(T8) Tema x Ação (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

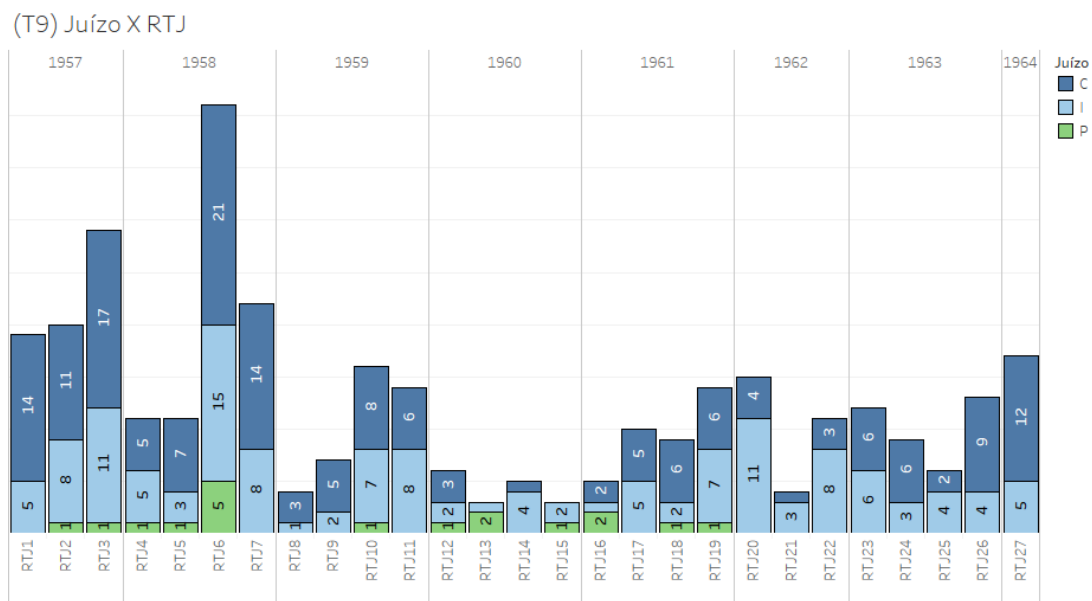
Nota-se que, do total de 79 representações analisadas no período, 50 (63,2%) versaram sobre “autonomia municipal” e 17 (21,5%) sobre processo legislativo, notadamente a discussão em torno do respeito às prerrogativas do chefe do Executivo em iniciar projetos de lei. Dos 150 recursos extraordinários e 103 mandados de segurança, 72 (48%) e 58 (56%), respectivamente, versaram sobre a constitucionalidade de tributos. Há a incidência de recursos extraordinários,

ainda, no tema “direitos fundamentais”, mas com a ênfase da Corte em restringi-los.

3.6.8 Qual a influência do “tema” nos “juízos” proferidos pela Corte? Há vínculos entre o tipo de ação/recurso e a matéria veiculada na RP, RE ou MS?

É possível categorizar os julgamentos, ainda, em razão do “juízo” proferido pelo STF que, no período analisado, restringe-se aos juízos de “constitucionalidade” ou “inconstitucionalidade” da norma impugnada⁸³. Fazendo-o por RTJ, obtém-se o Gráfico 9.

Gráfico 9: Juízo x RTJ (2).



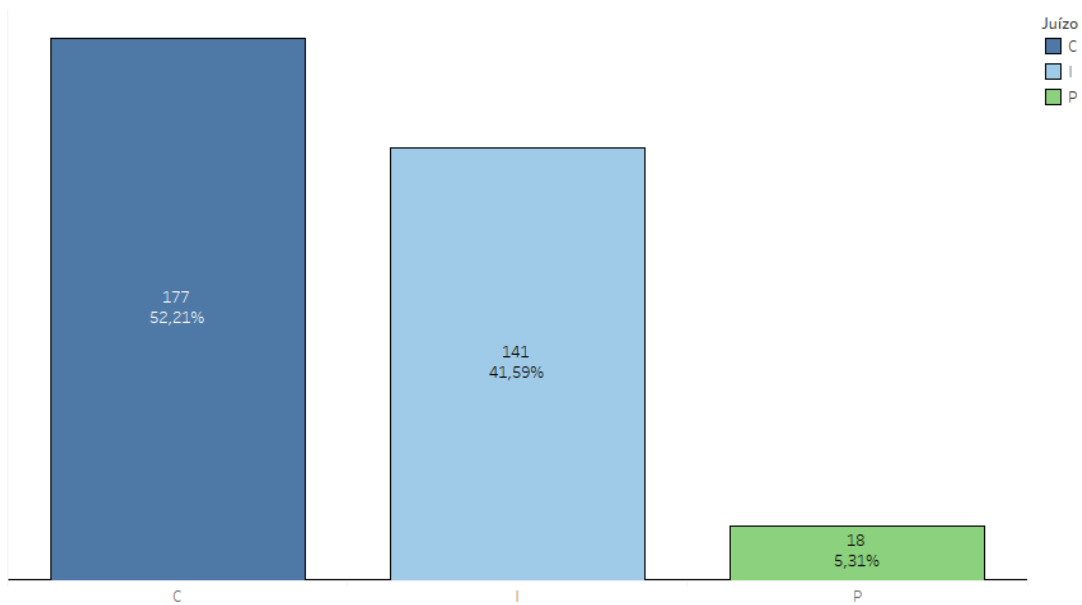
Fonte: elaborado pelo autor.

A observação dos juízos proferidos pela Corte, considerando todo o período analisado, leva-nos ao Gráfico 10. Interessante notar que apenas entre 1957-1964 prevaleceu o juízo de constitucionalidade na jurisprudência do STF, em sede de controle concentrado e abstrato. Em todos os demais períodos, a representação de inconstitucionalidade e a ADI foram, majoritariamente, julgadas procedentes.

Gráfico 10: Juízo x Total.

⁸³ A terceira categoria utilizada diz respeito a ações “prejudicadas”.

(T10) Juízo x Total

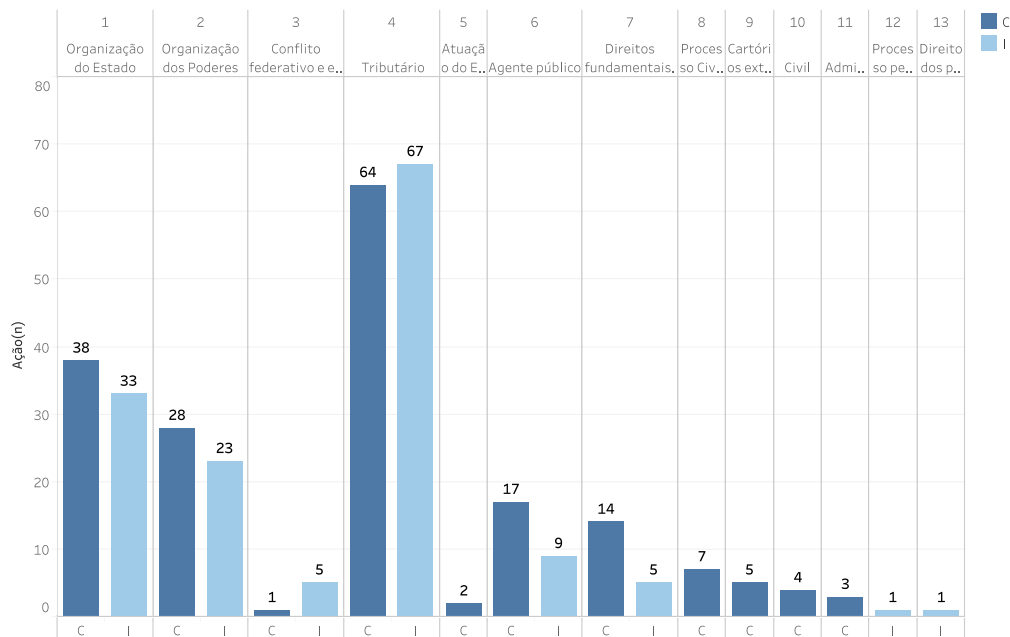


Fonte: elaborado pelo autor.

Mas seria possível observar uma recorrência dos juízos de constitucionalidade/inconstitucionalidade proferidos pelo STF a depender do tema tratado? O Gráfico 11 busca enfrentar esse problema.

Gráfico 11: Tema x Juízo.

(T11) Tema x Juízo



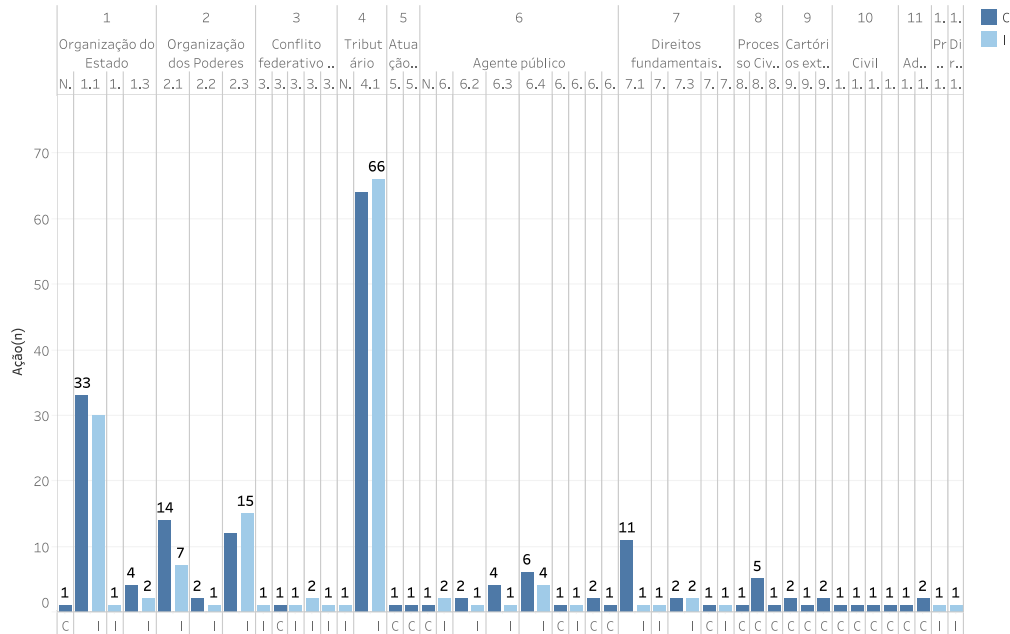
Fonte: elaborado pelo autor.

O Gráfico 12, utilizando-se da mesma subclassificação já mencionada no Gráfico 7, mostra-nos com um pouco mais de detalhes a recorrência dos juízos de constitucionalidade

proferidos pelo STF, de acordo com o tema.

Gráfico 12: Tema x Juízo (2).

(T12) Tema x Juízo (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Observa-se que, em relação às matérias reiteradas na jurisprudência da Corte, como o direito tributário e a autonomia municipal, o número de juízos positivos e negativos de constitucionalidade teve relativa estabilidade. Assim, 62 normas que instituíram tributos foram consideradas válidas; enquanto 65, inconstitucionais. Ocorreu o mesmo em relação à autonomia municipal e à iniciativa de lei, embora, neste último caso, com uma variação um pouco mais relevante. Por outro lado, versando sobre direitos fundamentais, o STF considerou que apenas uma norma, do total de 11, seria incompatível com a Constituição.

Com a positivação da representação de inconstitucionalidade, em que já há uma maior consolidação dos contornos do controle concentrado e abstrato, será observada a grande prevalência do juízo de inconstitucionalidade nos temas organização do Estado e dos poderes.

3.6.9 Os juízos de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) variaram a depender da ação/recurso apreciados?

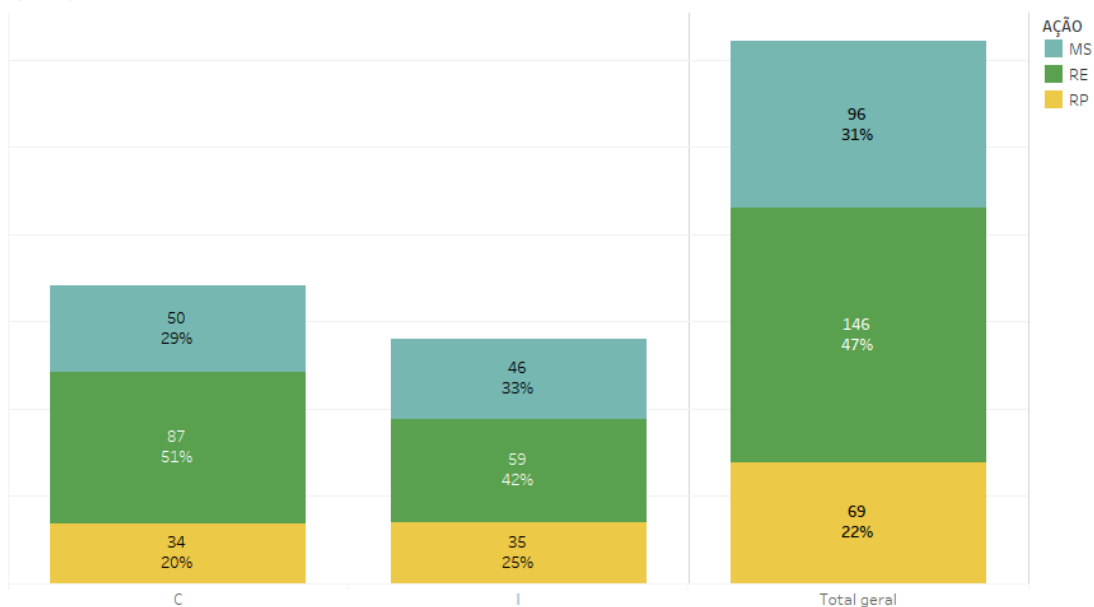
Outro enfoque a ser analisado é a eventual recorrência de juízos de constitucionalidade/inconstitucionalidade a depender do tipo de ação/recurso submetido ao STF.

No Gráfico 13, o número total de análises de constitucionalidade é separado em duas

colunas: constitucionais e inconstitucionais. Cada coluna contém, então, três cores, demonstrando a proporção respectiva de RP, RE e MS. Veja-se:

Gráfico 13: Ação x Juízo x Origem.

(T13) Ação x Juízo x Origem



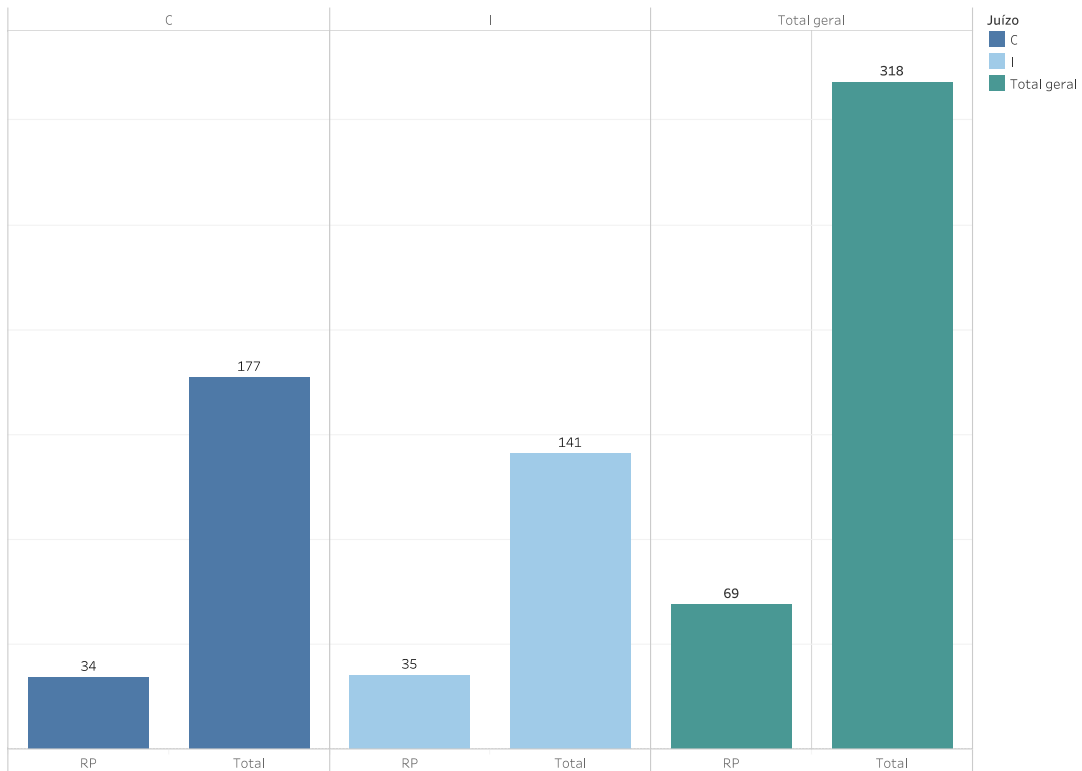
Fonte: elaborado pelo autor.

Vê-se, pois, que do total de juízos de inconstitucionalidade proferidos pelo STF, 25% (35) se deu em sede de representação; 42% (59) pela via do RE; e 33% (46) por meio do mandado de segurança. Já em relação ao juízo de constitucionalidade, foram tratados por RP, RE e MS 20% (34), 51% (87) e 29% (50), respectivamente.

Ao analisar apenas as representações interventivas, considerando todo o período observado, vê-se que 35 delas foram julgadas improcedentes e 34 procedentes (Gráfico 14) – além de 10 prejudicadas. Veja-se:

Gráfico 14: RP x Juízo.

(T14) RP x Juízo



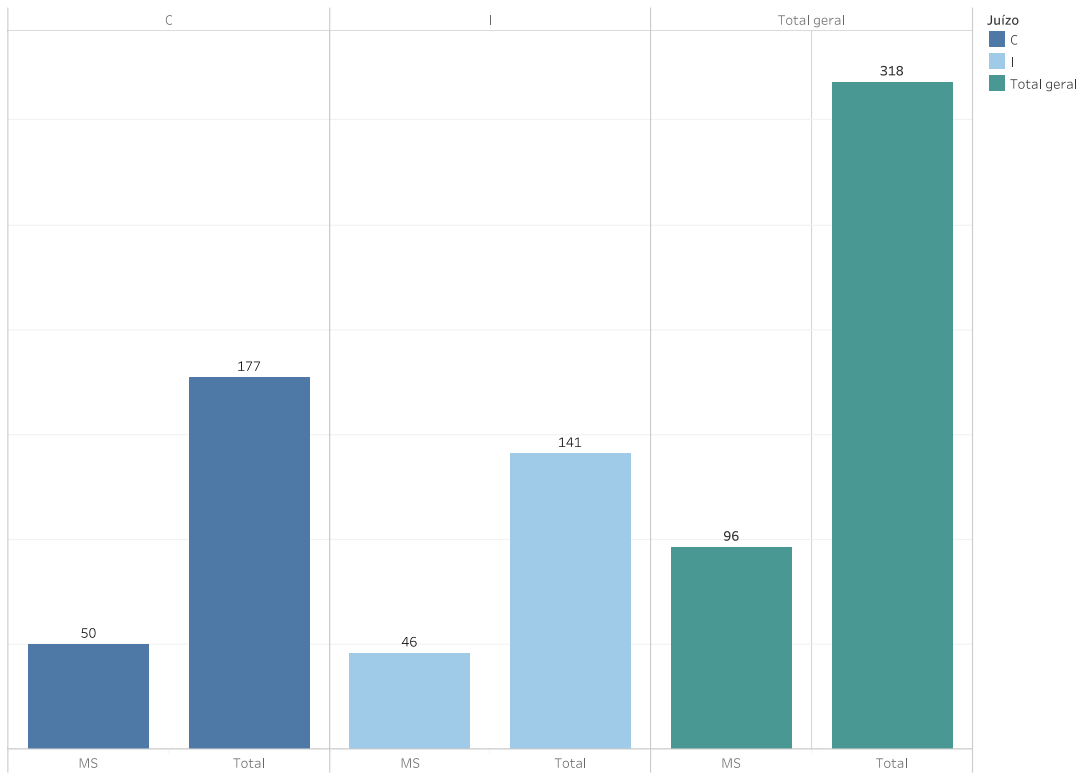
Fonte: elaborado pelo autor.

Considerando apenas os 177 juízos de constitucionalidade proferidos no período, observa-se que 34 deles foram prolatados em sede de RP, representando 19,2% do total. Usando a mesma lógica, dos 141 juízos de inconstitucionalidade, 24,28% (35) se deram pela via da representação.

A proximidade numérica entre os juízos positivos e negativos de constitucionalidade foi observada, também, nos mandados de segurança (Gráfico 15).

Gráfico 15: MS x Juízo.

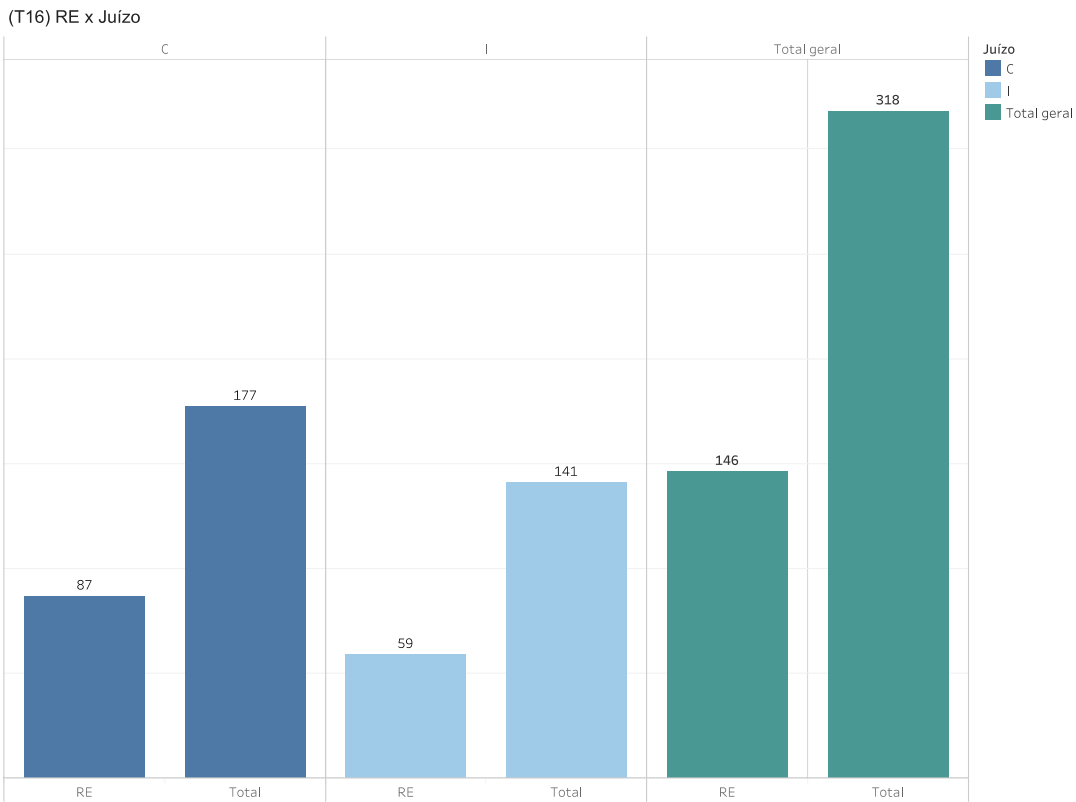
(T15) MS x Juízo



Fonte: elaborado pelo autor.

Mas, proporcionalmente, o mandado de segurança representou 28,2% dos juízos de constitucionalidade e 32,6% dos juízos de inconstitucionalidade.

Já em relação aos recursos extraordinários, a constitucionalidade das normas impugnadas prevaleceu, em termos nominais, em relação às inconstitucionais (Gráfico 16).

Gráfico 16: RE x Juízo.

Fonte: elaborado pelo autor.

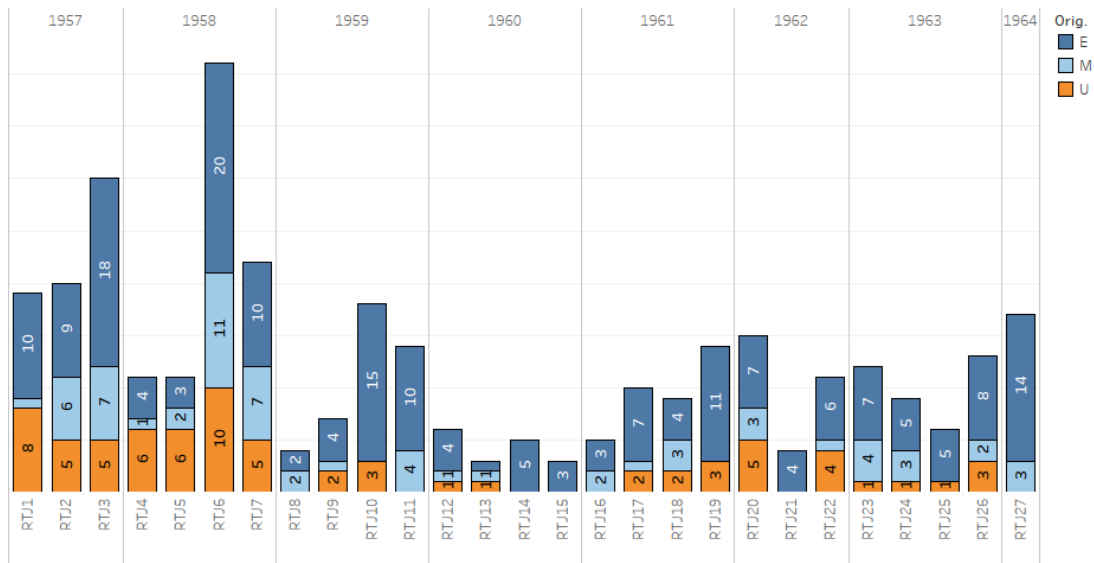
Em termos proporcionais, o RE corresponde a 49,1% dos juízos de constitucionalidade e a 41,8% dos juízos de inconstitucionalidade.

3.6.10 Tipo de ação/recurso e sua relação com a origem da norma impugnada

O controle de constitucionalidade, sobretudo envolvendo as representações interventivas, está intimamente relacionado à solução, pelo Judiciário, de conflitos federativos. Os gráficos seguintes buscam apresentar a relação entre o tipo de recurso/ação com a norma impugnada. O Gráfico 17 classifica os julgamentos do STF no período, a partir da origem da norma sob invecitiva. Veja-se:

Gráfico 17: Origem x RTJ.

(T17) Origem X RTJ

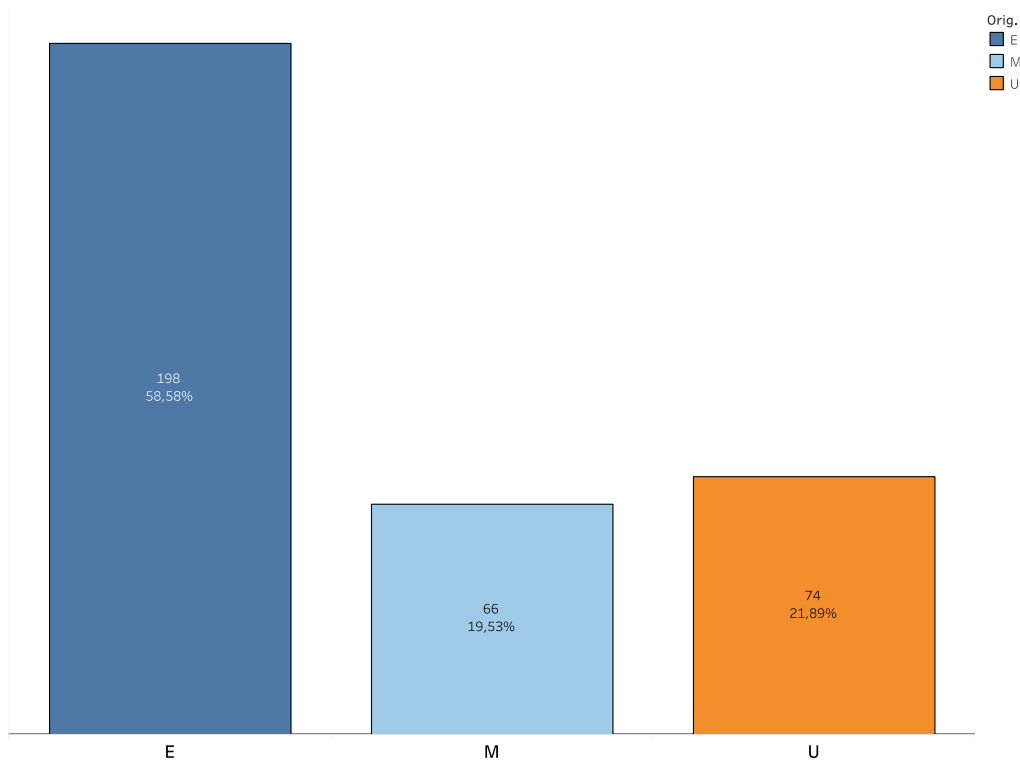


Fonte: elaborado pelo autor.

O Gráfico 18 apresenta o somatório dos julgados, considerando todo o período. Consta-se que o controle da atividade legislativa dos estados foi, de fato, o núcleo do exercício do controle de constitucionalidade pelo STF. Nota-se, ainda, que como as representações veiculam apenas normas estaduais, o controle difuso concentra toda a impugnação de normas municipais. Veja-se:

Gráfico 18: Origem x Total.

(T18) Origem x Total



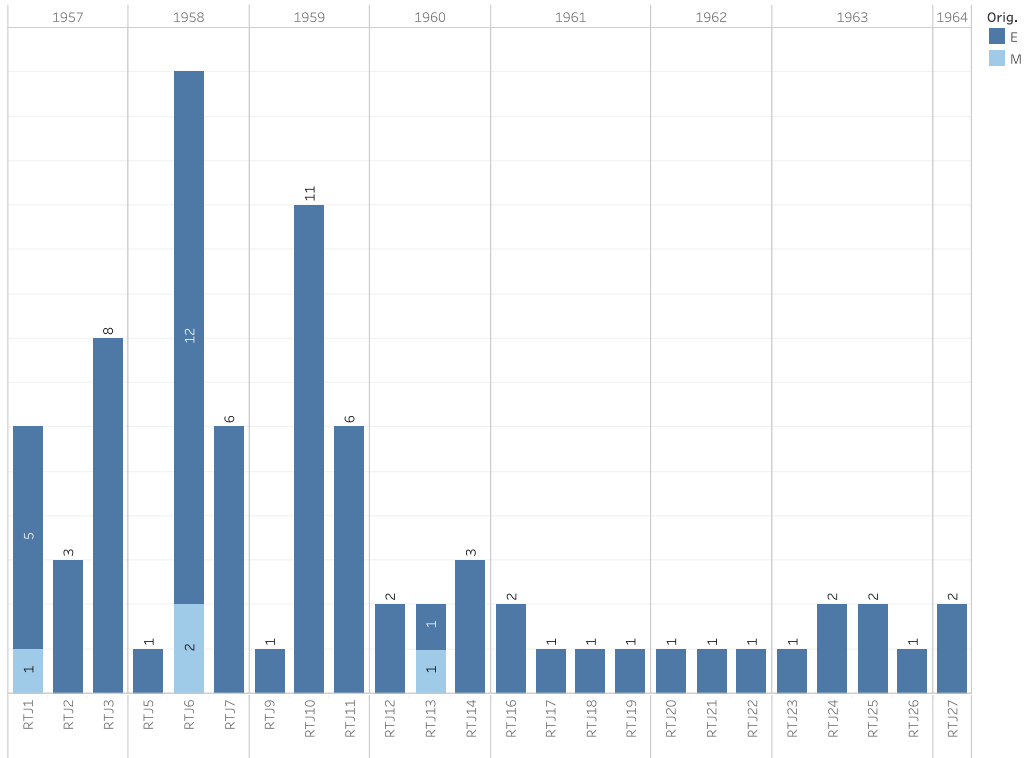
Fonte: elaborado pelo autor.

Os gráficos seguintes identificam, por ação ou recurso (RP, RE e MS), a origem da norma impugnada. O Gráfico 19 explicita o óbvio: como apenas normas estaduais podem ser objeto de representação, a ação controlará, essencialmente, a atividade legislativa dos estados⁸⁴.

Gráfico 19: RP x Origem.

⁸⁴ A RP 411, SP, Relatoria de Rocha Lagoa, constante na RTJ 13/1960, não foi conhecida por impugnar lei municipal. “O Senhor Ministro Rocha Lagoa — Sr. Presidente, não conheço da representação, adotando como razão de decidir a fundamentação do parecer do ilustre Dr. Procurador Geral da República. Em verdade, a matéria contida nos artigos 7.9 e 8. 9 da Constituição é restrita à intervenção nos Estados, não cabendo à União intervir nos Município” (RP 411, SP, Rocha Lagoa, RTJ 113/1960, voto do relator, fl. 199).

(T19) RP X Origem

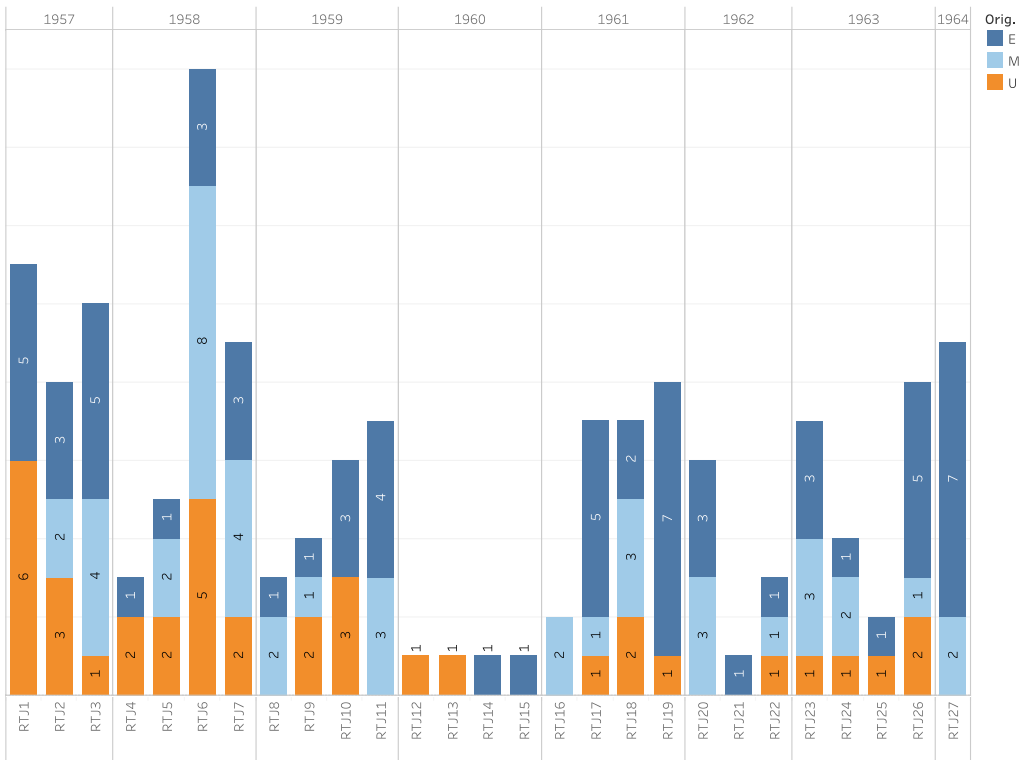


Fonte: elaborado pelo autor.

Os Gráficos 20 e 21 demonstram que, em relação ao RE e ao MS, normas dos três níveis da federação foram impugnadas.

Gráfico 20: RE x Origem.

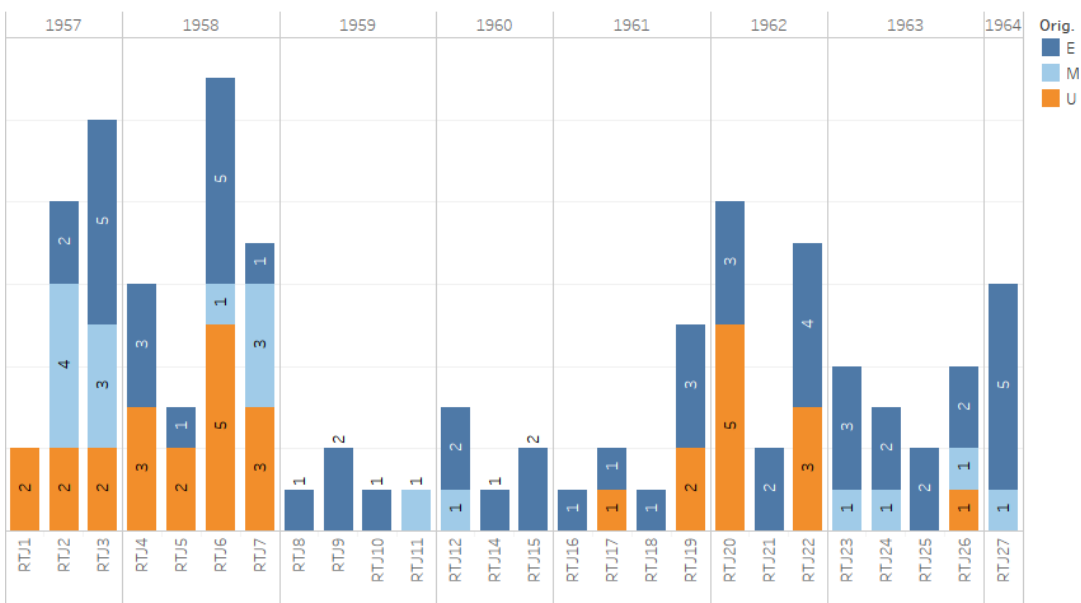
(T20) REX Origem



Fonte: elaborado pelo autor.

Gráfico 21: MS x Origem.

(T21) MS X Origem



Fonte: elaborado pelo autor.

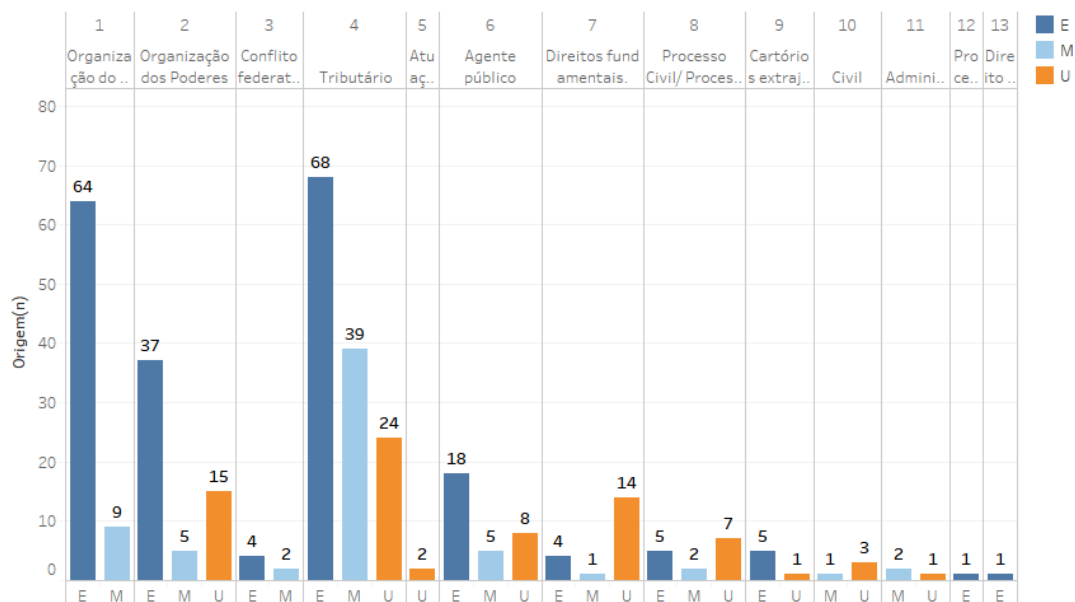
No total, o recurso extraordinário veiculou a impugnação de 68 normas estaduais, 44 municipais e 38 federais. Já por meio do mandado de segurança, houve a impugnação de 56 normas estaduais, 31 federais e 15 municipais.

3.6.11 Qual a origem das normas considerando os temas tratados pelo STF?

O Gráfico 22 vincula a classificação dos temas apresentada no Gráfico 5 à origem das normas. Veja-se:

Gráfico 22: Temas x Origem.

(T22) Tema x Origem



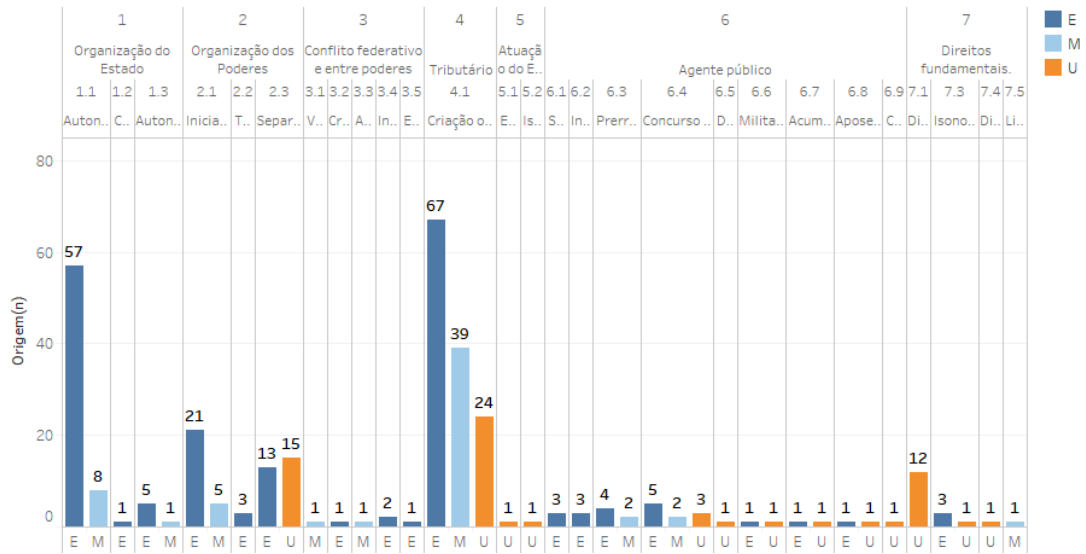
Fonte: elaborado pelo autor.

Vê-se, portanto, a concentração de normas estaduais, sobretudo quando relacionadas à organização do Estado e dos poderes. O direito tributário foi mais “democrático” em relação às normas vergastadas. Utilizando os mesmos subníveis do Gráfico 6, é possível observar com mais detalhes a relação entre tema e origem da norma. Veja-se o Gráfico 23⁸⁵:

Gráfico 23: Temas x Origem (2)

⁸⁵ Como consequência da dificuldade de visibilidade, foram excluídos do presente gráfico os itens 08, 09, 10, 11, 12 e 13 do índice constante no Apêndice 1.

(T23) Temas X Origem (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

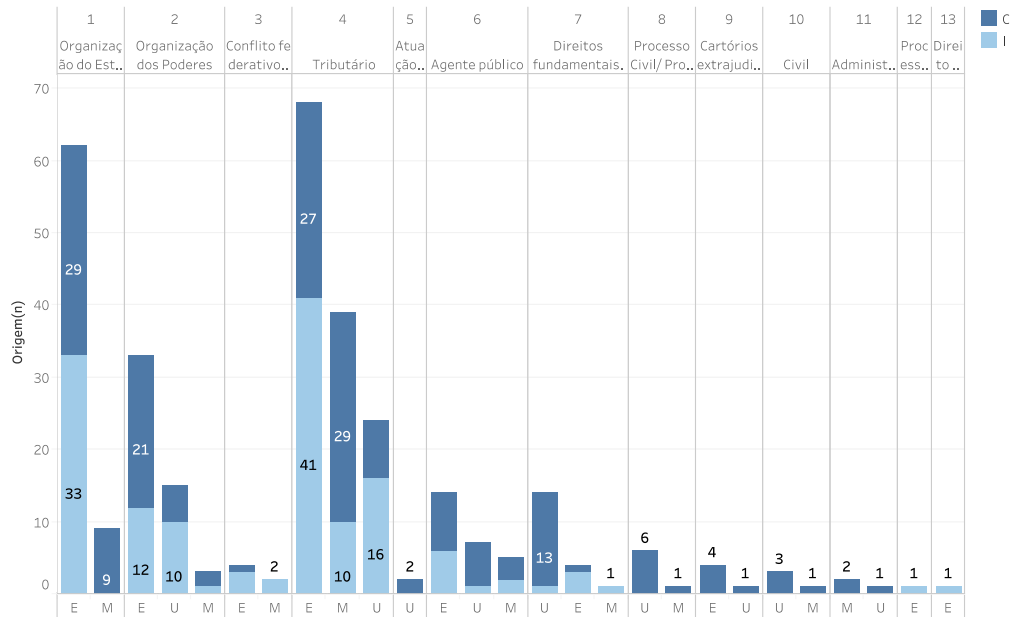
3.6.12 Há influência no juízo proferido pelo STF a depender do tema e da origem da norma?

No Gráfico 24, busca-se relacionar o juízo de constitucionalidade proferido pelo STF às variáveis “origem da norma” e o “tema”. Em outros termos, tratando a Corte de organização do Estado, haveria variação no julgamento a depender da origem da norma? No Gráfico 24, em que o azul claro representa o juízo de inconstitucionalidade; e o escuro, o de constitucionalidade, temos:

Gráfico 24: Tema x Origem x Juízo.

(T24) TEMA X ORIGEM X JUÍZO

Exceto Juízo (N)



Fonte: elaborado pelo autor.

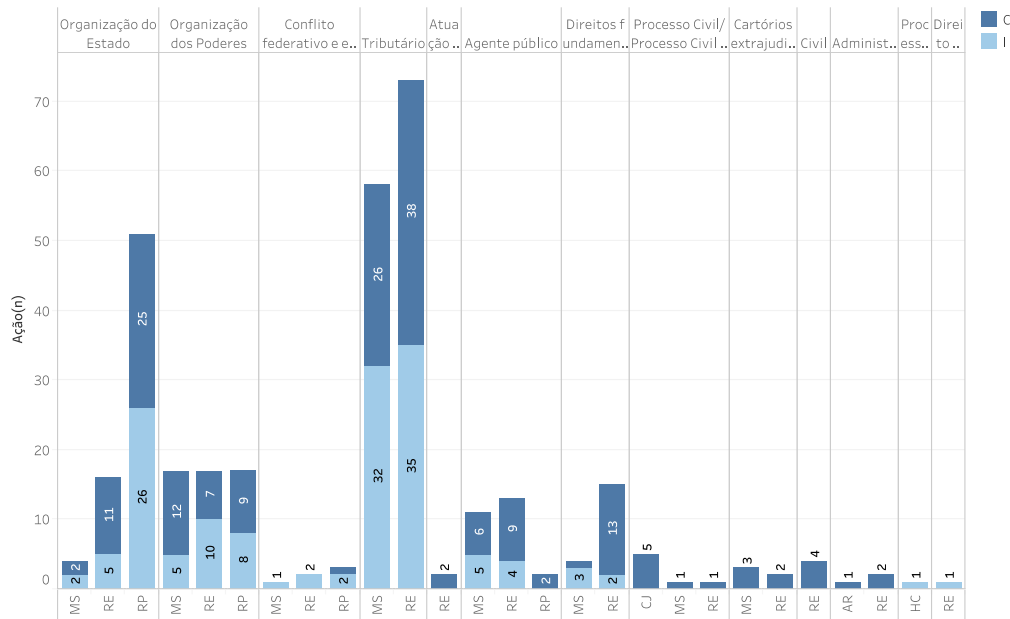
Interessante notar como as normas estaduais, versando sobre organização do Estado, apresentaram praticamente o mesmo número de juízos de constitucionalidade e de inconstitucionalidade. Já as municipais foram todas consideradas válidas. Em relação à legislação tributária, as de origem estadual foram consideradas majoritariamente constitucionais, enquanto as municipais em grande parte inconstitucionais.

3.6.13 Dentro de um mesmo tema, como variou o juízo de constitucionalidade a depender da ação/recurso apreciado?

O Gráfico 25 busca analisar, a partir da classificação dos temas já apresentada no Apêndice 1, como foram os juízos de constitucionalidade prolatados pelo STF a depender da ação/recurso. Veja-se:

Gráfico 25: Tema x Ação x Juízo.

(T25) TEMA X AÇÃO X JUÍZO
Exceto Juízo (N)



Fonte: elaborado pelo autor.

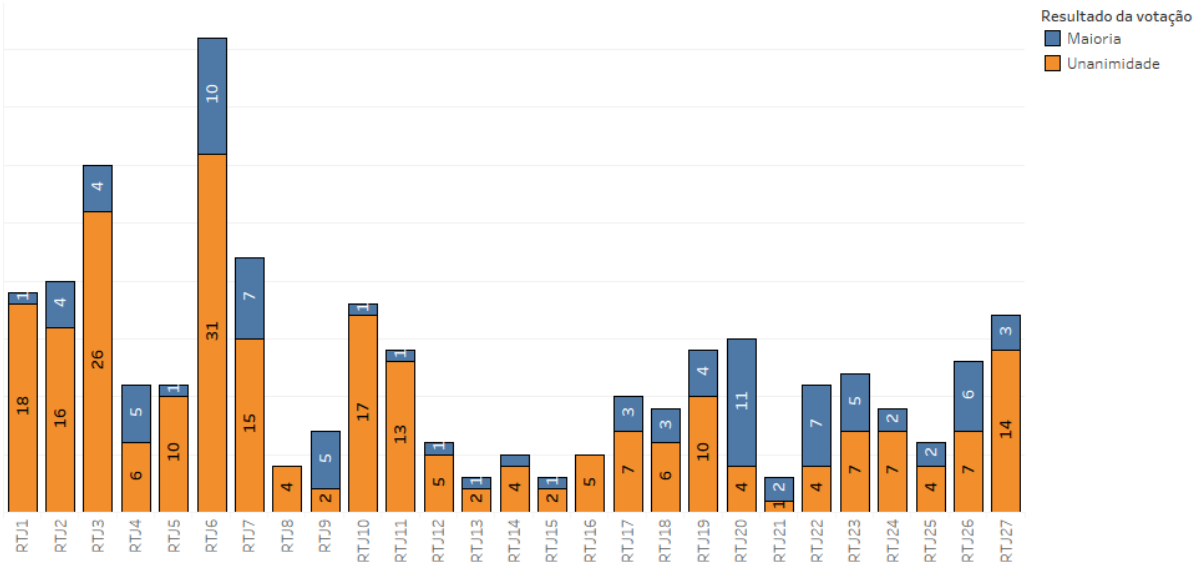
Constata-se que, em relação ao tema organização do Estado, as normas veiculadas por representação foram julgadas de forma equilibrada, praticamente metade, constitucionais; e a outra metade, inconstitucionais. Já pela via dos recursos extraordinários, prevaleceu amplamente o juízo de constitucionalidade de normas. Em matéria tributária, independentemente do veículo, houve equilíbrio no resultado dos julgamentos.

3.6.14 Qual a porcentagem de julgados unânimes? O STF altera o resultado de seu posicionamento a depender do tipo de ação e/ou da matéria debatida?

O STF, no período analisado, deliberou prioritariamente de forma unânime, como demonstra o Gráfico 26.

Gráfico 26: Resultado x RTJ.

(T26) Resultado X RTJ

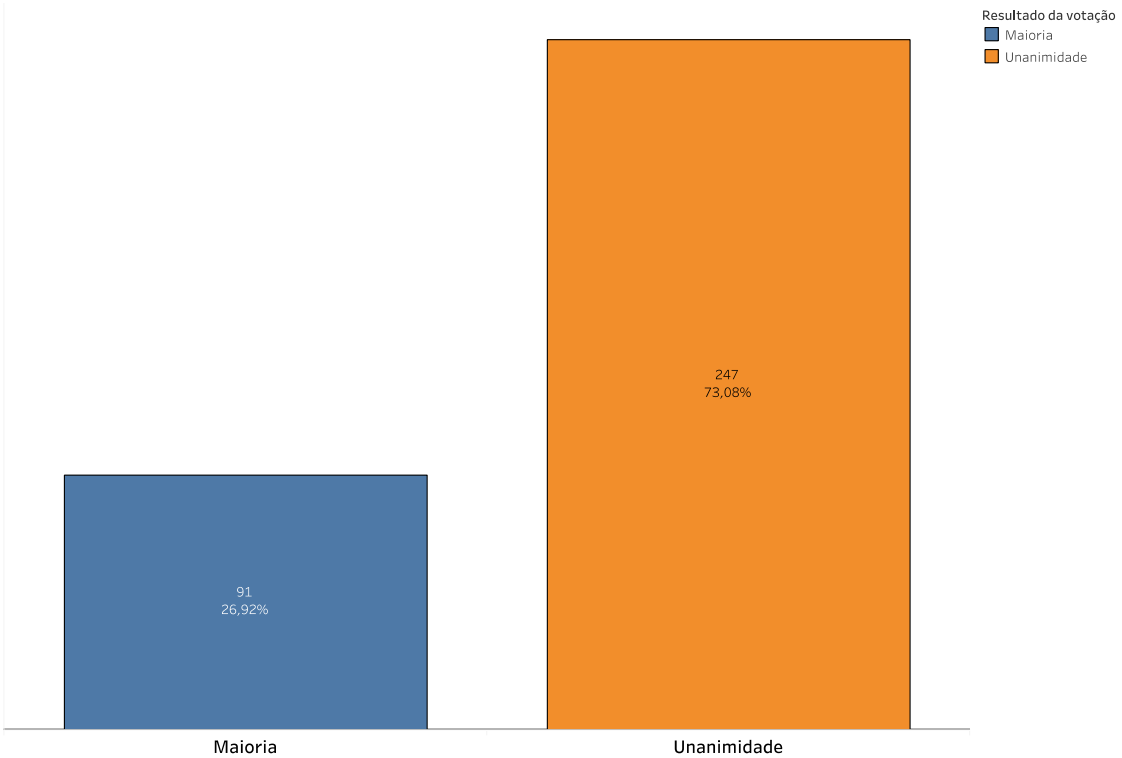


Fonte: elaborado pelo autor.

Foram 245 julgados apreciados por unanimidade pelo STF⁸⁶, correspondendo a 73,4% do total, contra 89 por maioria (26,6%).

Gráfico 27: Resultado x Total.

(T27) Resultado X Total



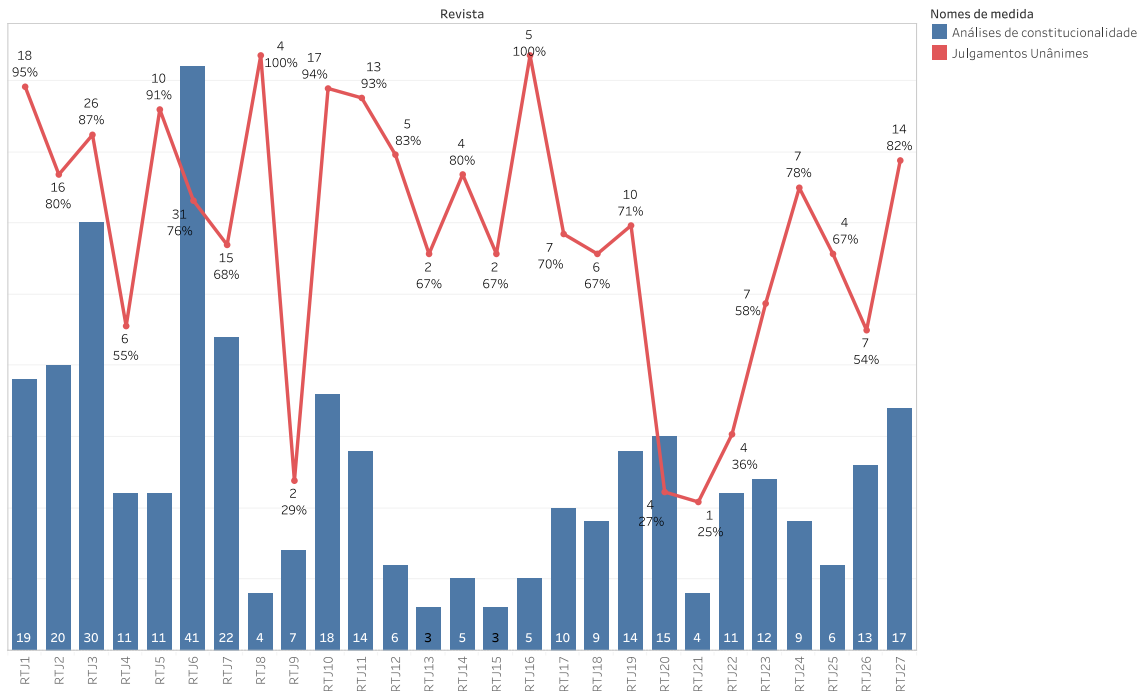
Fonte: elaborado pelo autor.

Observando a variação do resultado dos julgamentos por RTJ, tem-se o Gráfico 28.

⁸⁶ Para a contabilização do quórum de votação, as 20 ações/recursos prejudicadas são contabilizadas.

Gráfico 28: Resultado x RTJ.

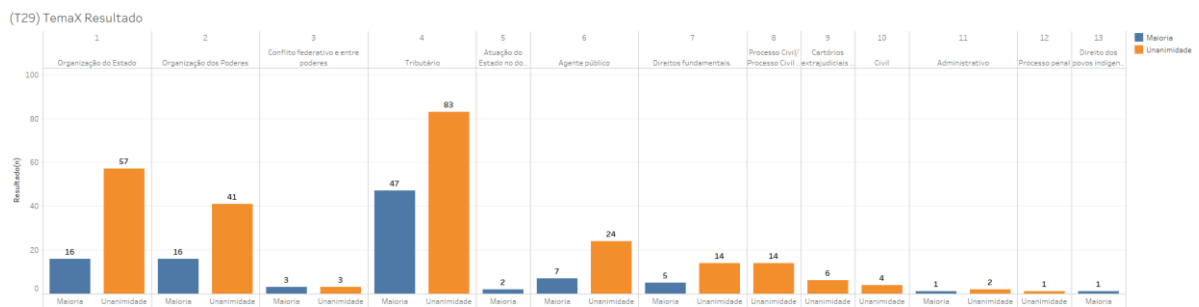
(T28) Resultado X RTJ



Fonte: elaborado pelo autor.

Por fim, o Gráfico 29 busca analisar a variação dos resultados de julgamento em relação aos temas:

Gráfico 29: Temas x Resultado.



Fonte: elaborado pelo autor.

3.6.15 O discurso normativo da representação interventiva e a inserção do STF em nova função: a gestão do Estado

A consolidação das informações extraídas das RTJ's 1 a 27 do STF, publicadas entre 1957-64, nos mostra um vínculo indissociável entre a representação interventiva e a análise de constitucionalidade, pelo STF, de normas versando sobre organização do Estado e dos Poderes.

O controle difuso, por sua vez, centrou-se, sobretudo, em direito tributário, em que particulares, em litígio contra o fisco, buscavam afastar a exação lhe imposta pela Fazenda, em nome do núcleo do que se entendia como direito individual: o direito à propriedade privada e à liberdade comercial.

Ao se afirmar que o controle abstrato e concentrado possui uma dinâmica que altera a função do STF, busca-se demonstrar essa inflexão, em que a Corte deixa de proteger, apenas, direitos individuais, como eventuais arbitrariedades da Fazenda, e se volta a gerir, também, questões estratégicas para o Estado, notadamente os conflitos federativos e entre os Poderes. Mas não apenas. Nos próximos períodos analisados será possível observar como a Corte passa a tutelar, pela via abstrata, também os agentes públicos (de forma mais regular), o direito financeiro e o econômico. Essas decisões, embora pautadas no discurso racional jurídico, buscam viabilizar a gestão “estratégica” do Estado, ampliando a legitimidade da linguagem do direito para esferas da vida social antes estranhas ao sistema jurídico.

3.7 Habitus do jurista: o contraponto à ampliação dos poderes do Judiciário decorrente da representação interventiva

Buscou-se demonstrar que a representação interventiva, dada sua natureza de ação concentrada e abstrata, não apenas ampliou os poderes do STF, como o introduziu em um novo plexo de atribuições dentro do Estado, deslocando-o do controle do poder político para atuar como coautor da gestão do poder público.

O presente tópico buscará demonstrar o contraponto a essa ampliação de poderes, se comparada ao paradigma atual: o *habitus* “comedido” dos ministros do STF. Como esse ator social, imerso em uma realidade objetiva que limitava suas ações, reproduzia, ao agir, os valores desse seu contexto; compartilhava o que chamaremos aqui de um *ethos do comedimento*, em que o prestígio de sua profissão está afeto à pouca exposição pública e à crença fundante da diferença entre o direito e a política – princípio que constrói limites à sua ação.

3.7.1 A crença na rigidez dos princípios da legalidade, da presunção de constitucionalidade e da separação dos poderes

Crença, como visto, é um conceito determinante para Bourdieu, pois está vinculado à noção de *habitus* e de senso prático. Diz respeito a como as relações objetivas em um campo são incorporadas pelo agente como verdade e, portanto, cumprem papel relevante no direcionamento da ação. Os juristas, pois, não apenas se sentiam externamente constrangidos pelo campo e pela doutrina a agir a partir de um *ethos* restritivo; eles “acreditavam” que aquilo

era o direito.

Lúcio Bittencourt, nesse sentido, enumera “10 (dez) regras” que os tribunais devem respeitar para declarar uma norma oriunda do parlamento inconstitucional. Essas normas sintetizam o ambiente restritivo que se impunha ao Judiciário para se declarar uma norma inconstitucional⁸⁷. Veja-se:

1^a) **Caso concreto.** O Poder Judiciário só se pronuncia em face de um ‘caso concreto’, para cuja decisão seja mister o exame de constitucionalidade da lei aplicável à espécie.

(...)

2^a) **Sentido da regra.** Presumem-se constitucionais os atos do Congresso.

(...)

3^a) **Presunção de constitucionalidade.** “Na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade”.

(...)

4^a) **Solução extrema.** “O juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito envolvido”.

(...)

5^a) **Dupla interpretação.** Sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição.

(...)

6^a) **Vigência não impugnada.** A tradicional aplicação dos princípios constantes de uma lei, sem que se ponha em dúvida a sua constitucionalidade, é elemento importante no reconhecimento desta.

(...)

7^a) **Motivos da lei.** Não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se esta, no seu texto, não é contrária à Constituição, os tribunais não lhe podem negar eficácia.

(...)

8^a) **Conveniência ou oportunidade da lei.** Na apreciação da inconstitucionalidade, o Judiciário não se deixará influenciar pela justiça, conveniência ou oportunidade do ato do Congresso.

(...)

9^a) **Inconstitucionalidade parcial.** “Se, apenas, algumas partes da lei forem incompatíveis com a Constituição, estas serão declaradas ineficazes, sem que fique afetada a obrigatoriedade dos preceitos sadios”.

(...)

10^a) **Tribunal completo.** Só quanto (sic) estiverem presentes todos os membros do tribunal, deve ser decidida a arguição de inconstitucionalidade (BITTENCOURT, 1968, p. 111-128).

As “regras” por ele enunciadas são, na verdade, a principiologia que parece prevalecer tanto na doutrina como na jurisprudência do STF no período analisado, em relação ao controle difuso: o STF somente pronuncia a inconstitucionalidade no caso concreto, de forma excepcional, e deve fazê-lo somente se necessário para julgar a causa. Veja-se:

⁸⁷ Araújo Castro, nesse sentido, também elenca requisitos que entende necessários para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e, assim, deixa claro, também, seu caráter de excepcionalidade. Seriam requisitos: “a) a questão da constitucionalidade de uma lei não deve ser levantada sinão quando isso se torne absolutamente necessário á directa applicação do caso de que se trate; b) não basta invocar o espírito da Constituição para decretar a inconstitucionalidade de uma lei: é mister que a violação constitucional seja clara e evidente; f) ao Poder Judiciário não cabe investigar os motivos que levaram o Legislativo a votar a lei, e esta não deve ser julgada inconstitucional por parecer impolítica, injusta, absurda ou contrária aos princípios da justiça natural” (CASTRO, 1918, p. 142).

Adotou (o Tribunal de origem), assim, a norma sempre seguida nos Estados Unidos e no Brasil, segundo a qual **a arguição de inconstitucionalidade da lei só deve ser considerada pelos Tribunais quando, independentemente dela, não poderem dar solução ao litígio** (BRASIL, 1957b, p. 382, grifo nosso).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO CABE DE ACÓRDÃO QUE SE LIMITOU A INTERPRETAR A LEI LOCAL. **INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI: SÓ SE DECIDE SOBRE ELA, QUANDO INDEPENDENTEMENTE DESSE EXAME, NÃO É POSSIVEL DAR SOLUÇÃO AO LITIGIO.** (RE 41716, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 23/07/1959, DJ 03-09-1959 PP-11466 EMENT VOL-00399-03 PP-00997).

Sempre que for possível aos tribunais resolver as questões sem encarar a inconstitucionalidade da lei, assim devem proceder, principalmente na espécie, em que essa inconstitucionalidade não foi arguida, e seria decretada in pejus de terceiros que seriam prejudicados (BRASIL, 1961, p. 36, grifo nosso).

Mas, com exceção do que Lúcio Bittencourt (1968) chamou de regras do “caso concreto” e de “solução extrema”, todas as demais normas por ele desenvolvidas, restritivas à declaração de constitucionalidade de uma lei, foram sistematicamente aplicadas pelo STF pela via da Representação. Assim, havia um consenso no tribunal, como na doutrina, de que inconstitucionalidade só deve ser acolhida quando “manifesta”, “fora de qualquer dúvida”⁸⁸.
Veja-se:

Ademais, **só quando manifesta e fora de qualquer dúvida razoável é que *a arguição de inconstitucionalidade deve ser acolhida.** Neste sentido é a doutrina dominante, elaborada, entre nós, desde a Lei nº 221, de 29-11-1890 (vide Pedro Lessa "Do Poder Judiciário", p. 139, BARBALHO, João Barbalho, "Constituição Federal Brasileira", 1902, p. 225; Castro Nunes, "Teoria e Prática do Poder Judiciário". 1943, p. 690; Carlos Maximiliano. "Comentários à Constituição Brasileira, 21 ed. 1923, p. 89; C.A. Lúcio Bitencourt, "O Controle Jurisdicional das Leis", 1949, p. 98). (BRASIL, 1963, p. 1-5, grifo nosso).

Mas, em primeiro lugar, **já de há muito foi fixado em doutrina e sua jurisprudência desta egrégia Corte que a decretação de inconstitucionalidade deve ser sempre apreciada com a maior reserva e parcimônia, não sendo possível decretá-la por extensão analogia (sic) ou processo de interpretação semelhantes.** Em consequência, deve a violação aos preceitos insertos na Carta ser evidente, frontal, facilmente perceptível. (BRASIL, 1958a, p. 71, grifo nosso).

Mas não é só. Há a convicção entre os ministros do STF que essa interpretação restritiva seria ainda mais relevante em relação à representação interventiva, já que seu efeito principal

⁸⁸ Esse entendimento foi consolidado em diversos dispositivos constitucionais, desde a proclamação da República. Por exemplo, a Lei 221/90, que disciplinou o controle de constitucionalidade no Brasil, dispunha: **Art. 13, Lei n. 221.** “Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

(...)

§ 10. **Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição**” (BRASIL, 1894, online, grifo nosso).

seria a autorização para a intervenção federal, medida de caráter excepcionalíssimo da Constituição:

Como se vê, o Sr. Governador impugnou ato da Assembleia Legislativa do Estado que dispôs sobre o pessoal de sua Secretaria. Mas a representação de S Excia., não encontra amparo no art. 7º n. VII da Constituição Federal, **cuja interpretação deve ser restritiva, conforme tem decidido reiteradamente o Pretório Excelso porque a sanção prevista para tornar efetivos os princípios ali contidos é a intervenção federal** (BRASIL, 1959b, p. 224, grifo nosso).

Indissociável dos princípios até agora enunciados, é uma interpretação rígida em torno da separação dos poderes, em que ao Judiciário compete interpretar e dar sentido às leis oriundas do Parlamento, não lhe sendo autorizado “procurar a justiça do caso”. Veja-se o voto de Ribeiro da Costa:

Penso que não é do Tribunal que incumbe enfrentar a crise. **O Supremo Tribunal Federal tem de resolver os casos conforme são apresentados de acordo com os dispositivos constitucionais e as leis em vigor e dar-lhes solução.** (RMS 8.861, SP, Relator Ary Franco, voto Ribeiro da Costa, p. 107, grifo nosso).

Não se está dizendo, com isso, que o STF interpretava legalidade como sinônimo de literalidade, como, por vezes, chegou a decidir a Corte⁸⁹. De outro modo, o que se busca enfatizar é que a lei se situava no núcleo da atividade interpretativa do Tribunal; é a partir dela que se desenvolvia a noção de sistema jurídico. Nesse sentido, é comum recurso à ideia de se buscar o “espírito da lei”:

Entendo que, **de acordo com o espírito e a letra da Constituição estadual**, a expressão ‘território’ deve abranger as organizações que tenham certo visio de autonomia ou de organização estatal administrativa
(...)
Para mim, o **espírito da Constituição estadual** é claro e mesmo a Constituição Federal quando fala em ‘território’ quer aludir a extensões territoriais abrangendo, ao mesmo tempo, organizações com certa distinção administrativa, embora de pouca autonomia ou de pouca valia (...) (BRASIL, 1961a, p. 8, grifos nossos).

Como consequência desse *ethos* do comedimento compartilhado entre os ministros, espera-se que eles entendam que sua função não é a de “fazer justiça”, mas, sim, a de cumprir a constituição, como expressamente reconhecido por Ary Franco no RE 47.061, SP. O ministro, no caso, reconhece que a inflação faz com que haja uma defasagem dos valores cobrados a título de tributo, tornando a exação inferior ao devido. Contudo, estaria ele atrelado à Constituição, que impede a sua majoração sem a previsão em lei. Assim, conclui: **“De modo que lamento profundamente criar esse problema para a Administração Pública, mas tenho de cumprir o (sic) Constituição”**. (RMS 8.861, SP, Relator Ary Franco, voto Villas

⁸⁹ “O juiz não pode, na matéria, dobrar-se a veleidades construtivas. A sua mente opera em âmbito exíguo. O seu trabalho é de simples leitura, de comparação quase material, de singelo cotejo da letra com a letra”. (BRASIL, 1961b, p. 301-302).

Boas, p. 106, grifo nosso).

Luiz Gallotti é ainda mais categórico, ao defender que juiz não pode deixar de aplicar uma lei simplesmente porque ela é, ao seu juízo, “injusta”:

LEI INJUSTA. NÃO PODE O JUIZ DEIXAR DE APLICAR-LA, POIS NÃO LHE É FACULTADO SUBSTITUIR PELAS SUAS AS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA DO LEGISLADOR (HOLMES). O JUIZ SÓ PODERÁ DESPREZAR O MANDAMENTO DE LEI, QUANDO FOR INCONSTITUCIONAL E NÃO APENAS INJUSTO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE DIVIDENDOS DE AÇÕES AO PORTADOR. RETENÇÃO. PRAZO PARA RECOLHIMENTO. TRINTA DIAS, A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DA ATA DA ASSEMBLÉIA GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SEM CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. (*) PUBLICADO, POR ACORDAOS DE 30 DE OUTUBRO DE 1958, PUBL. EM AUD. DE 3 DE DEZ. DO MESMO ANO. (AI 19747, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 11/09/1958, DJ 16-10-1958 PP-16818 EMENT VOL-00361-01 PP-00209 RTJ VOL-00007-01 PP-00117).

Os princípios, dentro desse paradigma, são recursos argumentativos constantes na jurisprudência da Corte, contudo assumem baixa densidade, sendo empregados, normalmente, como uma forma de suprimir direitos – salvo em matéria tributária. O direito à igualdade, como mencionado acima, foi utilizado como forma de negar às mulheres procedimentos simplificadores do gozo da aposentadoria. Também nesse sentido, a administração considerou constitucional lei que limitava concurso público apenas a advogados lotados em autarquia federal, vedando que outros juristas participassem do certame. Veja-se:

NÃO É INCONSTITUCIONAL O PARAGRAFO ÚNICO DO ART. 3. DA LEI 2.123, QUE DISPOZ SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS PROCURADORES INTERINOS DAS AUTARQUIAS FEDERAIS, MEDIANTE A PRESTAÇÃO DO CONCURSO DE TÍTULOS. (MS 3537, Relator(a): Min. ANTONIO VILLAS BOAS, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/1957, DJ 05-09-1957 PP-11154 EMENT VOL-00312-02 PP-00639 RTJ VOL-00002-01 PP-00443)

O princípio da igualdade é afastado pelos ministros⁹⁰, nesse sentido, sob o argumento de que o legislador tem liberalidade para decidir quem serão os participantes do processo seletivo. Veja-se:

Mas, se o Constituinte conhecer das praxes administrativas tradicionais deste País, quisesse instituir provimento no primeiro grau de carreira um processo que assegurasse a irrefragável igualdade dos pretendentes, teria imposto, liberalmente, o concurso de provas e títulos.
Se se cingiu à pura referência a concurso evidentemente deixou à lei a liberdade de

⁹⁰ Mas é importante registrar o voto de Henrique D’Ávila, convocado do TRF, em sentido contrário. “A Constituição Federal, em seus artigos 184 e 186, estatue que a primeira investidura do cargo de carreira está subordinada a concurso: o concurso tout court. A lei poderá, sem dúvida alguma, estabelecer que o mesmo seja de provas; apenas de títulos ou de provas e títulos. Não há o que objetar, portanto, quanto a legitimidade do concurso puramente de títulos. O que não é admissível é que o certame, qualquer que ele seja, fique circunscrito apenas aos interinos, em número igual ou inferior ao das vagas a preencher; porque, nesse caso, esvaziar-se-ia a pugna do seu caráter competitivo. Converter-se-ia o concurso em verdadeira burla ou farsa” (BRASIL, 1957a, p. 445).

dispor sobre a forma do processo seletivo, consoante as diferenças específicas da carreira (BRASIL, 1957a, p. 443-444).

Essa construção do *habitus* do ministro do STF encontra eco na doutrina. A centralidade da lei como organizadora do sistema jurídico foi, como visto, um dos objetos centrais do livro *Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito* (1925), de Maximiliano. Em capítulo específico, que trata das “Qualidades de Hermeneuta – Interpretação Viciosa e Incorreta”, talvez esse *ethos* fique mais explícito.

O autor, que também foi constituinte, ministro da Justiça e do STF, afirma que estaria ultrapassada a doutrina por ele denominada “praxista”, que seria presa a formalismos e se limitaria a simples consultas a textos como critério de interpretação. Assevera que, pela doutrina (então) atual, a chamada “histórico-evolutiva”, seria imprescindível articular a hermenêutica à história, à economia e às instituições dos “povos cultos”, além de se exigir, do próprio intérprete, uma série de habilidades para interpretar o ordenamento. *In verbis*:

A própria dogmática exigia do intérprete a posse de três atributos cuja concomitância no mesmo cérebro não é vulgar – probidade, ilustração e critério. **O primeiro leva ao esforço tenaz e sincero para achar o sentido e alcance da lei segundo os ditames da verdadeira justiça;** o segundo auxilia, com uma grande soma de conhecimentos, a surpreender todas as dúvidas possíveis e a atingir os vários motivos de uma decisão reta; o terceiro conduz a ‘discernir o certo do provável, o aparente do real, o verdadeiro do falso, o essencial do acidental (MAXIMILIANO, 2017, p. 92, grifo nosso).

Observa-se que está clara para o jurista a inexistência de uma teoria jurídica capaz de prescindir do coeficiente humano para se interpretar o ordenamento jurídico, sendo necessário, pois, que o juiz goze de qualidades individuais indissociáveis de sua função. Ora, entre a lei e o caso concreto, impõe-se uma distância que exigiria a busca pelo “ideal do verdadeiro Direito” (MAXIMILIANO, 2017, p. 94). Mas, por outro lado, “(...) **O texto é a essência, a matéria-prima, que deve ser plasmada e vivificada pela inteligência ao serviço de um caráter íntegro**” (MAXIMILIANO, 2017, p. 92, grifo nosso).

Atualmente, em sentido oposto, nem os princípios da legalidade e da separação dos poderes são interpretados de forma estrita pelo STF, tampouco a lei ocupa o mesmo lugar central de estruturação do sistema jurídico. Esse deslocamento da lei como “matéria-prima” essencial se deve muito à centralidade ocupada pelo controle abstrato e às novas atribuições que, por meio dele, passaram a ser atribuídas ao Judiciário.

3.7.2 O *habitus* restritivo dos ministros e sua relação inextrincável com a diminuta importância da burocracia do Judiciário

Como visto, a representação interventiva promoveu ampliação e a criação de novas

funções ao STF, em um momento em que o *habitus* dos ministros pode ser qualificado como “restritivo”. Arelada a essa crença em uma competência limitada dos aplicadores do direito, está a diminuta estrutura burocrática do Judiciário. A observação de alguns julgamentos da Corte, envolvendo o plexo de poderes no qual ela se reconhece, em face do Executivo, demonstra diferença determinante do período observado com a realidade atual.

Nesse sentido, na Representação 97, PI, discutiu-se se os cargos de serventuários da justiça poderiam ser providos pela Corte, como fixado pela Constituição do Piauí, ou se esse dispositivo invadiria a competência “genérica” do Executivo de nomear cargos públicos. O ministro Armando Prado, mantendo a posição que, até então, era vitoriosa, afirmou que se a Constituição da República atribuía ao Presidente o papel de prover cargos públicos, essa prerrogativa não poderia ser estendida às cortes locais, salvo em relação a casos específicos previstos pela Constituição – e, no caso, a Constituição de 1946 os limitava à organização da própria Secretaria, não se estendendo aos serventuários de Justiça⁹¹. Veja-se:

O Poder Legislativo e o Poder Judiciário não gozam da faculdade de preencher cargos públicos, senão em casos limitados. Si (sic) o Presidente da República é quem dispõe dos cargos federais, verifica-se que o provimento dos cargos estaduais e o dos municipais incumbem, respectivamente, aos Governadores e aos Prefeitos” (Representação 97, Piauí, julgada 6 de outubro de 1947, publicada em 14 de janeiro de 1948. Voto do ministro Armando Prado, p. 249).

Orosimbo Nonato é igualmente enfático e assevera que o posicionamento de Armando Prado está de acordo com a tradição do direito brasileiro:

O mesmo não passa, segundo me parece, quanto ao art. 83, que fere a Constituição Federal e perturba a harmonia de poderes, deslocando para o Poder judiciário funções do Executivo, qual seja a de nomear serventuários da Justiça. Por tradição antiga no nosso direito, compete ao Tribunal nomear funcionários da sua Secretaria e serviços auxiliares; jamis se inclui nessa atribuição a nomeação de tabeliães, notário e outros, cuja atividade não se entrosa na Secretaria do Tribunal. Há, aí, cerceamento do Poder Executivo, que cumpre corrigir (Representação 97, Piauí, julgada 6 de outubro de 1947, publicada em 14 de janeiro de 1948, relator ministro Edgar Costa. Voto do

⁹¹ Art. 14 CF/1946. Para composição do Tribunal Federal de Recursos na parte constituída de magistrados, o Supremo Tribunal Federal indicará, a fim de serem nomeados pelo Presidente da República, até três dos Juizes seccionais e substitutos da extinta Justiça Federal, se satisfizerem os requisitos do art. 99 da Constituição. A indicação será feita, sempre que possível, em lista dupla para cada caso.

(...)

§ 2º - instalado o Tribunal, elaborará ele o seu Regimento interno e **disporá sobre a organização de sua Secretaria, Cartórios e demais serviços**, propondo, em consequência, ao Congresso Nacional a criação dos cargos administrativos e a fixação dos respectivos vencimentos (Constituição, art. 97, nº II).

Observa-se que desde a Constituição de 1891 já havia a previsão dos Tribunais proverem os cargos de sua Secretaria: Art. 58, CF/189. “Os Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas Secretarias.

§ 1º - A nomeação e a demissão dos empregados da Secretaria bem como o provimento dos Offícios de Justiça nas circunscrições judiciárias, competem respectivamente aos Presidentes dos Tribunais”.

(...)

ministro Orosimbo Nonato, p. 274).

O ministro Hahnemann Guimarães, juntamente com Castro Meira, segue a esteira de Armando Prado, relator do julgado. *In verbis*:

O poder de nomear, de modo geral, os funcionários, cabe ao Executivo. Dele só se permite retirar êsse poder nos casos em que a própria Constituição Federal restringe expressamente tal faculdade ao Poder Judiciário. (Representação 97, Piauí, julgada 6 de outubro de 1947, publicado em 14 de janeiro de 1948, relator ministro Edgar Costa. Voto do ministro Hahneman Guimarães, p. 265).

Já Edgar Costa, cuja atuação pode ser inserida na tradição de Pedro Lessa e Ruy Barbosa, de pretender empoderar o Judiciário, declara constitucional o dispositivo impugnado. Defende, como critério para a efetividade do princípio da autonomia do Judiciário, a nomeação não apenas de seus próprios servidores, como de todos aqueles que transitassem na órbita de suas atividades, desde que conste em previsão legal respectiva, como no caso da Constituição do Piauí. *In verbis*:

(...) os cargos a que se refere pertencem todos à órbita de ação do Poder Judiciário, e não do Executivo. Atribuindo àquele a competência para provê-los, não atentou a Constituição do Estado contra a independência do Executivo, **mas assegurou melhor a do Judiciário**. (Representação 97, Piauí, julgada 6 de outubro de 1947, Publicada em 14 de Janeiro de 1948. Voto do relator Edgar Costa, p. 222, grifo nosso).

Ainda na Representação 97, outros temas veiculados pela Constituição do Piauí são representativos dessa restrição que o STF se reconhecia na expansão de sua burocracia. Em primeiro lugar, as férias do procurador-geral de Justiça estavam submetidas, administrativamente, ao tribunal local, não ao Executivo, a quem o Ministério Público era vinculado. Novamente, o ministro Edgar Costa entendeu válido o dispositivo que visaria a garantir o andamento adequado e a autonomia da corte local. Orosimbo Nonato, em sentido contrário, considerou “esdrúxulo” atrelar as férias de um órgão do Executivo ao Judiciário. Veja-se:

Sobre a questão da licença ao Procurador, o dispositivo é, data vênia, uma exdrujulice. Trata-se de funcionário que não é órgão do Poder Judiciário, senão fiscal da observância da lei, que é órgão do Poder Executivo e que não guarda com o Presidente do Tribunal qualquer dependência que justifique a concessão, ao Tribunal, da competência aludida. Considero inconstitucional o dispositivo (Representação 97, Piauí, julgada 6 de outubro de 1947, publicado em 14 de janeiro de 1948. Voto do ministro Orosimbo Nonato, p. 275).

Mais uma vez, os ministros que discordavam de Edgar Costa, quanto à interpretação extensiva dos poderes do Judiciário, seguiram Orosimbo Nonato. Veja-se, nesse sentido, o voto de Castro Nunes:

Se a Const. do Piauí conserva no Governador o poder de nomear e demitir os órgãos

do M.P., instituição que tem no texto federal o seu paradigma como serviço do Executivo, não se compreende essa mutilação, que compromete o princípio da hierarquia e independência do Poder responsável pela regularidade e funcionamento do serviço. (Representação 97, Piauí, julgada 6 de outubro de 1947, publicada em 14 de janeiro de 1948. Voto do ministro Castro Nunes, p. 286).

A possibilidade de a lista tríplice dos juízes de paz vincular o governador a aceitar os não escolhidos como suplentes; a promoção automática de juízes; e o quinto constitucional colocaram Edgar Costa, também, contra seus pares. Sua pretensão de engrandecer a autonomia do Judiciário, reduzindo a do chefe do Executivo, era visivelmente minoritária na Corte.

Observa-se, pois, que a consolidação do discurso dos poderes corporativos do Judiciário, hoje princípio que rege a atuação do STF, esteve longamente em disputa, prevalecendo, no período observado, grande prestígio ao Executivo. Nota-se, assim, que o empoderamento do Judiciário, como hoje se observa, pressupõe a construção da crença na necessidade de autonomia de suas funções e no engrandecimento de sua burocracia.

3.7.3 O controle abstrato em Kelsen

- a. Entre a busca pela aplicação adequada do direito estatal e a garantia do processo democrático, a construção de uma liberdade administrada pelo Estado

A Garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais (KELSEN, 2007, p. 124, grifo nosso).

Dentro da teoria jurídica, a criação da Corte Constitucional com competência para invalidar leis tem, em Kelsen, o objetivo de garantir a adequada execução do direito em todos os seus níveis, assegurando-se a regularidade das funções do Estado⁹². Essa regularidade da aplicação do direito está, contudo, assentada em uma determinada filosofia política, desenvolvida pelo filósofo em que a democracia, como legitimadora do poder estatal, ocupa papel central. Para se pensar o controle abstrato em Kelsen, portanto, não basta olhar para sua Teoria Pura, é necessário promover o **diálogo entre sua teoria do direito e a centralidade que reconhece ao Parlamento**, construindo-se uma **paradoxal liberdade**, em que o **Estado**, por meio do direito, deve **controlar toda a vida social**, embora se acredite que esse **controle seja a condição da liberdade** – ou, sendo mais exato, do maior nível possível de liberdade entre os regimes de dominação.

⁹² Kelsen (2007, p. 175) tem preocupação especial em relação aos Estados Federados, em razão do inexorável conflito que surgirá entre os núcleos de produção do poder. “Em tais Estados, o controle de constitucionalidade tem por principal objeto a aplicação das disposições de fundo característica das Constituições Federais, que delimitam a competência respectiva da União e dos estados federados”.

Pois bem. Kelsen (2006) assevera, se opondo a tradições que ele denomina “conservadoras”, que a jurisdição é, também, uma atividade estatal que cria direito, assim como a parlamentar. Ao sentenciar um processo, o magistrado aplica uma lei ao caso, tornando concreta a norma geral positivada pelo Parlamento. O aplicador, assim, profere uma escolha entre várias possíveis dentro da “moldura” e caminha dentro da “pirâmide” na execução do direito. Mas, se ambas as atividades – parlamentar e judicial – criam direito, há uma diferença de *hierarquia* entre elas, dentro desse processo dinâmico de execução do direito, que se inicia no direito internacional, passa pela Constituição, pelas leis até a sua execução pela Administração e pelo Judiciário:

Essas duas funções (legislativa e jurisdicional) não se opõem de maneira absoluta, como a criação à aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-as melhor, vê-se que **cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito. Legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias.** Porque esse processo não se limita apenas à legislação, mas, começando na esfera da ordem jurídica internacional, superior a todas as ordens estatais, continua na Constituição, para chegar enfim, através das etapas sucessivas constituídas pela lei, pelo regulamento, e em seguida pela sentença e pelo ato administrativo, aos atos de execução material destes últimos. Essa enumeração de que só considerarmos aqui as fases intra-estatais, pretende apenas indicar de forma esquemática as etapas principais desse processo, no decorrer do qual **o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito**” (KELSEN, 2007, p. 125, grifos nossos).

Essa diferença de “hierarquia” a que o filósofo faz menção é ponto-chave para se entender tanto sua teoria do direito quanto sua filosofia política, que se articulam por meio de seu conceito de Constituição.

Para Kelsen, a Constituição seria, essencialmente, uma norma de caráter formal, que disciplinaria o procedimento com que a democracia deveria se desenvolver. Ao Parlamento, garante-se ampla discricionariedade para a produção legislativa. As Cortes Constitucionais, de outro modo, atuam de forma “absolutamente determinada” pela Constituição. A inconstitucionalidade consiste, assim, “em que não tenham sido observadas as prescrições para sua elaboração ou em que seu conteúdo fira as disposições sobre competência” (KELSEN, 2007, p. 24). Veja-se:

A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está quase completamente ausente. **Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis** que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, **a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.** E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em **pequena medida criação de direito.** E, por conseguinte,

efetivamente jurisdicional (KELSEN, 2007, p. 152, grifos nossos).

Mas, para se compreender de forma adequada a “ampla discricionariedade” com que o Parlamento atua, é fundamental interpretar a teoria do direito kelseniana de acordo com sua filosofia política. O pensador, cuja trajetória atravessa as complexas discussões no período entre guerras, especialmente nas disputas durante a República de Weimar, foi um dos grandes defensores da democracia. Mais especificamente, uma democracia que, segundo ele, procure articular o inexorável controle do homem pelo homem, por meio do Estado, com o exercício do princípio da liberdade em seu maior grau possível.

Para Kelsen, a modernidade se erige de forma complexa, sendo a sociedade composta por diferentes interesses em disputa que reclamam regulamentação pelo Estado. Regulamentação essa que importará, sempre, em restrições à liberdade dos indivíduos. A democracia, nesse contexto, seria o regime que maior liberdade asseguraria ao indivíduo, em razão do modo com que o Parlamento estrutura a vontade do Estado: as disputas de poder são centradas nos compromissos firmados pelos partidos políticos, cujo resultado pressuporá acordos em que todos os grupos em conflito são, em alguma medida, atendidos. A lei, assim, é o resultado de um processo dialético, não simplesmente a vontade da maioria. Veja-se:

(...) De fato, todo o procedimento parlamentar, com sua **técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso**. Este é o verdadeiro significado do princípio de maioria na democracia real (...) Portanto, seria melhor dar a tal princípio o nome de princípio majoritário-minoritário, uma vez que ele organiza o conjunto dos indivíduos em apenas dois grupos essenciais, maioria e minoria, oferecendo a possibilidade de um compromisso na formação da vontade geral, depois de ter preparado esta última integração obrigando ao compromisso acima mencionado, que é a única coisa que pode permitir a formação tanto do grupo da maioria quanto do grupo da minoria: relegar a segundo plano o que separa os elementos a serem unidos, em favor daquilo que os une (...) Uma rápida observação da práxis parlamentar já basta para demonstrar que o princípio majoritário se afirma no sistema parlamentar como um princípio do compromisso, de acomodamento dos antagonismos políticos. Todo o procedimento parlamentar tende a criar um meio-termo entre os interesses opostos, uma resultante das forças sociais em sentido contrário (...) E, se o característico procedimento dialético-contraditório do parlamento tem algum sentido profundo, esse sentido só poderá ser o de transformar, de qualquer modo, a tese e a antítese em síntese dos interesses políticos numa síntese. Mas isso pode significar apenas uma coisa: não (...) uma verdade superior, absoluta, um valor absoluto superior aos interesses dos grupos, mas um compromisso (KELSEN, 2000, p. 70, grifo nosso).

É nesse contexto intelectual, desenvolvido por Kelsen para defender a democracia, por um lado, e uma “teoria pura do direito”, por outro, que o controle concentrado de normas exercido por uma corte constitucional deve ser interpretado.

b. Ruptura estrutural do controle de constitucionalidade, embora pautado em um ethos

do comedimento

Garantias da Constituição significam, portanto, **garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição**, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis (KELSEN, 2007, p. 126, grifo nosso).

Kelsen constrói, pois, importante ruptura, na teoria constitucional e no desenho institucional do Estado, em relação à tradição inaugurada pelos Federalistas, em que a decisão do Judiciário que reconheceria (incidentalmente⁹³) um ato inconstitucional do Parlamento ensejaria no afastamento de sua aplicação para o caso concreto, mantendo-se o ato legislativo ainda em vigor. **A pretensão do filósofo em tutelar a regularidade do ordenamento, não apenas de resguardar direitos individuais**, redimensiona o papel do controle de constitucionalidade e torna mais tensa a relação entre o direito e a política⁹⁴. O pensador está convencido de que “entre as medidas técnicas precedentemente indicadas, que têm por objeto garantir a regularidade das funções estatais, a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição” (KELSEN, 2007, p. 149).

Uma Constituição que não tenha instrumentos para garantir a invalidação de seus atos, prossegue o autor, não é plenamente obrigatória⁹⁵. Kelsen desenvolve, assim, uma teoria paradoxal da democracia, que, por um lado, pretende garantir ao Estado uma progressiva dominação da vida social, não se permitindo subtrair de sua autoridade qualquer decisão. Mas, por outro, imagina que o processo de legitimidade de produção das normas, no Parlamento, e de sua execução, pelo Executivo e pelo Judiciário, garantirão que esse domínio seja capaz de assegurar a liberdade no maior nível possível entre os regimes de dominação.

A articulação entre a criação e a aplicação das normas está, portanto, atrelada a uma ampla liberdade do Parlamento e a um a um “papel negativo” do Judiciário – apropriando-se

⁹³ Assim, segundo Ruy Barbosa (1893, p. 128), é requisito para uma ação impugnar a inconstitucionalidade de uma lei, que “(...) a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo”.

⁹⁴ Importante reiterar, nesse aspecto, que a tradição americana centrava a atuação do tribunal no caso concreto exatamente por ser esse o limite do jurídico em relação ao político, como deixa claro, Ruy Barbosa: “Pelos mesmos motivos resvalaria para a degeneração política o exame judicial dos atos inconstitucionais da administração, ou da legislatura, se os julgados, que os resolvessem, pudessem atacar o decreto, ou a lei, na plenitude de sua tese, concluindo pela anulação formal de suas disposições, ou pela supressão direta delas na generalidade de seus efeitos. Nesse caso, a justiça se transformaria numa instância de cancelamento para as deliberações do Congresso ou do executivo. Seria a absorção de todos os poderes no judiciário, ou o conflito organizado entre os três. Insulando-se, porém, na espécie demandada, a sentença evita rigorosamente a deturpação política do papel dos tribunais” (BARBOSA, 1893, p. 134).

⁹⁵ “Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos institucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos institucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos (...) equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória (...) O direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuado a Constituição – que esteja em contradição com um norma superior” (KELSEN, 2007, p. 179).

de expressão adotada por Ruy Barbosa⁹⁶ e, também, por Araújo Castro. Com essa construção, Kelsen fundamenta a ampliação de poderes da Corte Constitucional para julgar abstratamente uma norma, em nome da regularidade da dinâmica da aplicação do direito. Mas, ao mesmo tempo, se preocupa constantemente em estabelecer limites ao Tribunal, a traçar a linha divisória entre o jurídico e o político e, assim, manter-se fiel à sua “teoria pura” do direito.

O que se buscará demonstrar, nos capítulos seguintes, é que o rompimento com uma das bases do controle abstrato desenvolvido por Kelsen, esse “*habitus* restritivo” que sua teoria pura engendra, redefine o próprio instituto.

3.7.4 “Distanciamento social” do STF e a construção do *habitus* de um jurista “técnico”, que se limita a manipular normas

Fabiana Luci de Oliveira (2012), ao analisar o tratamento dado pelos jornais *Folha de São Paulo* e *Estado de São Paulo* ao STF entre os anos de 1979-1999, demonstra que, desde a década de 1980, a Corte se preocupava com sua imagem pública, notadamente com a crítica a ela desferida pela mídia de sua subserviência com os poderes políticos, excesso de privilégios e esse “autocentrismo”, que a tornava distante das vidas das pessoas.

Ainda segundo a autora, já a partir da década de 1990, seria possível afirmar que o Supremo ostentaria, perante a opinião pública, uma imagem diferente daquela dos anos 1980, de poder forte e autônomo⁹⁷, que interferia na vida política nacional, tendo, inclusive, travado diversos embates com a Câmara dos Deputados. Outro ponto relevante levantado por Oliveira diz respeito a um dos fundamentos dessa legitimidade ostentada pelo órgão: a ideologia profissional baseada no mérito do conhecimento técnico-jurídico, que distinguiria o STF da elite política (OLIVEIRA, 2012)⁹⁸.

⁹⁶ “(...) O método peculiar de sua missão é, deixem-me dizer, **negativo**: manifesta-se pela recusa de seu concurso aos atos desorganizadores da administração, ou da legislatura. E, como esse concurso é a sanção prática das relações jurídicas na vida social, a retração dessa força basta, para **desarmar os abusos**, para **anular os excessos**, para **corrigir, por pressão indireta, os desvios constitucionais dos poderes ativos**” (BARBOSA, R., 1893, p. 126, grifos nossos).

“Será, porém, discricionário o poder que cabe ao Judiciário de declarar a inconstitucionalidade das leis? Absolutamente não, pois que a sua missão se restringe unicamente a interpretar a vontade do povo expressa na Constituição. O Poder Judiciário deve agir nesse sentido com toda a cautela, pois, do contrario, não logrará impor aos outros poderes o respeito às suas decisões” (CASTRO, 1918, p. 141).

⁹⁷ Analisando a veiculação, na mídia, entre o período 1988-1995, afirma Fabiana Oliveira que: “As notícias transpareceram que a atuação do STF modificara-se: ele assumia abertamente sua posição de ator político imprescindível. Essa alteração ficou evidente tanto nas declarações do Ministro Sepúlveda Pertence, de que ‘Estamos cada vez mais longe da imagem de bons velhinhos do Supremo’, e do Ministro Sydney Sanches, de que ‘o STF não pode deixar de considerar o momento político e econômico por que passa o país na época de seus julgamentos’ (RAZÕES POLÍTICAS FAZEM PARTE, 1992), quanto na exacerbação das tensões do Tribunal com os outros poderes constituídos” (OLIVEIRA, 2004, p. 110).

⁹⁸ Pesquisas mais recentes da autora sugerem, ainda, que o acréscimo de popularidade da década de 90 prosseguiu

Esse distanciamento do STF com a vida social pode ser observado a partir dos temas veiculados em sede de controle de constitucionalidade, no período sob invectiva (1957-1964). Nota-se, na representação interventiva, que seu julgamento se volta a questões relevantes da estruturação do Estado, mas pouco afetas ao cotidiano da população. Embora importantes para a máquina pública, estavam atreladas de forma direta, e quase exclusiva, a interesses de grupos que disputavam o poder dentro do Estado. É possível dizer o mesmo em relação ao controle difuso de constitucionalidade, que lida, essencialmente, com os interesses de elites muito específicas em litígio com o Fisco, sempre em nome do direito de propriedade e da liberdade comercial.

Assim, é claro que a composição dos membros dos Tribunais de Conta, ou o provimento de cargos para juiz, guarda um interesse público subjacente. Mas, efetivamente, o que está em jogo são disputas entre a pequena parcela da população que, na realidade, tem o potencial de ocupar esses cargos. Ao se discutir o *impeachment* do governador, da mesma forma, mesmo considerando o papel central que o chefe do Executivo exerce no presidencialismo, não se pode esquecer que os analfabetos, ainda maioria na população, não tinham acesso ao voto⁹⁹ e não participavam de sua escolha. Mesmo as decisões em torno da autonomia dos municípios, que ostentam potencial interesse à população em geral, parecem dizer mais respeito a conflitos ou acordos políticos do prefeito com o governador do que ao dia a dia das pessoas.

Nesse sentido, em pouquíssimos precedentes, o STF tocou em temas que envolviam distribuição de renda ou a proteção a pessoas hipossuficientes. No RE 21.199, DF¹⁰⁰, por exemplo, os recorrentes clamaram ao STF que declarassem inconstitucional o Imposto de Localização dos Estabelecimentos, que incidia sobre “(...) modestos vendedores ambulantes e os possuidores de balcões, pertencentes ou subprepostos da suplicante geralmente pessoas de idade avançada ou inválidos (...)”. Contudo, a argumentação não comoveu a Corte, que decidiu ser incabível o RE, mantendo a exação do tributo.

Como também era esperado, não há, nos precedentes pesquisados, um julgamento em que se fale em raça ou de pessoas com necessidades especiais. As questões de gênero, por sua

na década seguinte (OLIVEIRA, 2017, p. 958).

⁹⁹ Segundo Censo de 1951, 52% da população brasileira era analfabeta. “Pelos dados do Censo Demográfico de março de 1951, a população brasileira era então de 51.944.397 habitantes. A população em idade escolar, de 5 a 9 anos, era de 7.015.527. O número de matrículas no ensino primário totalizava 5.175.887. Mas o Censo mostra mais. O número total de matrículas em todos os graus de ensino somava 6.118.842. Este número considera todos os níveis, do primário ao superior, para uma população em idade escolar (de 5 a 19 anos) de 18.826.409. A taxa de analfabetismo era da ordem de 52%”. CPDOC/FGV. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/ElEvoltou/Educacao>. Acesso em: 1º jun. 2019.

¹⁰⁰ “Ementa. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: SEU DESCABIMENTO” (RE 21199, Órgão julgador: Segunda Turma, Relator(a): Min. AFRANIO COSTA, Julgamento: 07/10/1958, Publicação: 26/01/1953).

vez, reproduzem também as narrativas típica do momento histórico. No RMS 2.683, por exemplo, foi julgada inconstitucional lei que facilitava o acesso à aposentadoria às mulheres¹⁰¹, em nome de uma suposta igualdade entre os sexos. Já as questões de direito do trabalho julgadas pelo Tribunal acabaram, em regra, por reverter direitos reconhecidos pelo TST.

Esse distanciamento do STF com a vida social parece ter cumprido papel importante para o fomento da crença da rígida fronteira entre o jurídico e o político. Como tutores da melhor interpretação do sistema jurídico, que tem na lei o seu ápice, a inexistência de um imperativo social que lhes imponha prestar contas ao público parece ter sido contribuído para a crença na “pureza do direito”.

A Constituição de 1988, ainda que mantenha um judiciário elitista, cujos ganhos tornam seus membros ainda muito distantes das pessoas que julgam, muda essa dinâmica. Ao consagrar uma série de direitos inexistentes até então, que passaram a ser demandados ao Judiciário, passa-se a se exigir do STF uma nova postura em relação à sua efetivação, promovendo sua inexorável “abertura”. Contudo, engendra uma nova aporia: essa exposição pública coloca o Supremo como um ator social cujo prestígio se torna dependente das decisões que profere, colocando o princípio contramajoritário em xeque. Não apenas em relação às sempre delicadas questões penais, mas também na própria execução de políticas públicas. O Tribunal defere o pagamento de medicamentos de alto custo, por exemplo, mas não tem qualquer responsabilidade sobre os efeitos de sua decisão na gestão do SUS. Torna-se mais um grupo social que disputa por prestígio, em uma sociedade que tem na exposição pública ponto fundamental, mas não sofre os efeitos negativos de muitas de suas decisões.

3.8 O controle concentrado e abstrato é, antes de tudo, uma dinâmica

A noção de descontinuidade é, ao mesmo tempo, instrumento e objeto de pesquisa, delimita o campo de que é o efeito, permite individualizar os domínios, mas só pode ser estabelecida através de comparações desses domínios. Enfim, não é simplesmente um conceito presente no discurso do historiador, mas este, secretamente, a supõe: de onde poderia ele falar, na verdade, senão a partir dessa **ruptura** que lhe oferece como objeto a história – e sua própria história? (FOUCAULT, 2017, p.11, grifos nossos).

No presente tópico, busca-se demonstrar que o tratamento da representação interventiva como mera hipótese de “resolução de conflito federativo”, não como ação concentrada e

¹⁰¹ “CONSTITUCIONALIDADE. O ART. 1. DA LEI PAULISTA N. 2.019 AMPLIANDO DIREITO POR MOTIVO DE SEXO, CONTRARIA A CONSTITUIÇÃO CONSAGRADORA DA IGUALDADE PERANTE A LEI” (RMS 2683, Relator(a): Min. CÂNDIDO MOTTA, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/1957, DJ 19-12-1957 PP-16815 EMENT VOL-00327-01 PP-00065 RTJ VOL-00003-01 PP-00815).

abstrata de constitucionalidade, acaba por desconsiderar a principal característica dessa modalidade de controle de constitucionalidade: a sua “dinâmica”.

Não se nega o papel relevante da representação interventiva no conflito federativo, reitere-se. Ao contrário. Mas é preciso enxergar o controle abstrato e concentrado para além de sua idealização construída pelo próprio Supremo. Trata-se do exercício de um poder que altera a função do Judiciário; seus fundamentos de legitimação; o tempo do direito; toda a atividade argumentativa do Tribunal. E todas essas características estão presentes na representação interventiva, ainda que aquilo que se pensou como o controle abstrato ideal não se realize no instituto.

3.8.1 Dinâmicas em disputa

Descuidando, propositadamente, de um debate sério sobre o que seja “interpretar”, é possível afirmar que a lei, independentemente do seu conteúdo, implica em um juízo de valor oriundo do Parlamento. A interpretação do Judiciário, por sua vez, atribui sentido à prática legislativa, tendo como pano de fundo um determinado conteúdo sobre o “direito” (DWORKIN, 1999)¹⁰².

Para chamar atenção acerca desse aspecto “material” do controle de constitucionalidade judicial, ou seja, para a inexorável constatação de que “interpretar é atribuir um sentido a uma prática”, chamaremos a atividade do Judiciário de “juízo de valor de segundo grau¹⁰³”, já que, ao menos em tese, ela está em necessário diálogo com o Legislativo, como explicado por José Afonso da Silva (2005, p. 500, grifo nosso):

De passagem já dissemos que os órgãos do **Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto**. Isso é o que se chama função jurisdicional, ou simplesmente, jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesse ou sistema de composição de lides.

Esse juízo de valor de segundo grau, quando vinculado a um caso concreto, faz com que se estabeleça uma diferença entre o teor do discurso proferido pelo Judiciário, que busca julgar

¹⁰² Como leciona Dworkin, a grande divergência em torno dos chamados “casos difíceis” se dá, antes de tudo, porque há um conflito prévio que antecede ao debate, que é a dúvida sobre o que é o direito: “o debate público é na verdade um exemplo, ainda que extremamente disfarçado, da divergência teórica sobre o direito.” (DWORKIN, 1999, p. 9). Mais adiante, delimita o pensador o escopo do “Império do Direito”: “Este livro é sobre a divergência teórica do direito. Seu objetivo é compreender de que tipo de divergência se trata e, então, criar e defender uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito” (DWORKIN, 1999, p. 15).

¹⁰³ Ao se fazer menção ao “juízo de valor de segundo grau”, está, em última análise, utilizando-se o conceito de “juízo de aplicação” em GÜNTHER (2004). Contudo, a ideia de “juízo de valor de segundo grau” deixa mais evidente a diferença que se quer marcar nesta tese, entre o julgamento fundado em ação abstrata e aquele oriundo do controle difuso.

uma causa, daquele oriundo do Parlamento, que visa disciplinar abstratamente condutas. O julgamento que se faz no bojo do processo está vinculado ao que nele se discute, limitando a valoração da norma “em si”.

Ademais, o magistrado não tem o arbítrio de escolher quando julgar a lei, dependendo, pois, do ajuizamento de uma demanda para fazê-lo. O juízo normativo exercido pelo magistrado de primeira instância, para subir ao tribunal, dependerá de uma série de fatores:

- a) a existência de lesão a direito do particular;
- b) que esse particular tenha acesso ao Judiciário;
- c) que seu recurso ou ação cumpra os requisitos de admissibilidade exigidos para se acessar o STF, o que pressupõe bons advogados e interesse do Judiciário em apreciá-lo;
- d) o vínculo da alegada inconstitucionalidade à causa de pedir (fatos e pedidos) da demanda;
- e) que o reconhecimento da inconstitucionalidade fosse indispensável para o julgamento da causa¹⁰⁴.

Claro que um juiz pode ser contrário a uma lei e se engajar no reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Mas, ainda que seu juízo se faça previamente à análise do caso concreto, em alguma medida a demanda cria um vínculo com a manifestação de inconstitucionalidade. É com base nela que o magistrado olhará para a lei e que, incidentalmente, analisará sua inconstitucionalidade.

Trata-se, portanto, da vinculação da declaração da inconstitucionalidade a um caso concreto, de restrição relevante ao processo argumentativo do Judiciário para que ele possa atuar nessa conflituosa fronteira entre direito e política. Impõe-se, desse modo, uma determinada dinâmica na aplicação do direito que não diz respeito ao indivíduo (magistrado), mas a práticas objetivadas dentro do campo que, por sua vez, carregam saberes e valores inconscientemente assentados que influenciarão, e são produto, do *habitus* do jurista¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Também nesse sentido, veja-se a ementa do RE 41.716: “Recurso Extraordinário. Não cabe de acórdão que se limitou a interpretar lei local. **Inconstitucionalidade de lei – Só se decide sobre ela, quando, independentemente desse exame, não é possível dar solução ao litígio**” (BRASIL, 1959a, p. 573-575). Ressaltando a consolidação desse entendimento nos tribunais pátrios, e americanos, que eram expressamente adotados como modelo a ser utilizado pelo Brasil, prossegue o relator afirmando que: “A sentença confirmada pelo órgão recorrido limitou-se a interpretar lei estadual, e, em face da interpretação que adotou, deu razão ao impetrante, ora recorrido. Não teve, pois, necessidade de apreciar a questão relativa à inconstitucionalidade dessa lei e, por isso, não o fez. Assim procedente, o juiz acertadamente guardou obediência à boa norma seguida, quer pelos tribunais norte-americanos, quer pelos nossos, no sentido que só se decide sobre a inconstitucionalidade da lei, quando, independentemente desse exame, não é possível dar solução ao litígio” (BRASIL, 1959a, p. 575).

¹⁰⁵ Nesse sentido, interessante notar que Black, acima citado, ao mesmo tempo que defende a obrigatoriedade da análise de todas as leis, antes de sua aplicação ao caso concreto, quando diferencia o legislativo do judiciário,

Quando o controle de constitucionalidade é abstrato, de outro modo, autoriza-se o Tribunal a realizar esse “juízo de valor de segundo grau” de forma mais ampla, porque desaparece a restrição do julgamento da norma em virtude do caso e, ao mesmo tempo, seu parâmetro passa a ser não uma demanda subjetiva e objetivamente delimitadas pelas partes, mas toda Constituição – ou, no caso da representação interventiva, princípios que comportam ampla interpretação, como a separação dos Poderes ou a forma republicana. Com efeito, há um deslocamento do olhar do julgador, que não se pergunta mais “qual a pretensão deduzida em juízo”, passando a se questionar a própria lei.

Reabre-se perante a Corte todo o debate ocorrido no Parlamento sobre a validade da norma (GÜNTHER, 2004)¹⁰⁶, já que é ela, a norma, que se torna ré, em julgamento cujos critérios são estabelecidos pelo poder que o sistema jurídico se reconhece para decidir. Esses critérios podem ser amplos, como se observa atualmente, ou mais restritos, como entre 1957-1964. Mas, ao se situar, sobretudo em matérias relativas à gestão do Estado, o controle abstrato naturaliza dentro do direito um discurso finalístico-utilitário: mesmo o mais neopositivista dos ministros sabia que suas decisões não poderiam inviabilizar a Administração e deveriam ser justificáveis sob o ponto de vista da articulação de meios e fins a serem perseguidos pelo Estado.

3.8.2 A representação de inconstitucionalidade (EC 16/65) intensificou o controle sobre os estados

Um dos fortes argumentos utilizados pela doutrina majoritária de que as representações interventivas não seriam hipótese de ação concentrada e abstrata seria a sua finalidade: o exercício do controle, pela União, dos estados. Contudo, como se verá no tópico seguinte, a representação de inconstitucionalidade, criada pela EC 16/65, veiculou pequena quantidade de normas federais. Sua finalidade foi, portanto, essencialmente, o controle dos estados pela União.

Ademais, os dados demonstram que o controle de constitucionalidade, pela via difusa, foi reduzido entre 1985-1989, podendo-se supor que o fato decorreu da centralidade das representações de inconstitucionalidade. Assim, diminuindo-se os recursos extraordinários e

afirma que este “não cria nada”, apenas interpreta o que é oriundo do Parlamento. “*The legislative power creates a rule of law which did not before exist, or at least did not exist as a statutory rule. The judicial power creates nothing*” (BLACK, 2015, p. 73, grifo nosso). “O poder Legislativo cria um estado de direito que não existia antes ou pelo menos não existia como uma regra estatutária. **O poder Judiciário não cria nada**” (tradução nossa, grifo nosso).

¹⁰⁶Günther (2004) diferencia do discurso de justificação, que pressupõe um procedimento em que se analisa o critério de aceitabilidade universal da norma, verificando a sua validade, do discurso de aplicação, em que se verifica a sua adequabilidade ao caso concreto.

mandados de segurança, observa-se que a impugnação de normas federais também decaiu. Com efeito, é muito provável que as ações abstratas instrumentalizem de forma mais eficaz o controle sobre os estados, não havendo razão para se vincular apenas as representações interventivas a essa finalidade.

3.8.3 A crença na construção técnica do controle abstrato, e a idealização do próprio modelo, na base da leitura anacrônica da representação interventiva

Não se propõe, com a presente tese, uma discussão teórica sobre a natureza jurídica da representação interventiva. Mas o desvelamento da construção dogmática do instituto é elemento determinante para compreendê-lo, pois denota como esse discurso jurídico foi construindo seu objeto e, assim, contribuindo para moldar a compreensão do que hoje entendemos como “controle concentrado”. Daí por que interessa a esta tese se perguntar sobre a trajetória e as razões adotadas pela doutrina dominante que a reconhece como a “judicialização de um conflito federativo” – não como demanda concentrada e abstrata. Notadamente porque se viu que o próprio STF considerava, aparentemente de forma tranquila, tratar-se de ação que julgava a constitucionalidade “em tese” de lei.

Nesse sentido, observa-se, novamente com Moreira Alves e Gilmar Mendes, que uma das razões de não se qualificar a representação como ação concentrada e abstrata estaria em seus efeitos, já que o instituto não gozaria de eficácia *erga omnes* e se limitaria a autorizar a intervenção federal. Os ministros reconhecem que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em si, poderia implicar na suspensão da norma – não, necessariamente, na intervenção. Contudo, em ambos os casos, a decisão do Judiciário dependeria dos poderes políticos, descaracterizando a natureza de controle de constitucionalidade. Veja-se, nesse sentido, parecer de Gilmar Mendes no RE 92.169, citado pelo próprio Moreira Alves em seu voto no julgado:

Não se cuida aqui, obviamente, aferir a constitucionalidade *in abstracto* da norma estadual, mas de verificar, **para fins de intervenção**, se determinado ato, editado pelo ente federado, afronta princípios basilares da ordem federativa, ou se determinada ação ou omissão do Poder Público estadual impede a execução de lei federal. Não se declara a nulidade ou a ineficácia do ato questionado, limitando-se a afirmar a violação do texto constitucional (BRASIL, 1983, p., grifos nossos).

Mendes, então, conclui seu opinativo com citação ao próprio Moreira Alves:

A representação interventiva é instrumento jurídico que se integra num processo político – a intervenção – para legitimá-lo. Embora diga respeito à lei em tese, não se apresenta, propriamente, como instrumento de controle de constitucionalidade, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade nela obtida não opera erga omnes mas apenas possibilita (como de uma cadeia em que se conjugam poderes diversos) ao Presidente da República (ou a Governador, se for o caso) de suspender a execução do ato impugnado’ (STF, 1983, p. 400, grifo

nosso). (BRASIL, p. 1983, 1.112-1.113).

A qualificação de um ato jurídico deve se dar pelo seu conteúdo, não por seus efeitos. Os efeitos de qualquer ato sempre podem ser alterados pelo ordenamento. Assim, por exemplo, uma ação declaratória¹⁰⁷, que visa certificar, judicialmente, a existência e validade de uma relação jurídica, não dispunha de eficácia executiva sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. O legislador de 2015, ao contrário, autorizou o cumprimento de sentença fundado nesse tipo de título executivo¹⁰⁸. Há, portanto, a alteração do efeito atribuído a determinado ato jurídico – a “sentença declaratória” –, mas sua natureza continua a mesma.

Por que, então, qualificar a representação interventiva a partir da ausência de um efeito? Notadamente quando as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF parecem ter, em sua maioria, sido cumpridas, não tendo havido notícia, em toda a pesquisa, de crise institucional decorrente de sua desobediência. Nesse mesmo sentido, a atribuição de efeito vinculante às decisões em sede de ADI/ADC¹⁰⁹, em sentido contrário, não gerou qualquer controvérsia quanto à natureza das demandas, apesar do enorme impacto que tais demandas geraram ao direito brasileiro.

Naturalmente, essa questão demandaria pesquisa específica. Contudo, nota-se que essa construção doutrinária se fez retroativamente¹¹⁰, quando a representação de inconstitucionalidade já se encontrava consolidada no direito brasileiro, gozando de grande prestígio entre os juristas, enquanto a representação interventiva era atividade excepcional do STF.

Nesse sentido, o que parece estar em jogo é, por um lado, uma construção anacrônica da representação, a partir do que se passou a idealizar como controle abstrato, situando-o como o ápice da racionalidade jurídica a serviço da jurisdição constitucional. Por outro, uma questão sociológica, vinculada ao prestígio não apenas do controle de constitucionalidade, como do próprio Poder Judiciário: haveria uma suposta “fraqueza” na falta de imperatividade da representação que a excluiria da categoria “ação abstrata”. A construção teórica sob investiva

¹⁰⁷ Art. 20, CPC. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

¹⁰⁸ Art. 515, CPC. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...)

I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.

(...)

¹⁰⁹ A ADC 3 criou a ação declaratória de constitucionalidade com efeito vinculante, que foi estendido, jurisprudencialmente, à ADI. Com a Lei 9.868/99, foi positivado o efeito vinculante da ação direta de inconstitucionalidade.

¹¹⁰ Ao menos, na jurisprudência do STF, parece que ela não encontrava o respaldo que, *a posteriori*, veio a gozar.

parece não lidar bem com a aparente “subserviência” do Judiciário aos Poderes Políticos.

Abstraindo dos efeitos das ações, a natureza do *juízo* proferido pelo STF em representações interventivas e de inconstitucionalidade são muito semelhantes, para não dizer idênticas: analisa-se a compatibilidade vertical de uma norma com a Constituição, utilizando-se do discurso racional-jurídico para se concluir sobre a sua validade, aplicando-se, em seguida, o código do sistema jurídico (lícito e ilícito).

Ao tentarmos olhar de forma não anacrônica à representação, a partir da prática do STF, nota-se, de fato, um instituto ainda em construção¹¹¹. Não se sabia exatamente os limites do Judiciário diante da esfera normativa, até então limitada aos Poderes Políticos. Não era possível prever, em um país marcado por golpes sucessivos de Estado e estados de sítio, e centrado na figura do chefe do Executivo, se haveria o respeito às decisões do STF. Mas a natureza *abstracta* do instituto, que inaugurava o julgamento em tese de leis, não parecia gerar dúvida entre os ministros e procuradores-gerais da república, ainda que o tema fosse tormentoso na doutrina.

¹¹¹ É possível encontrar representações interventivas, inclusive, que não veiculavam controle abstrato de normas, constituindo-se, contudo, na forma jurídica encontrada pelas elites em disputa para resolver conflitos federativos e entre Poderes. Assim, por exemplo, na Representação 98, oriunda de Alagoas, discutia-se a crise instalada entre o Executivo e o Judiciário locais, que requereu a interveniência do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República. Os autos do processo não são compostos, pois, de votos que analisam uma situação jurídica. De outro modo, são instruídos a partir de manifestação do Tribunal local, alegando o uso da força do Executivo contra o Judiciário, e do Governador, ao contrário, afirmando que garantia o funcionamento adequado do Poder. Ao final, o STF, por entender que o conflito estava solucionado pelas partes, arquivou o processo, por unanimidade. Mas não, sem antes, fazer votos à importância da autonomia do Judiciário e da necessidade dos demais Poderes respeitá-la (Representação 98/AL, Relator Lafayette de Andrada, Publicada 14 de janeiro de 1948). Na Representação 99/PR se passou algo semelhante. A Constituição do Paraná previu o aumento do número de desembargadores para o Tribunal de Justiça local, o que não foi admitido pela Corte, sob o argumento de não ter sido sua a proposta de aumento – havendo, portanto, afronta ao princípio da separação dos Poderes. Negou, então, o requerimento de parte interessada para formular lista tríplice, em seguida submetida ao Governador – questão que foi levada ao tribunal pelo PGR (Representação 99/PR, Relator Ribeiro da Costa, Publicada no dia 29 de fevereiro de 1948).

4 2º PERÍODO: 1985-89

A análise das *Revistas Trimestrais de Jurisprudência*, publicadas entre 1985-1989, seguirá, em regra, a mesma metodologia e perguntas utilizadas no capítulo anterior, em que foram objeto as RTJ 1 a 27. Salvo as adaptações necessárias em razão das especificidades do *corpus*, que serão fundamentadas no decorrer do texto. A finalidade de se manter as indagações ali apresentadas é buscar observar, a partir dos mesmos parâmetros, continuidades e descontinuidades entre a legitimação do discurso, utilizado pelo STF, para atuar na esfera objetiva. Notadamente, o que mudou na fundamentação empregada para o julgamento das representações interventiva e de inconstitucionalidade.

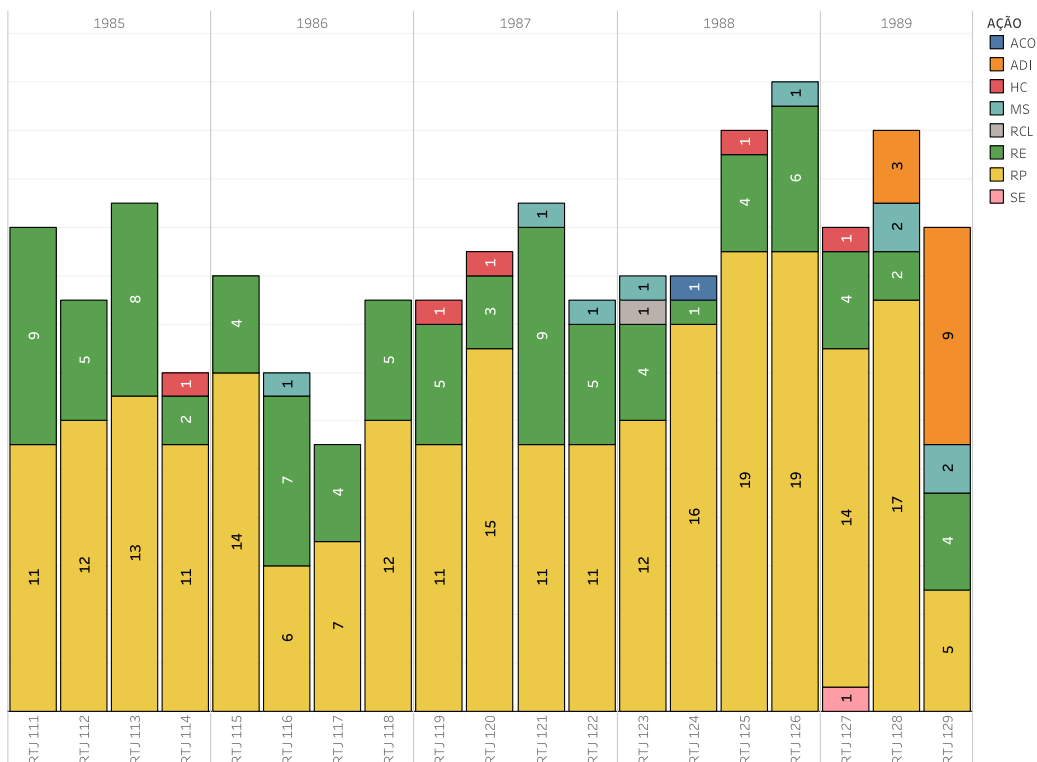
A metodologia de pesquisa será aprofundada, igualmente, no apêndice 2, mas é preciso ressaltar que as RTJ do período apresentam três volumes, que serão tratados de forma unitária. Assim, os Volumes 1, 2 e 3 da RTJ 111 serão denominados, simplesmente, “RTJ 111”.

4.1 Análise empírica

4.1.1 Por quais ações/recursos o STF apreciou a constitucionalidade das normas?

No período de 1985-1989, o STF exerceu o controle de constitucionalidade essencialmente por dois institutos, a representação de inconstitucionalidade e o recurso extraordinário (RE), que totalizaram 92,86% dos casos, considerando que as ADI constantes nos quadros foram apreciadas depois da promulgação da Constituição. O mandado de segurança perdeu a importância que gozara entre 1957-1964 e o *habeas corpus*, embora veicule decisões importantes, não é numericamente relevante. Veja-se, no Gráfico 30, a disposição de cada tipo de ação/recurso pelo número da RTJ.

(T1) Ações x RTJ



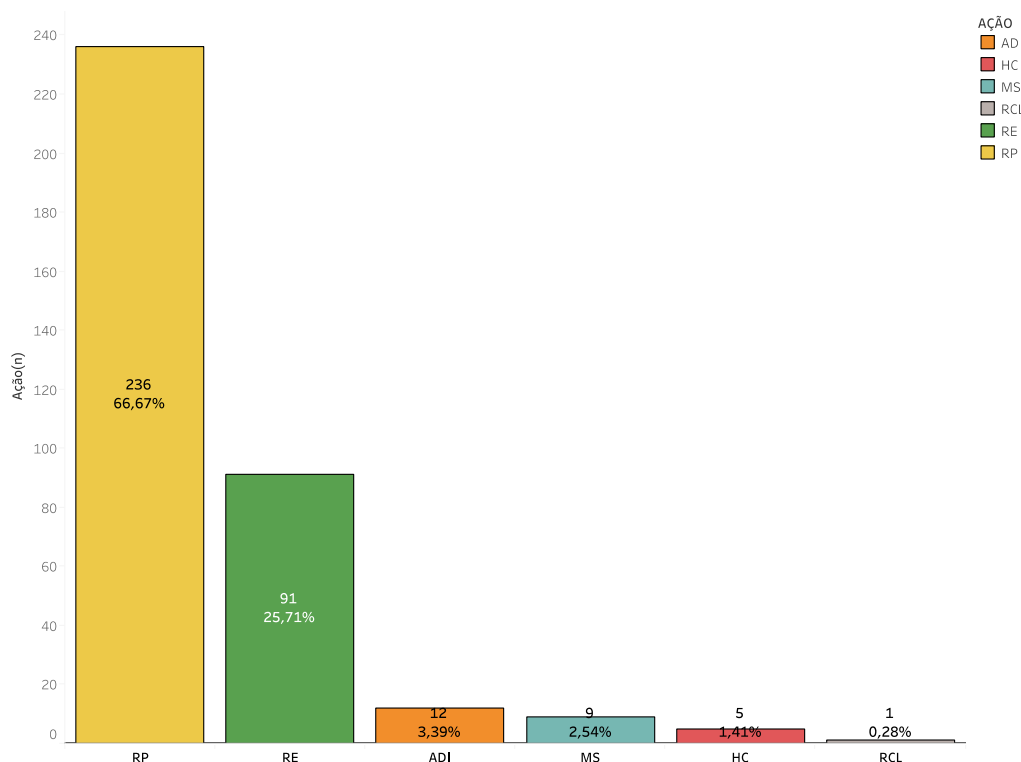
Fonte: elaborado pelo autor.

No Gráfico 31, observa-se o número total de ações e recursos¹¹² apreciados pelo STF no período, desconsiderando-se a divisão em cada revista.

Gráfico 31: Ações x Total.

¹¹² Importante reiterar que toda a análise aqui realizada se debruça sobre ações e recursos, veiculando controle de constitucionalidade de normas.

(T2) Ações x Total



Fonte: elaborado pelo autor.

Interessante notar que o STF realizara 74,63% do controle de constitucionalidade de normas pela via difusa, nos anos de 1957-1964. A representação de inconstitucionalidade mudou sensivelmente esse cenário, de forma que 66,67% dos juízos de compatibilidade vertical se deram pela via abstrata.

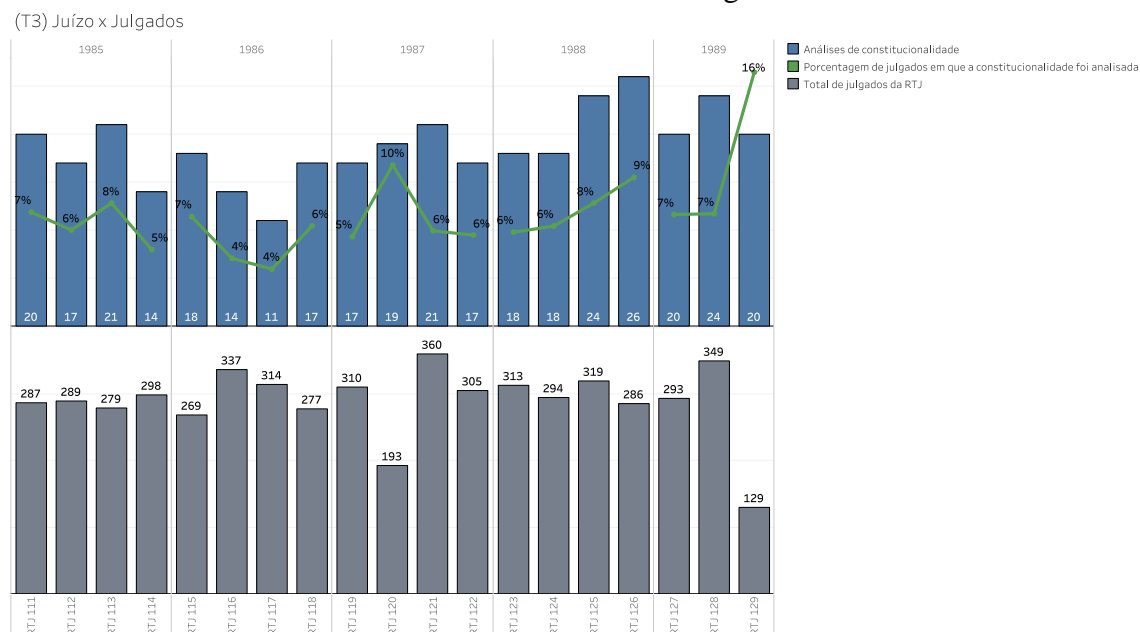
A perda de relevância do mandado de segurança no exercício do controle de constitucionalidade necessitaria de estudo específico, mas é fato que não pode deixar de ser ressaltado. Com os dados disponíveis, observa-se que o *writ* veiculou majoritariamente impugnação a normas da União (7 x 2), bem como o juízo proferido pelo Supremo foi, majoritariamente, de constitucionalidade da norma impugnada. Destoa, portanto, do que se passou com as representações e os recursos extraordinários, ainda que o pequeno número de julgamentos não permita conclusões precisas.

4.1.2 O STF analisava a constitucionalidade de normas com qual frequência?

Qual a frequência com que o STF, nas *RTJ*, analisava a constitucionalidade de uma norma? O Tribunal realizava mais ou menos controle de constitucionalidade no período observado? Mais uma vez, o Gráfico 32 relaciona o número de julgados em que tal juízo é realizado e compara com o total de decisões veiculadas em cada revista. Observa-se que, como se deu entre 1957-1964, a incidência de juízos dessa natureza é pequena, salvo em relação à

Revista 129, quando já estava vigente, a Constituição de 1988 e muitos de seus julgados se deram sob a nova ordem. Veja-se:

Gráfico 32: Juízo x Julgados.



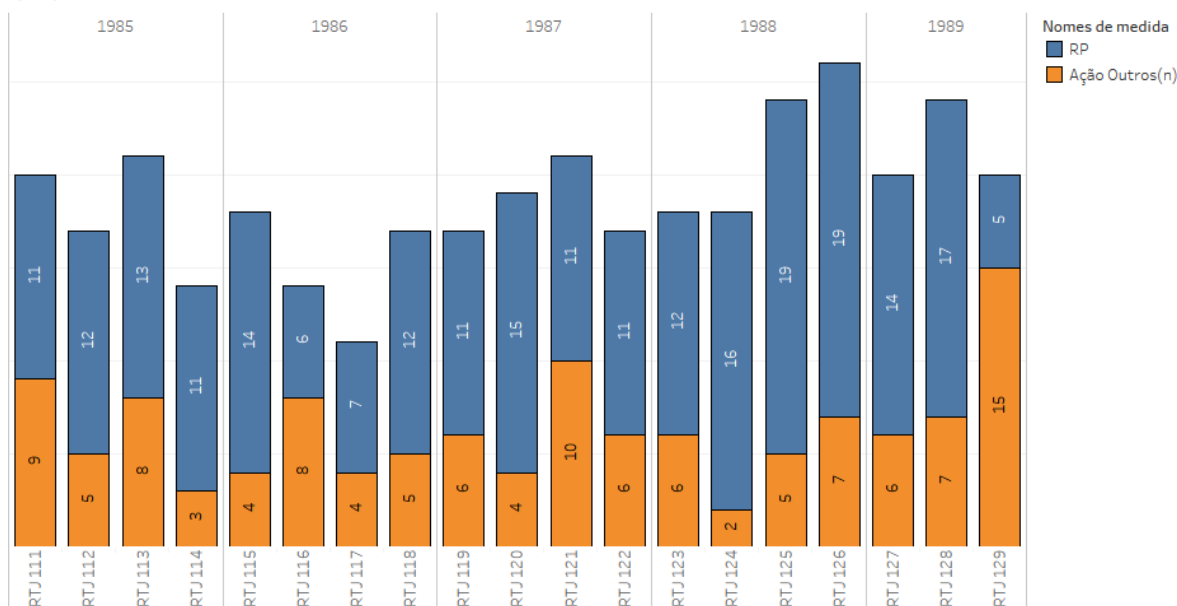
Fonte: elaborado pelo autor.

4.1.3 Controle concentrado x difuso

O Gráfico 33 busca evidenciar a diferença numérica entre o controle de constitucionalidade exercido pela via difusa e pela via concentrada, demonstrando a prevalência, no período, das representações de inconstitucionalidade.

Gráfico 33: RP x Controle difuso.

(T4) RP x Controle difuso



Fonte: elaborado pelo autor.

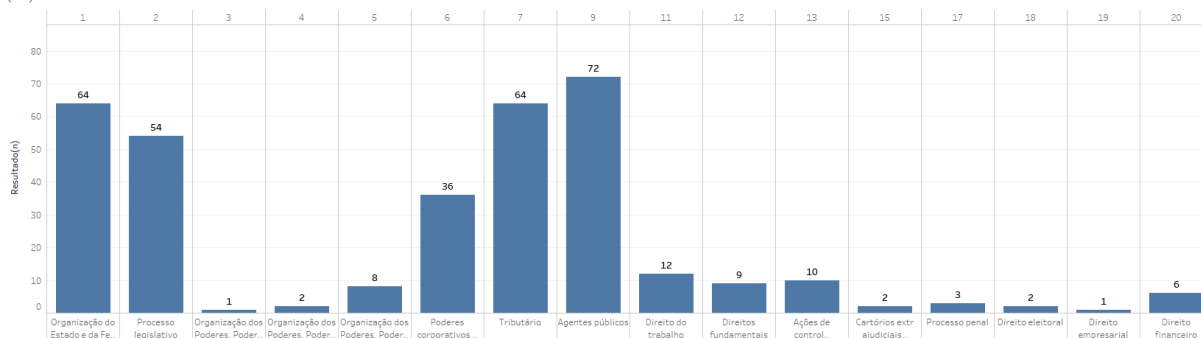
Entre 1995-2004, a participação das ações diretas nos julgamentos que analisam a constitucionalidade de normas será ainda mais relevante.

4.1.4 Quais temas são veiculados em sede de controle de constitucionalidade?

Em relação aos temas veiculados em sede de controle de constitucionalidade, novamente o período de 1985-1989 apresenta continuidades em relação 1957-1964, mas também importantes mudanças. O Gráfico 34, obtido a partir da classificação apresentada no Apêndice 2, demonstra que a organização do Estado e dos poderes, além do direito tributário, continuam ocupando o núcleo da jurisprudência da Corte. Mas, a discussão em torno dos agentes públicos e, notadamente, do que aqui se denominou de *poderes corporativos do sistema jurídico* recebe enorme protagonismo. Veja-se:

Gráfico 34: Temas (3).

(T5) Temas



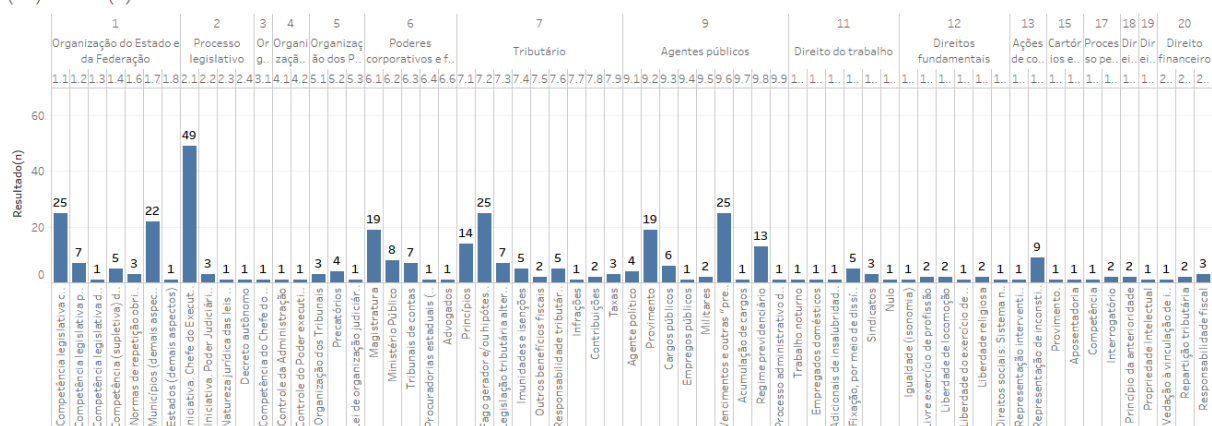
Fonte: elaborado pelo autor.

Ao ampliar a observação sobre os temas, descendo um nível na classificação

apresentada no índice do Apêndice 2, vê-se que mesmo em relação à organização do Estado e dos poderes, o período apresenta importantes alterações. O STF passou a se centrar, graças à representação de inconstitucionalidade, em dois temas de especial importância: a) no controle do processo legislativo, com o nítido escopo de garantir as prerrogativas do chefe do Executivo em veicular matérias de sua competência privativa; e b) na repartição de competência entre os entes federados, como ficará mais evidente no Gráfico 35. Veja-se, nesse sentido, o Gráfico 35¹¹³:

Gráfico 35: Temas (4).

(T6) Temas (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Ainda de acordo com o Gráfico 35, observa-se que o escopo do controle exercido pelo STF, em relação aos agentes públicos, deu-se tanto na investidura do cargo ou emprego quanto em suas regras de vencimentos. Por um lado, a Corte buscou disciplinar o princípio do concurso público; por outro, proibir a vinculação de vencimentos entre as carreiras, regular o teto do funcionalismo e outros procedimentos relativos aos ganhos dos servidores. Está subjacente a esses julgamentos, em sede de ação abstrata, uma crença dos ministros em “profissionalizar o Estado”, diferentemente do que se dava em julgamento concreto, em que se busca analisar a existência, ou não, de direito individual do demandante.

O asseguramento de prestígio a determinadas classes, notadamente os magistrados, fazia parte do discurso de profissionalização do Estado, a despeito da contradição evidente entre privilégios e profissionalização. Os juízes, nesse momento, eram os únicos agentes estatais a quem se asseguravam a irredutibilidade dos vencimentos, a inamovibilidade, a isenção de imposto de renda, entre outros benefícios que marcavam a *diferença* (BOURDIEU, 2006) dessa

¹¹³ Os itens 10, 14, 16, 21, constantes no Índice do apêndice II, foram excluídos para melhorar a visibilidade do gráfico.

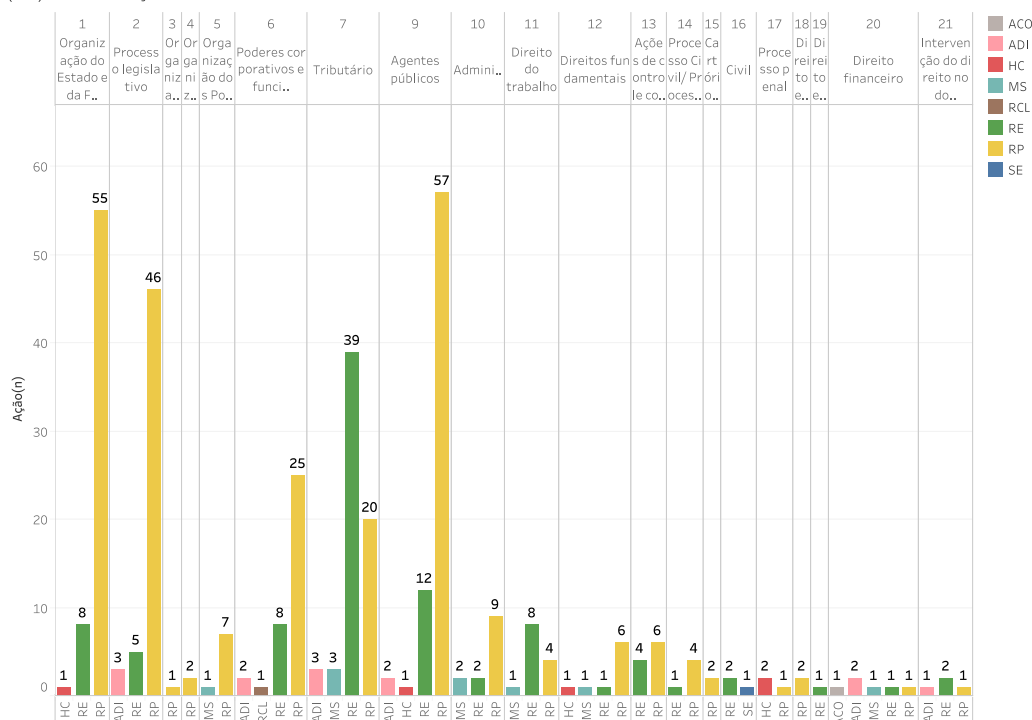
elite estatal.

4.1.5 Há vínculo entre o tipo de ação/recurso e o tema veiculado pela norma analisada pelo STF?

Ao analisar a relação entre “temas” e “tipos de ação/recurso”, obtém-se o Gráfico 36. Assim como em 1957-1964, observa-se o vínculo entre as representações de inconstitucionalidade e os temas “organização do Estado e dos poderes”, enquanto os recursos extraordinários estão atrelados a “matérias tributárias”. Veja-se:

Gráfico 36: Tema x Ação (3).

(T7) Tema x Ação



Fonte: elaborado pelo autor.

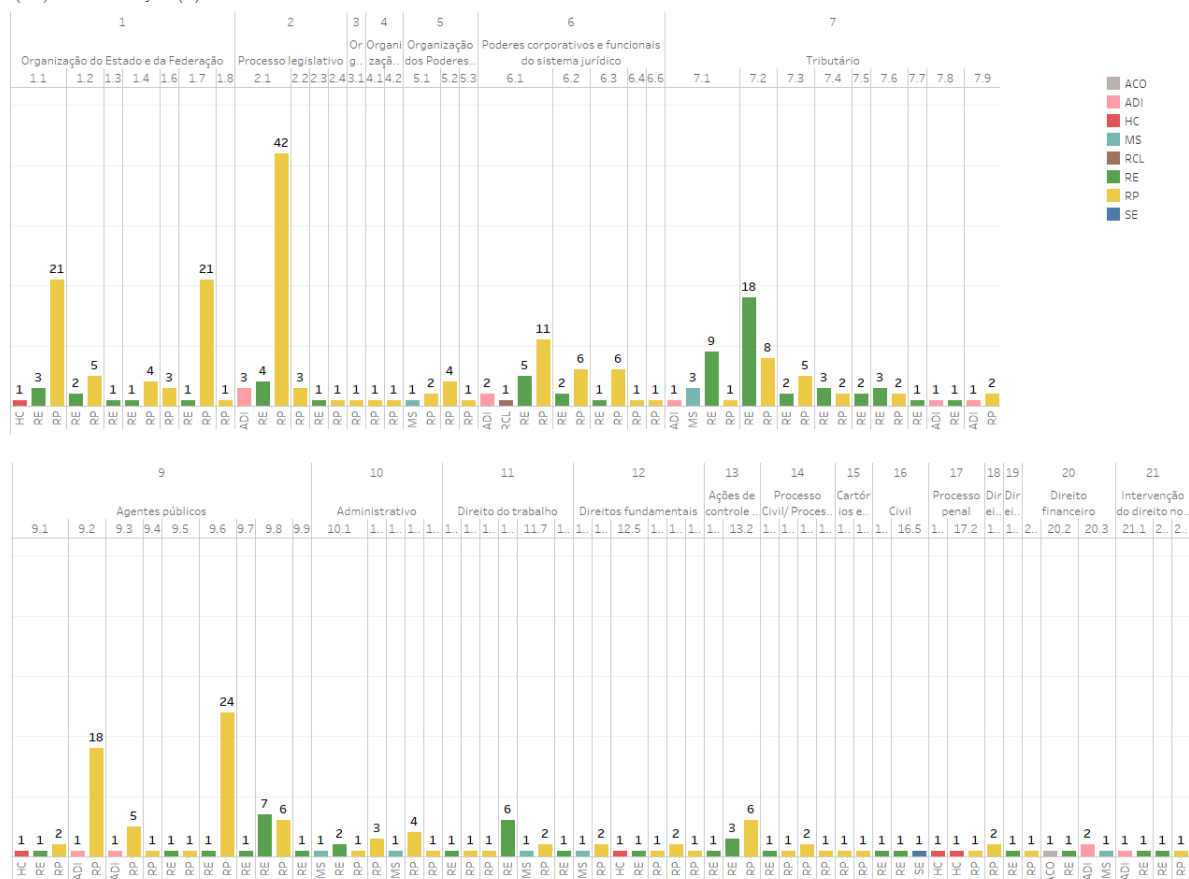
Interessante notar que, se selecionarmos os 13 RE e o HC que veicularam normas impugnadas cujos temas foram a organização do Estado e dos poderes, há 7 juízos de constitucionalidade contra 6 de inconstitucionalidade, além de um julgamento prejudicado. Destoa-se, assim, dos julgamentos envolvendo as representações de inconstitucionalidade, majoritariamente julgadas procedentes. Vai-se ficando evidente, desse modo, como as ações abstratas veiculam maior previsibilidade do que as hipóteses de controle difuso.

Ampliando o Gráfico 36 em mais um nível, nos termos da classificação utilizada no Apêndice 2, obtém-se o Gráfico 37, cujos resultados confirmam os apontamentos feitos acima – o vínculo entre a representação de inconstitucionalidade e os temas relativos à gestão do

estado e os recursos extraordinários ao que o STF denominava de “proteção de direitos individuais”.

Gráfico 37: Tema x Ação (4).

(T8) Temas x Ação (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Observa-se que o tema “agentes públicos” tanto pode veicular interesses individuais, decorrentes de ação ajuizada pelo próprio interessado contra a Administração, quanto disciplina mais ampla do regime jurídico do funcionalismo, que prevaleceu amplamente no período observado. No primeiro caso, o recurso extraordinário tende a ser utilizado, enquanto, no segundo, a representação.

4.1.6 Qual a influência do “tema” nos “juízos” proferidos pela Corte? Há vínculos entre o tipo de ação/recurso e a matéria veiculada nas representações e nos recursos extraordinários?

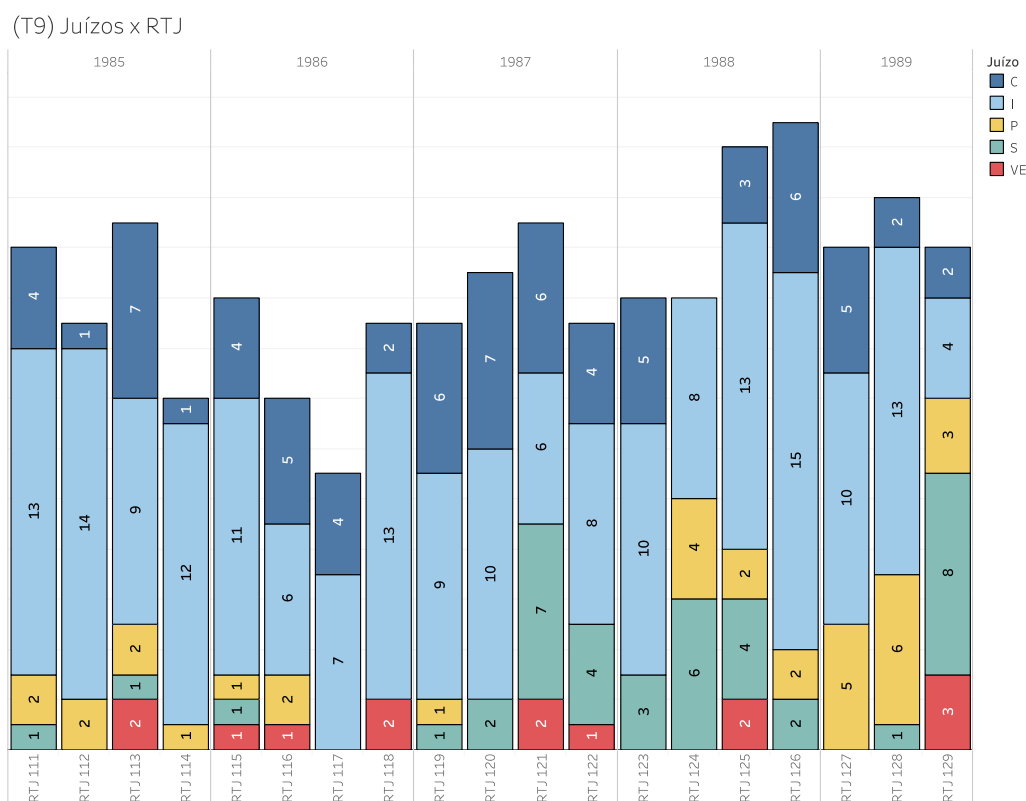
A partir da criação das representações de inconstitucionalidade, o deferimento de cautelares, suspendendo a norma impugnada, passou a ocupar importância na jurisprudência da Corte e pode ser observado nos gráficos abaixo – embora, reitere-se, que em precedentes

relevantes no período 1957-64 tenha havido também decisões liminares. Assim, nos gráficos abaixo, os “juízos” proferidos em sede de controle de constitucionalidade são categorizados em:

- (C) Constitucionalidade;
- (I): Inconstitucionalidade;
- (S): Cautelar deferida;
- (VE): Cautelar indeferida;
- (P): Representação prejudicada.

Fazendo a análise por RTJ, obtém-se o Gráfico 38.

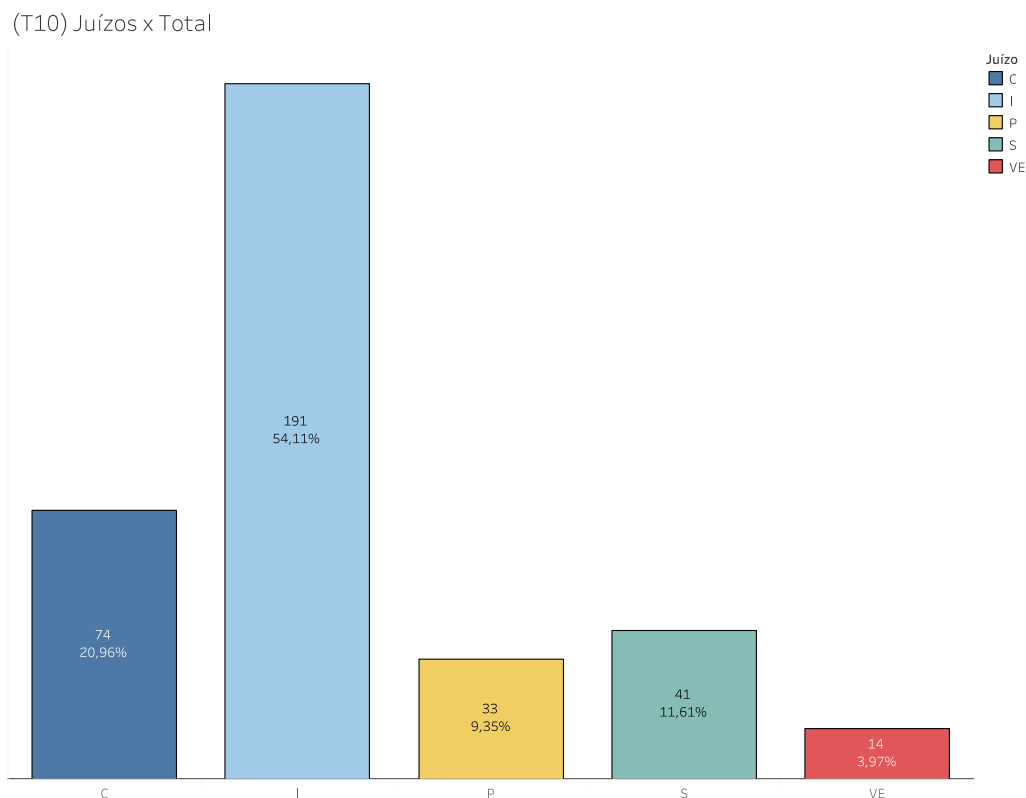
Gráfico 38: Juízos x RTJ.



Fonte: elaborado pelo autor.

A observação dos juízos proferidos pela Corte, considerando todo o período analisado, leva-nos ao Gráfico 39, que mostra significativa mudança em relação ao período anterior, já que 54,11% das manifestações declararam a inconstitucionalidade de norma, além do deferimento de 41 cautelares (11,61%). Veja-se:

Gráfico 39: Juízos x Total.



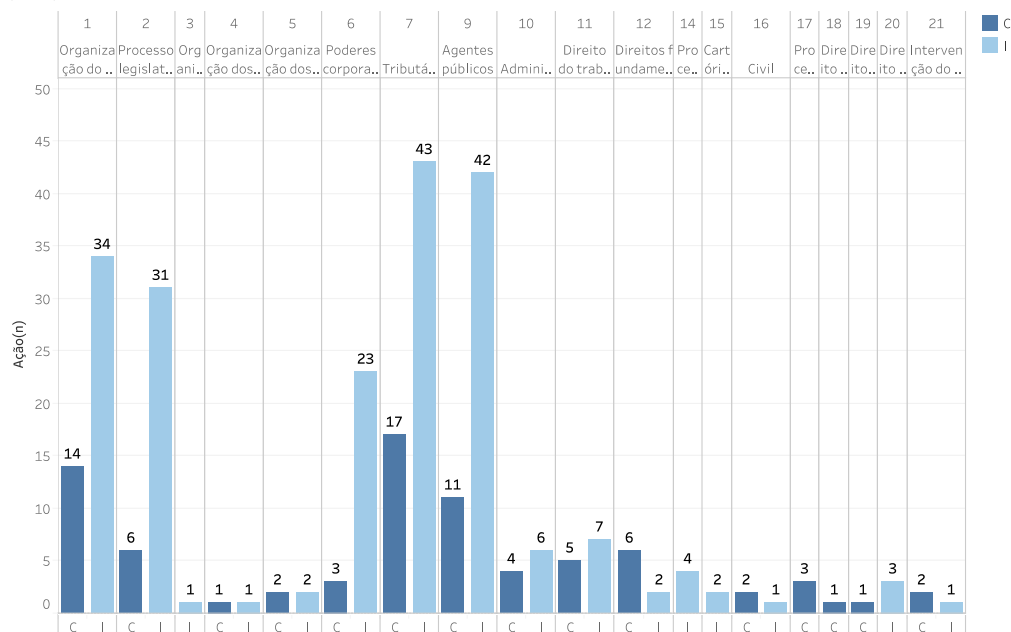
Fonte: elaborado pelo autor.

Assim, apenas 20,96% das normas foram consideradas constitucionais, devendo-se considerar, ainda, que em 3,97% das demandas a cautelar requerida foi indeferida. A declaração de inconstitucionalidade de normas parece passar a integrar o cotidiano do STF, sobretudo em sede de representação, como se verá no Gráfico 40. Já no julgamento de recursos extraordinários, há uma certa paridade entre juízos positivos e negativos de constitucionalidade (Gráfico 44).

Reiterando-se a indagação feita para o período 1957-64, haveria uma relação entre o juízo proferido pelo STF e o tema abordado? O Gráfico 40 busca enfrentar o problema. Veja-se:

Gráfico 40: Tema x Juízo.

(T11) Tema x Juízo



Ação(n) para cada Juízo dividido por Código de busca e descr1. A cor mostra detalhes sobre Juízo. As marcas são rotuladas por Ação(n). A exibição é filtrada em Código de busca e Juízo. O filtro Código de busca exclui Nulo. O filtro Juízo mantém C e I.

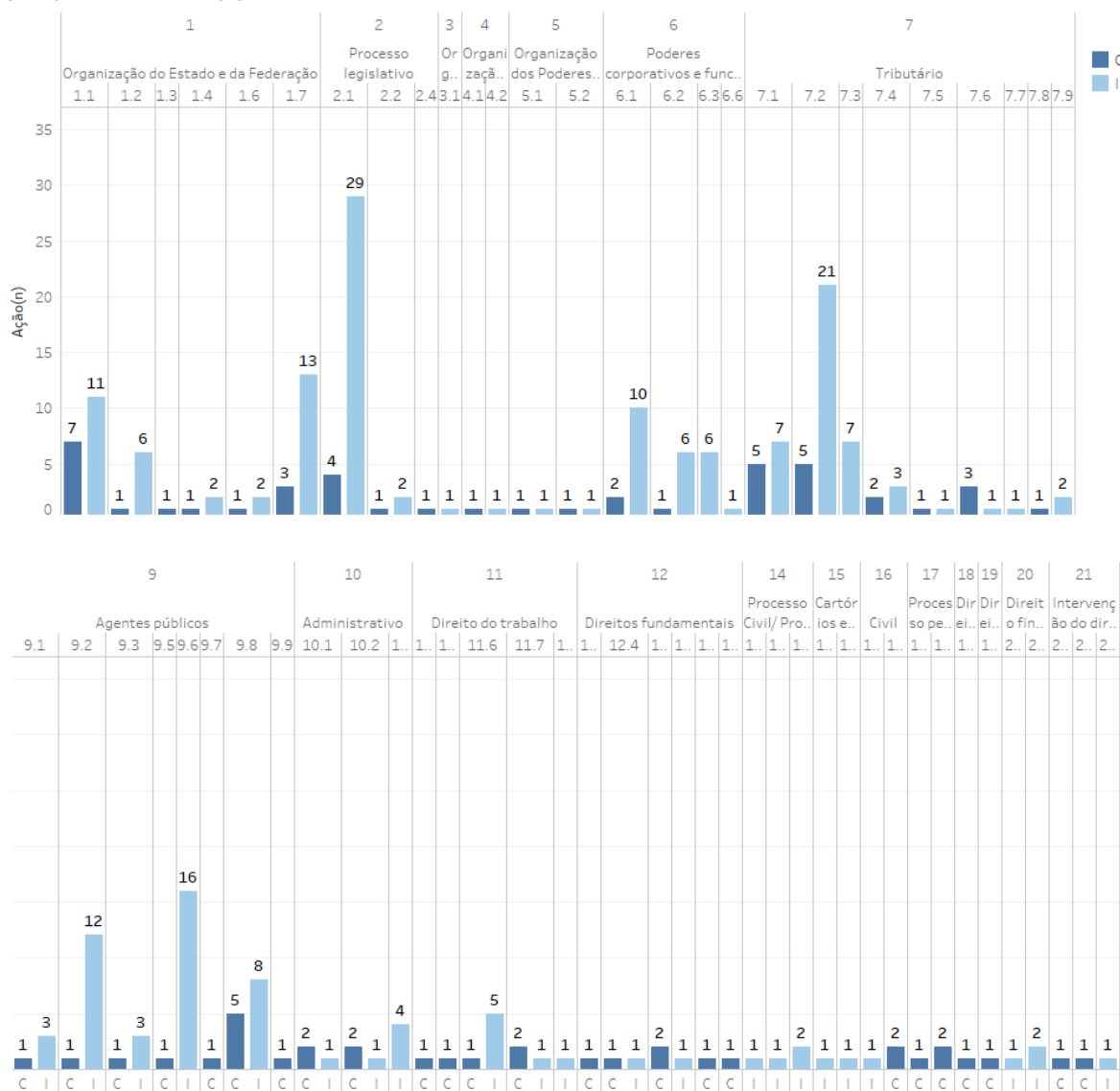
Fonte: elaborado pelo autor.

Em relação aos temas organização do Estado e dos Poderes, veiculados sobretudo pelas representações de inconstitucionalidade, vê-se que prevaleceram os juízos de inconstitucionalidade, notadamente em relação ao processo legislativo. As ações ajuizadas pelo PGR, assim, tenderam a ser julgadas procedentes, o que fica mais evidente se as compararmos com os temas veiculados em sede de recurso extraordinário.

Refinando-se a classificação, nos termos dos subníveis descritos no Anexo 2, chega-se ao Gráfico 41.

Gráfico 41: Tema x Juízo (2).

(T12) Tema x Juízo (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Observa-se que o STF julgou majoritariamente inconstitucionais as impugnações à criação de municípios, alterando-se o posicionamento observado entre 1957-1964. A regulação feita pela ditadura, por meio da Lei Complementar 01/64, surtiu o efeito ao criar critérios uniformes em todo território nacional para a instituição de novos entes locais.

As representações veiculando o tema “competência privativa da União” foram, também em sua maioria, julgadas procedentes. Com efeito, as normas estaduais que disciplinaram matérias afetas à União foram, majoritariamente, invalidadas.

Mas o que chama mais atenção no Gráfico 41 é o item 2.1, que versa sobre a competência privativa do chefe do Executivo em iniciar o processo legislativo. No período entre 1957-1964, o STF relutou em conhecer essa ação, mas, em seguida, ela se tornou corriqueira

na Corte e, salvo nas hipóteses em que o chefe do Executivo sancionava a lei em afronta à sua iniciativa, era julgada procedente. No período ora observado, 29, das 34 ações ou recursos, foram julgadas procedentes, demonstrando-se a grande proteção do Supremo ao Executivo. O fenômeno era esperado, dentro de uma ditadura, mas é interessante notar que ele se repetirá entre 1995-2004, ainda que com outros contornos. Como demonstraram Costa e Benvindo (2014), inclusive, essa foi uma das tônicas da ADI pós-constitucional, sugerindo que a dinâmica das ações concentradas e abstratas vinculam o Supremo à gestão do Estado.

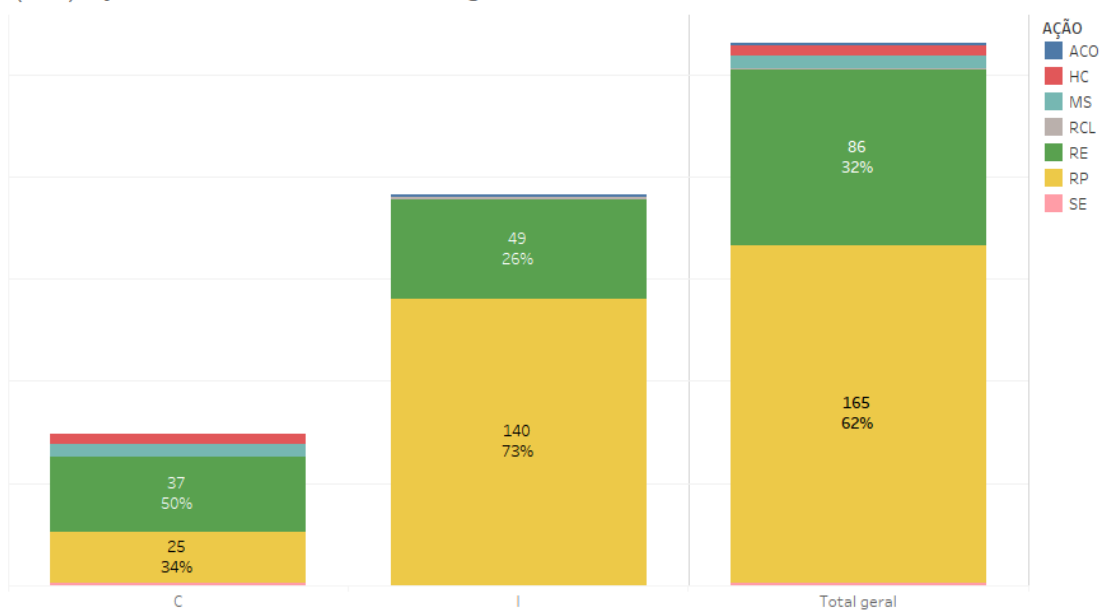
Por fim, observa-se que, de todas as manifestações sobre a iniciativa de projeto de lei, apenas quatro se deram em sede de recurso extraordinário, demonstrando que o controle difuso não seria apto a tratar, sistematicamente, da organização dos poderes. Ademais, apenas metade delas foi julgada procedente, percentual inferior ao das ações abstratas, o que sugere que a dinâmica do controle incidental, de fato, apresenta inconvenientes que não o permitiria cumprir o papel adotado pela representação.

4.1.7 Os juízos de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) variaram a depender da ação/recurso apreciados?

Outro enfoque a ser analisado é a eventual recorrência de juízos de constitucionalidade/inconstitucionalidade a depender do tipo de ação/recurso submetido ao STF. No Gráfico 42, abaixo, o número total de análises de constitucionalidade em cada *RTJ* é separado em duas colunas: constitucionais e inconstitucionais e cada coluna apresenta cores relativas ao tipo de ação ou recurso. Veja-se:

Gráfico 42: Ação x Constitucionalidade x Origem.

(T13) Ação x Constitucionalidade x Origem



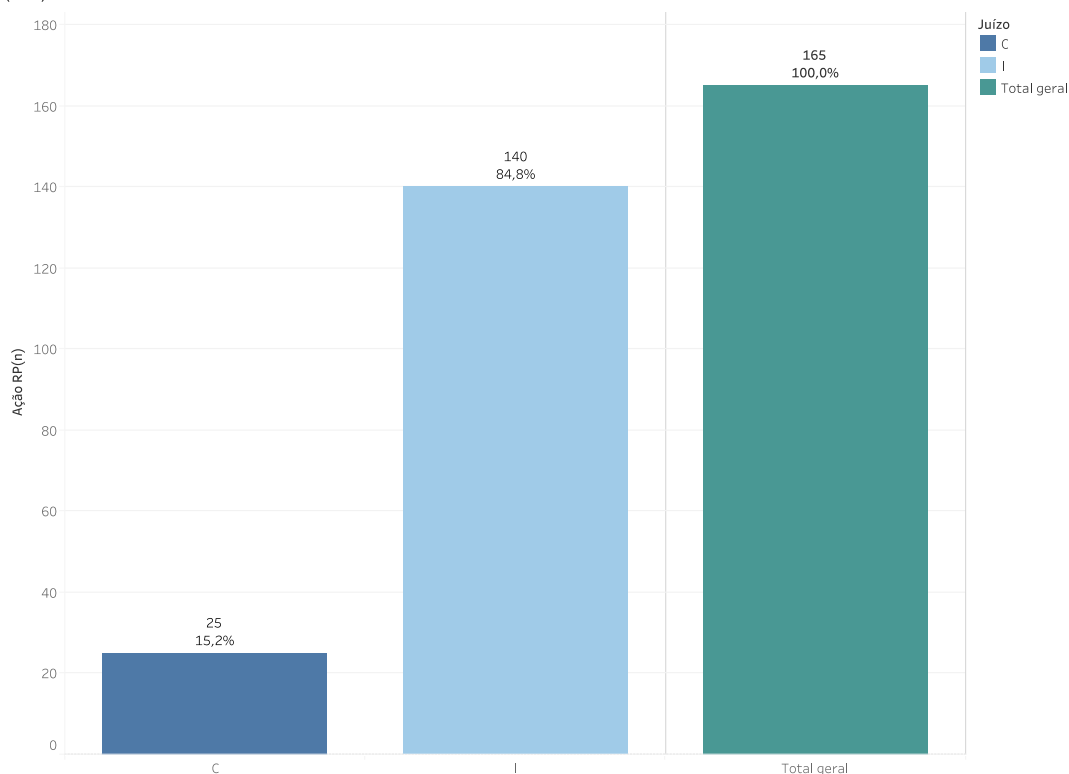
Fonte: elaborado pelo autor.

Vê-se, pois, que as representações tenderam a veicular um maior número de juízos de inconstitucionalidade do que o controle difuso, não apenas em valores nominais, como proporcionalmente. É o que fica mais evidente quando analisamos a relação entre “juízo” (C e I)¹¹⁴ e as representações, por meio do Gráfico 43.

Gráfico 43: RP x Juízo.

¹¹⁴ Nota-se que o juízo relativo às cautelares e às ações prejudicadas foi excluído da estatística.

(T14) RP X JUÍZO

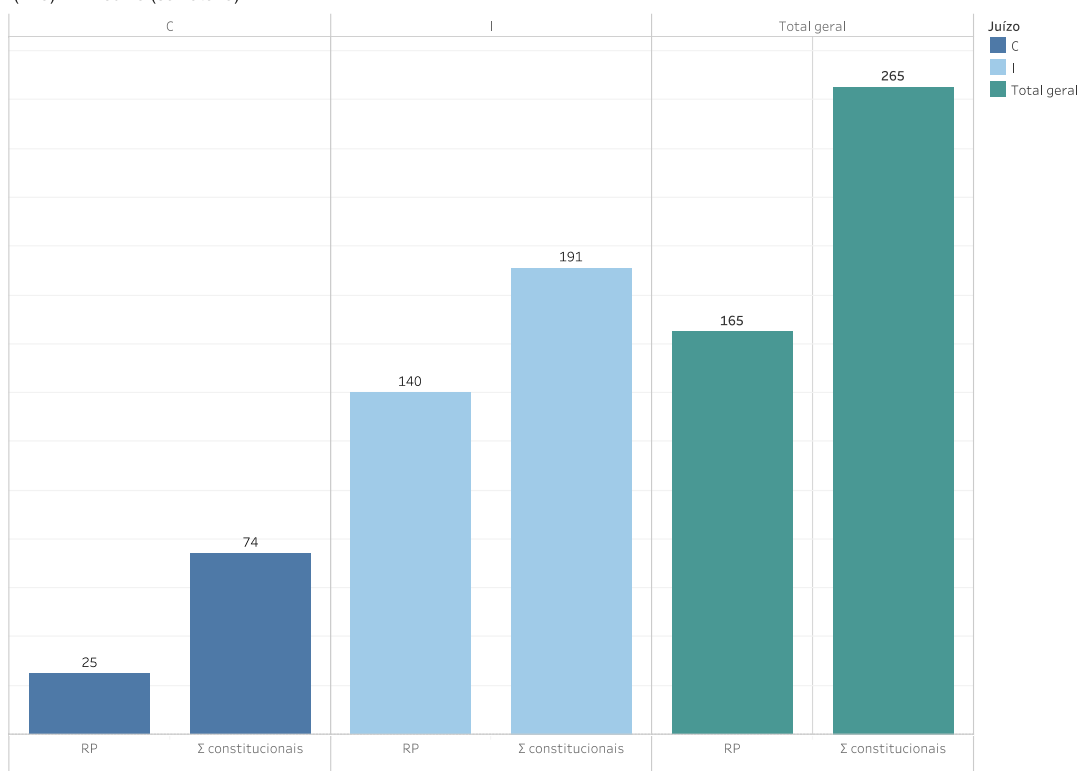


O Gráfico 43 demonstrou que, das 165 RP analisadas, 84,84% delas (140) veicularam normas julgadas inconstitucionais, enquanto apenas 15,2% (25) normas constitucionais. Já pelo Gráfico 44, detalhando o Gráfico 42, observa-se que, dos 191¹¹⁵ juízos de inconstitucionalidade proferidos pelo STF, 73,3% (140) se deram pela via da RP, enquanto das 74 normas julgadas constitucionais, apenas 33,78% (25) se deram pela via abstrata. Veja-se:

Gráfico 44: RP x Juízo (somatório).

¹¹⁵ Há duas ações – ACO e RCL – que não ficaram visíveis no Gráfico 42, por isso o número total é “191”.

(T15) RP x Juízo (somatório)

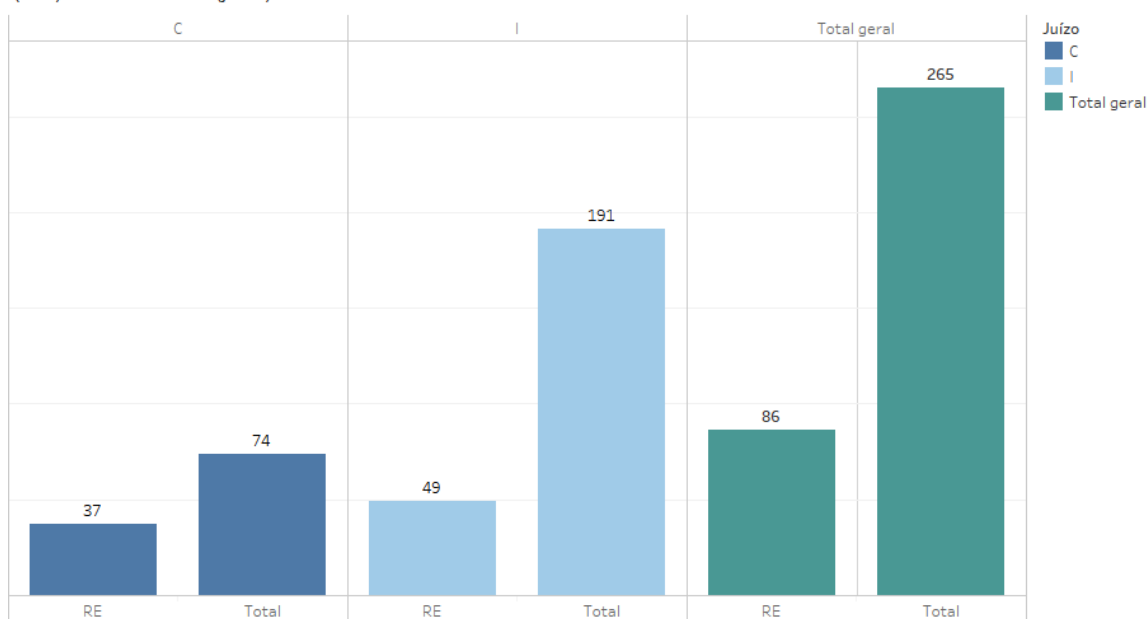


Fonte: elaborado pelo autor.

Fenômeno distinto se observa com o recurso extraordinário. O Gráfico 45 mostra que, dos 86 Recursos Extraordinários analisados, 43,02% (37) tiveram normas julgadas constitucionais, enquanto 56,97% (49) veicularam juízos de inconstitucionalidade de norma. Isso significa que, dos 74 juízos de constitucionalidade proferidos pelo STF, 50% deles (37) se deram em RE, enquanto dos 190 juízos de inconstitucionalidade apenas 49 deles (25%) foram veiculados pela via difusa. Veja-se:

Gráfico 45: RE x Somatório (juízo).

(T16) RE x Somatório (juízo)

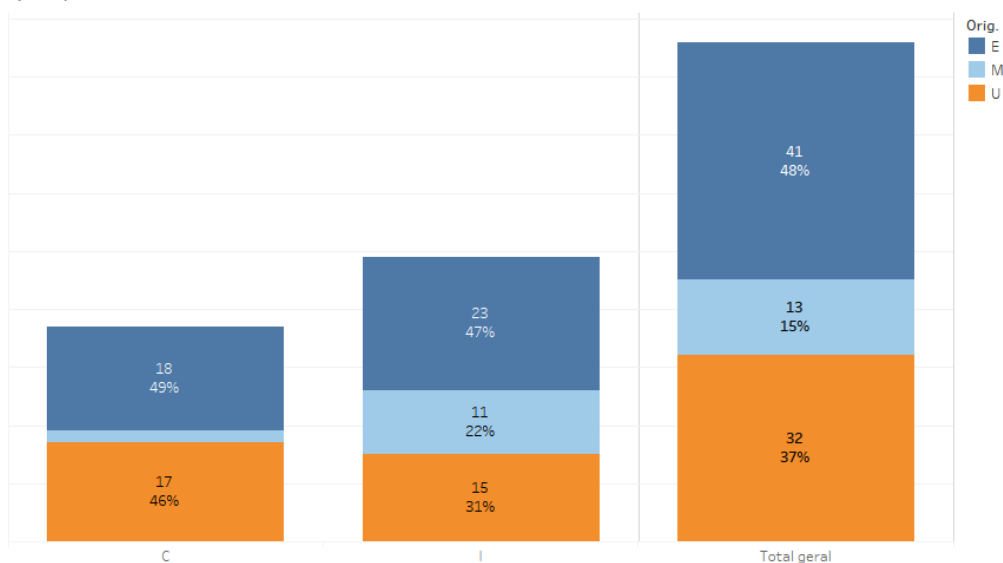


Fonte: elaborado pelo autor.

O Gráfico 46 apresenta as mesmas informações, mas acrescentando-se a origem da norma impugnada. Os juízos de constitucionalidade estão à esquerda; e o de inconstitucionalidade, no centro, enquanto as cores indicam se a legislação impugnada é federal, estadual ou municipal. Observa-se que, proporcionalmente, o juízo de constitucionalidade prevaleceu, em sede de RE, ao julgar normas da União, e o de inconstitucionalidade ao tratar de normas municipais. Veja-se

Gráfico 46: RE x Juízo x Origem.

(T17) RE x Juízo x Origem



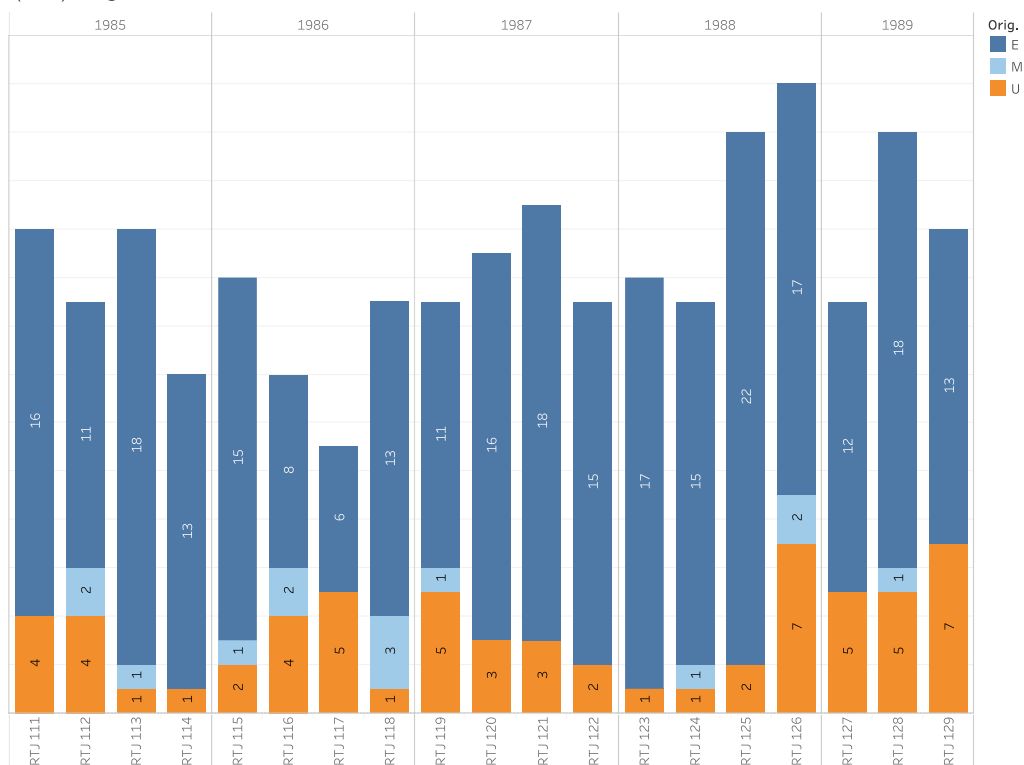
Fonte: elaborado pelo autor.

4.1.8 Tipo de ação/recurso e sua relação com a origem da norma impugnada

Os gráficos seguintes buscam relacionar o exercício do controle de constitucionalidade com o conflito federativo. O Gráfico 47 classifica os julgamentos do STF no período a partir da origem da norma impugnada, dividindo-os por RTJ. Veja-se:

Gráfico 47: Origem x RTJ.

(T18) Origem X RTJ

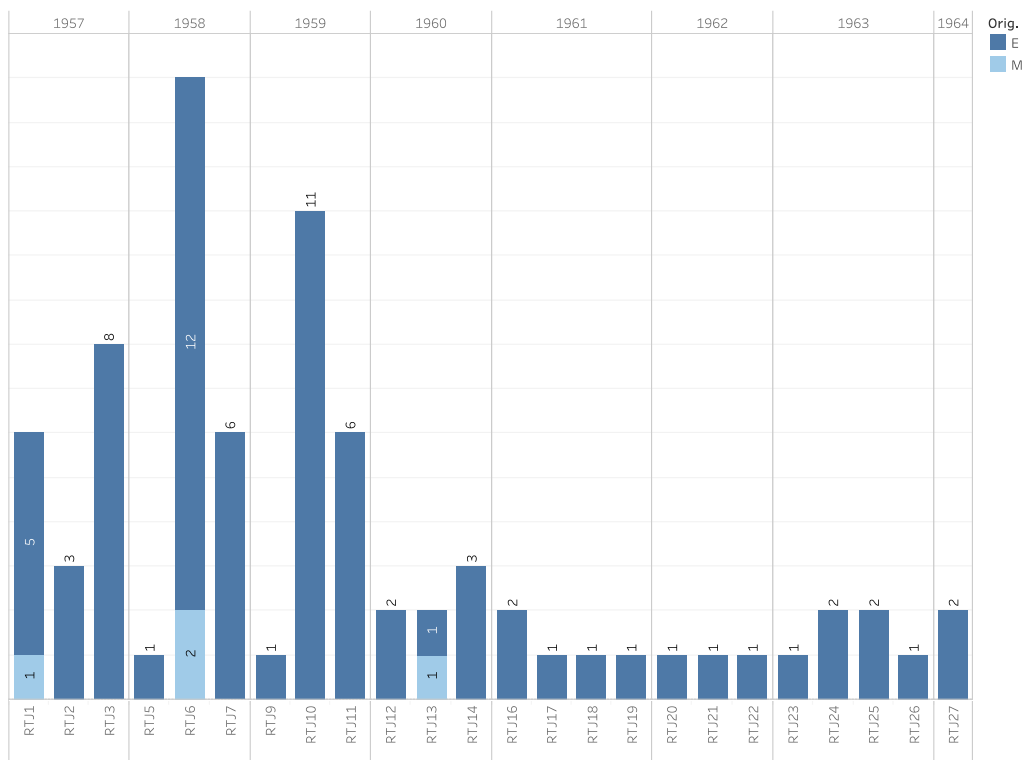


Fonte: elaborado pelo autor.

O Gráfico 48 apresenta o somatório dos julgados considerando todo o período. Mais uma vez, constata-se que o controle da atividade legislativa dos estados foi, de fato, o núcleo do exercício do controle de constitucionalidade pelo STF. Interessante notar, com o Gráfico 48, que o número de normas federais impugnadas teve uma pequena diminuição em relação a 1957-1964 (21,89%):

Gráfico 48: RP x Origem.

(T19) RP X Origem



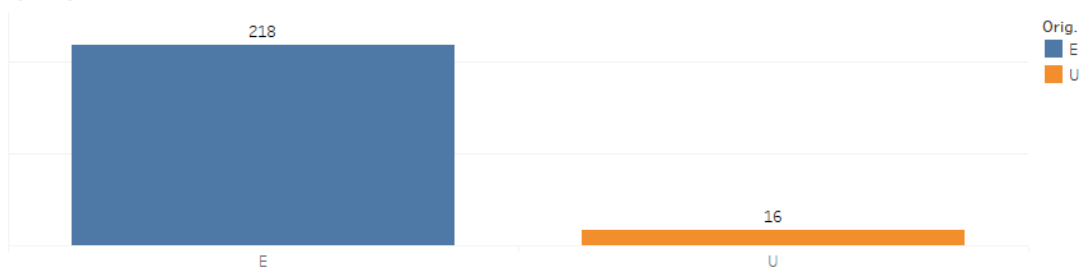
Fonte: elaborado pelo autor.

Essa diminuição, a princípio, não seria esperada, se considerarmos que as representações de inconstitucionalidade passaram a admitir normas federais, que não poderiam ser veiculadas em sede de representação interventiva. A redução se deu em razão da queda do número de recursos extraordinários e mandados de segurança julgados pela Corte, em relação ao primeiro período: de 150 RE (44,25% dos julgados) e 103 mandados de segurança (30,38% dos julgados), para 91 RE (25,71%) e 9 mandados de segurança (2,54%).

Ademais, o Gráfico 49 demonstra que as representações de inconstitucionalidade veiculavam, sobretudo, normas estaduais. Veja-se:

Gráfico 49: RP x Origem (2).

(T20) RP X Origem



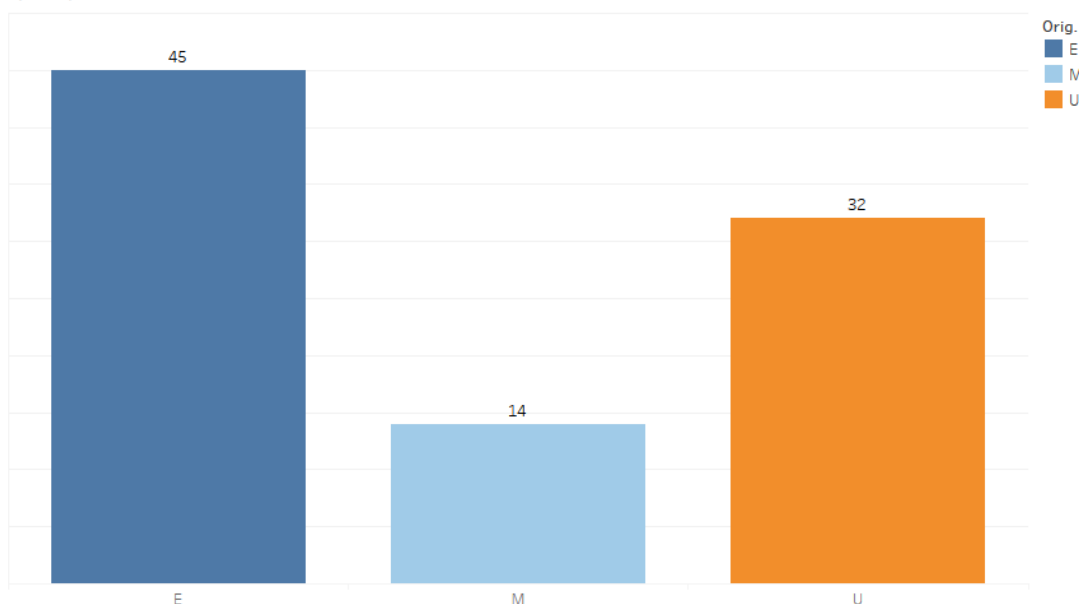
Fonte: elaborado pelo autor.

Como já adiantado, um dos fundamentos centrais utilizados pela doutrina majoritária para afastar a natureza abstrata e concentrada da representação interventiva centra-se em seu objeto, que seria voltado, apenas, ao estabelecimento de limites federativos aos estados. A realidade das representações de inconstitucionalidade, contudo, parece não ter sido diferente de sua antecessora, ainda que a análise aqui realizada seja feita apenas nos anos de 1985-1989.

O Gráfico 50, por outro lado, evidencia que o recurso extraordinário viabilizava uma maior “democratização” da origem da norma impugnada. Veja-se:

Gráfico 50: “RE” x Origem.

(T21) “RE” X Origem



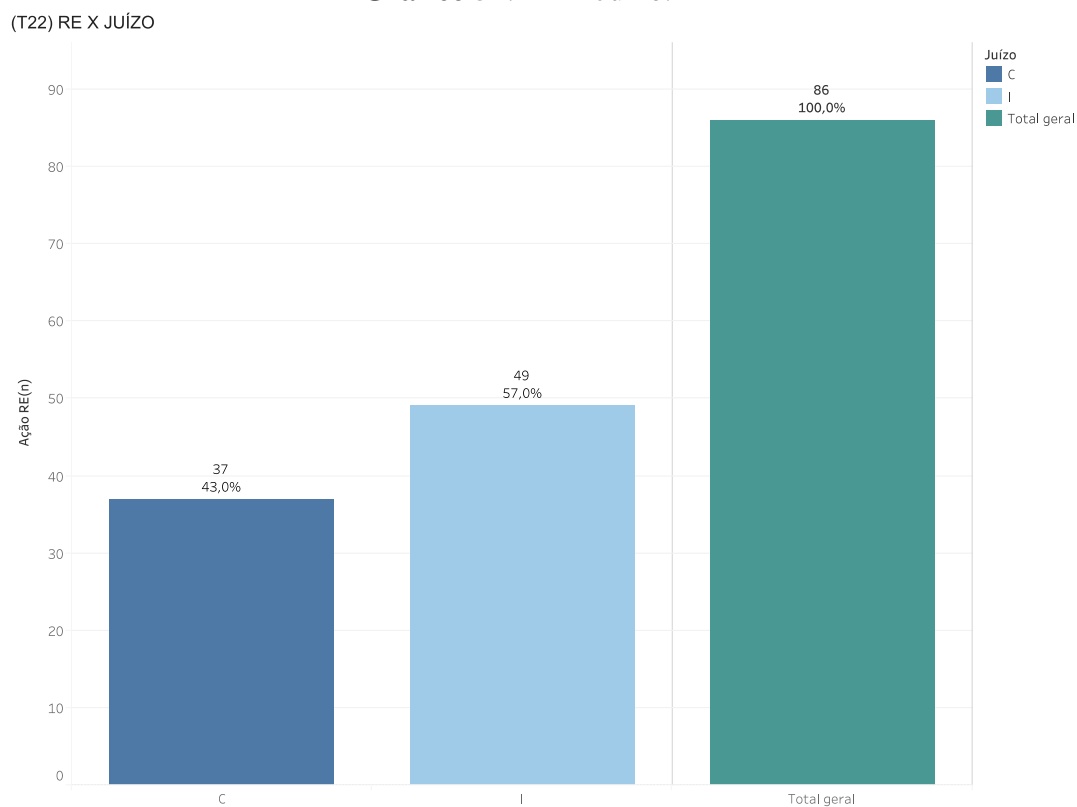
Fonte: elaborado pelo autor.

Vê-se, pois, que a maior proporção de julgados em sede de controle difuso, observada entre 1957-1964, foi mais relevante do que o surgimento da representação de inconstitucionalidade para a “democratização” da origem das normas impugnadas.

O Gráfico 51 explicita que o recuso extraordinário, diferentemente das representações,

veiculava juízos de constitucionalidade “balanceados”, de forma que o resultado do julgamento não apresentava a mesma previsibilidade da ação concentrada. Veja-se:

Gráfico 51: RE x Juízo.



Ação RE(n) para cada Juízo. A cor mostra detalhes sobre Juízo. As marcas são rotuladas por Ação RE(n) e % do total de Ação RE(n). A exibição está filtrada em Juízo, que mantém C e I.

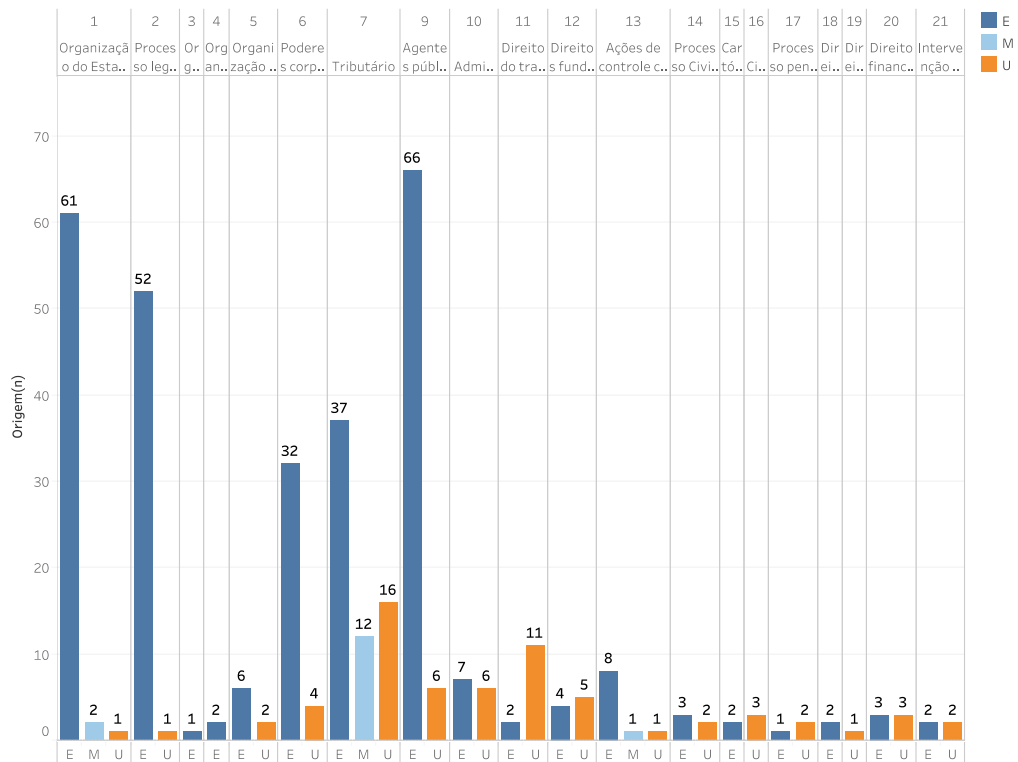
Fonte: elaborado pelo autor.

4.1.9 Qual a origem das normas considerando os temas tratados pelo STF?

O Gráfico 52 vincula a classificação dos temas apresentada no Gráfico 34 à origem das normas. Veja-se:

Gráfico 52: Tema x Origem (3).

(T23) Tema x Origem

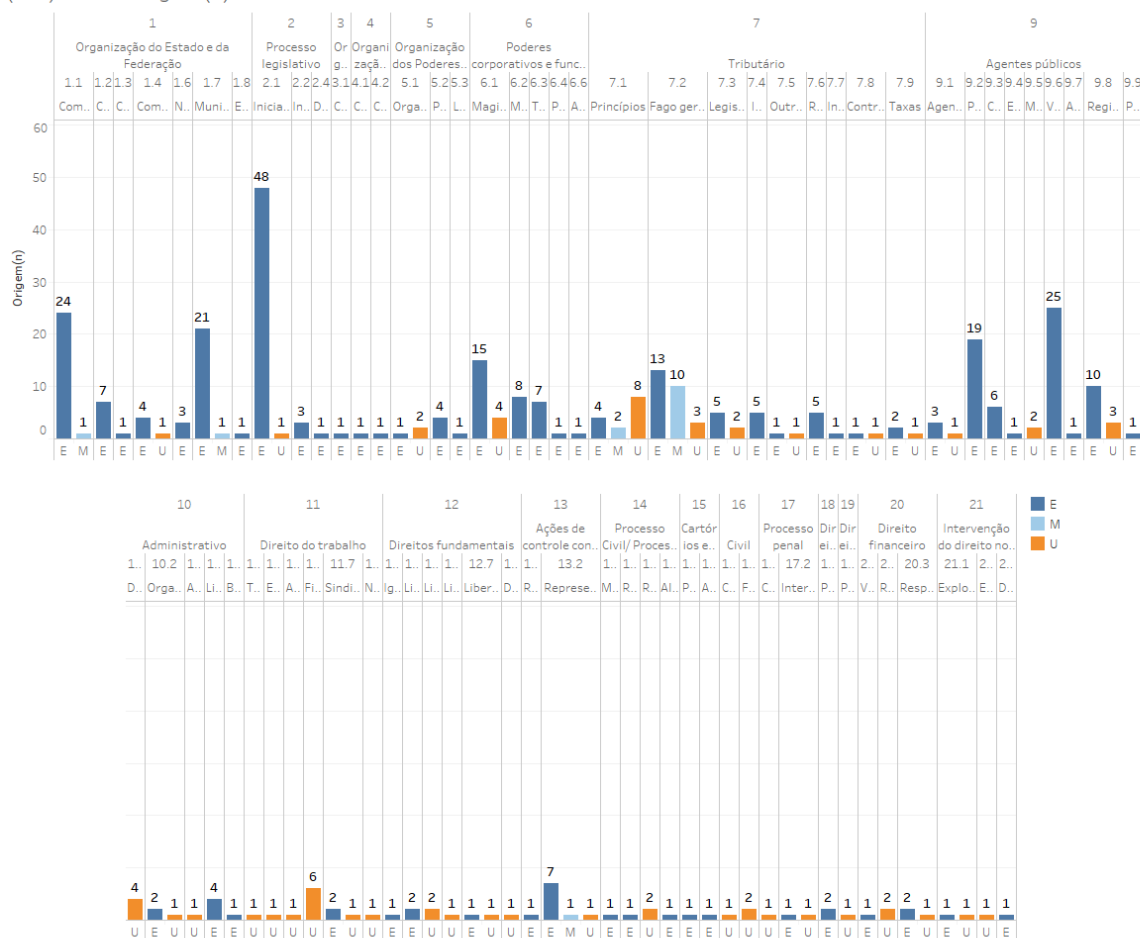


Fonte: elaborado pelo autor.

Utilizando-se os mesmos subníveis do Gráfico 35, é possível observar com mais detalhes a relação entre “tema” e “origem da norma”. Veja-se:

Gráfico 53: Tema x Origem (4)

(T24) Tema x Origem (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Assim, tratando-se dos temas mais relevantes em sede de controle de constitucionalidade, vê-se que a organização do Estado e dos Poderes é veiculada quase que exclusivamente por representação de inconstitucionalidade e tem como objeto normas estaduais. A Representação 1.513, única que tratou de norma federal, foi julgada prejudicada pelo STF, pela superveniência da Constituição de 1988¹¹⁶. Outro julgamento de norma da União, em controle abstrato, se deu já pela ADI, tendo o STF deferido cautelar para suspender norma que afrontava a autonomia do MP e do Judiciário. Por outro lado, as duas impugnações de normas municipais se deram pela via do recurso extraordinário¹¹⁷.

¹¹⁶ “REPRESENTAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL (EM TESE), FORMULADA PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, COM BASE NA C.F. DE 1967, COM AS EMENDAS 1/69 E 7/77. SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 5.10.1988, QUE ABOLIU O INSTITUTO. REPRESENTAÇÃO PREJUDICADA” (Rp 1513 QO, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/1988, DJ 25-11-1988 PP-31060 EMENT VOL-01525-02 PP-00303).

¹¹⁷ “1) TAXA DE RENOVAÇÃO ANUAL DE LICENÇA PARA FUNCIONAMENTO. PODER DE POLÍCIA. D.L. 6/75, DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. HIPÓTESE DE CONTRARIEDADE AO ART-18-I DA

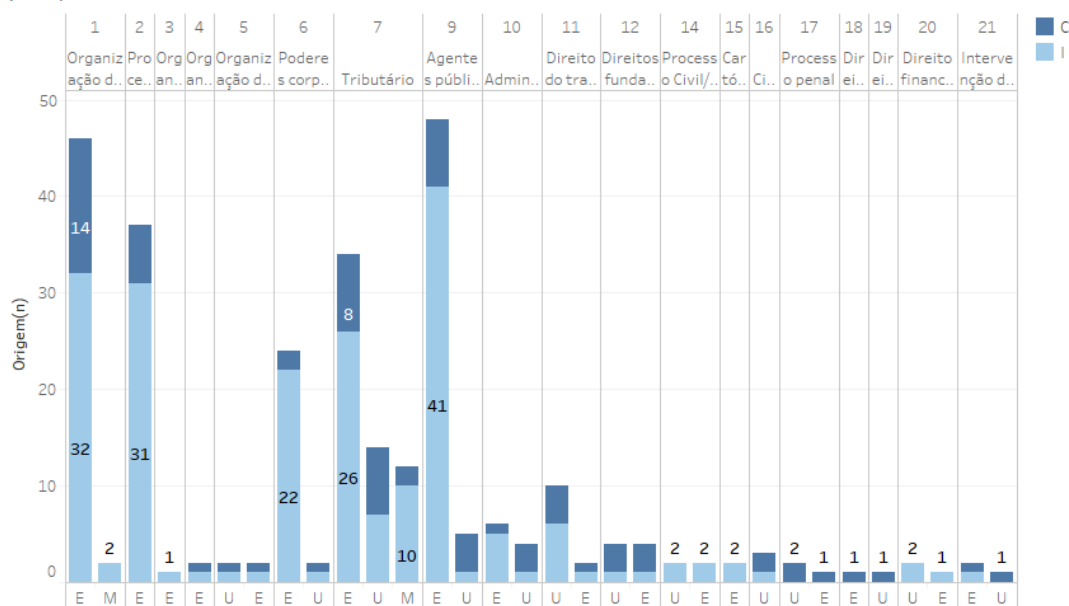
Confirma-se, pois, que a judicialização das disputas em torno da organização do Estado e dos poderes passa pela institucionalização das ações abstratas e concentradas. Ademais, por todos os ângulos que se analise o fenômeno, parece evidente que criação das representações de inconstitucionalidade ampliou o controle da União sobre os estados, não havendo razões para diferenciá-las, por esse critério, das representações interventivas.

4.1.10 Há influência no juízo proferido pelo STF a depender do tema e da origem da norma?

No Gráfico 54, busca-se enfatizar o juízo de constitucionalidade proferido pelo STF, a partir das variáveis “origem da norma” e o “tema”. Em outros termos, tratando a Corte de organização do Estado, haveria variação no julgamento a depender da origem da norma? Note que o azul claro representa o juízo de inconstitucionalidade e o escuro o de constitucionalidade:

Gráfico 54: Tema x Origem x Juízo (2).

(T25) Tema x Origem x Juízo



Fonte: elaborado pelo autor.

4.1.11 Dentro de um mesmo tema, como variou o juízo de constitucionalidade a depender da ação/recurso apreciado?

O Gráfico 55 busca analisar, a partir da classificação dos temas, como foram os juízos

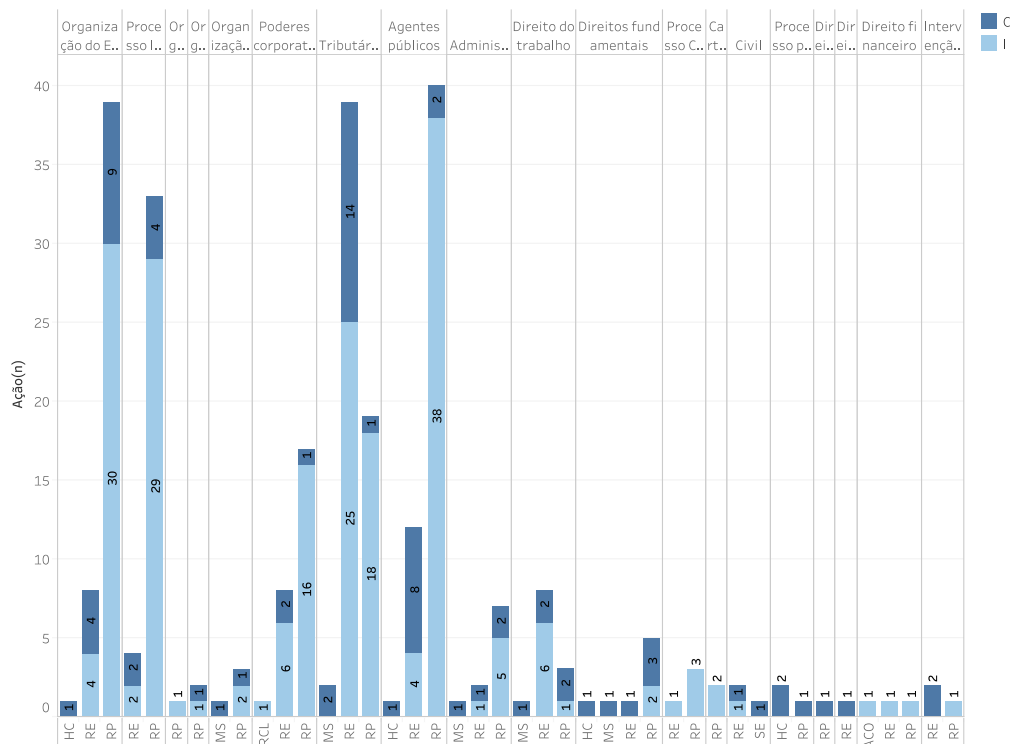
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO” (RE 104952, Relator(a): FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/1985, DJ 13-09-1985 PP-15460 EMENT VOL-01391-04 PP-00735 RTJ VOL-00115-03 PP-01379). 2) RE 112044 ANO-1989 UF-PB TURMA-02 Min. CÉLIO BORJA DJ 28-04-1989 PP-06298 EMENT VOL-01539-03 PP-00415 RE 224971 ANO-1999 UF-PI TURMA-01 Min. SYDNEY SANCHES N.PÁG-008 DJ 22-10-1999 PP-00082 EMENT VOL-01968-04 PP-00832).

de constitucionalidade prolatados pelo STF a depender da ação/recurso. Veja-se

Gráfico 55: Tema x Ação x Juízo (2).

(T26) Tema x Ação x Juízo

Exceto Juízo (N)



Fonte: elaborado pelo autor.

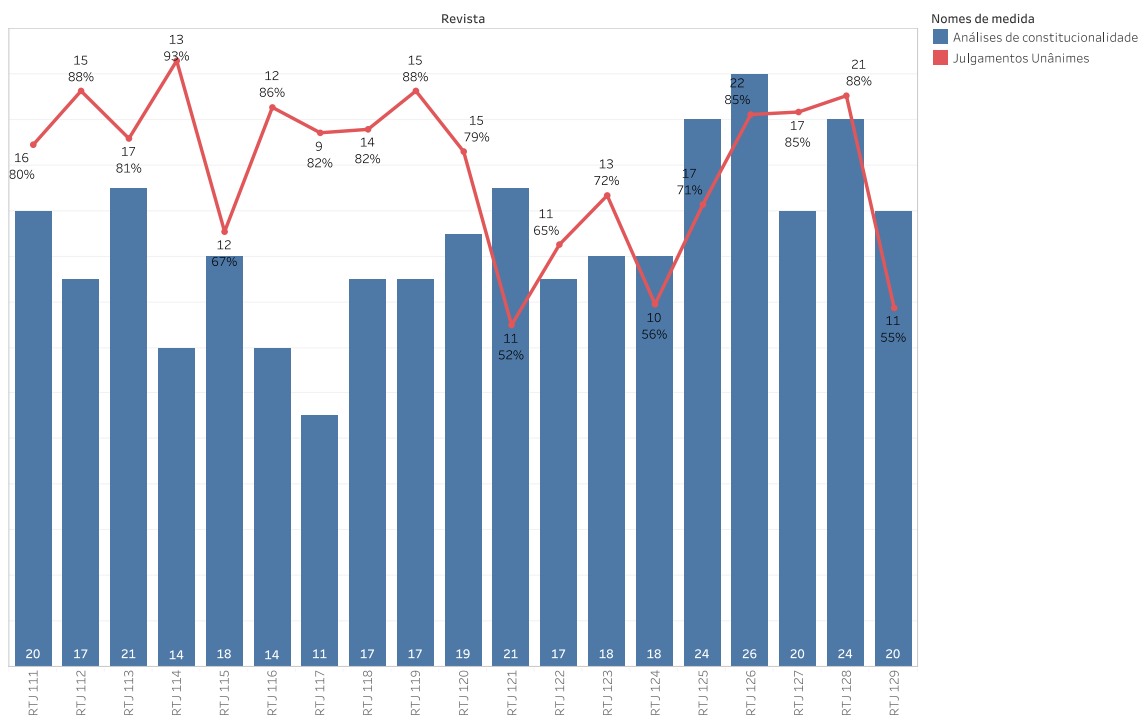
Vê-se, pois, mais uma vez, que as representações de inconstitucionalidade eram ações mais “seguras” quanto ao seu resultado, pois eram, em sua grande maioria, julgadas procedentes, sobretudo em se tratando de organização dos poderes e do Estado.

4.1.12 Qual a porcentagem de julgados unânimes?

Interessante notar que o STF, no período analisado, também deliberou prioritariamente de forma unânime, como demonstra o Gráfico 56, que analisa a variação de julgamentos unânimes por *RTJ*:

Gráfico 56: Unânicos x RTJ.

(T27) Unânicos x RTJ



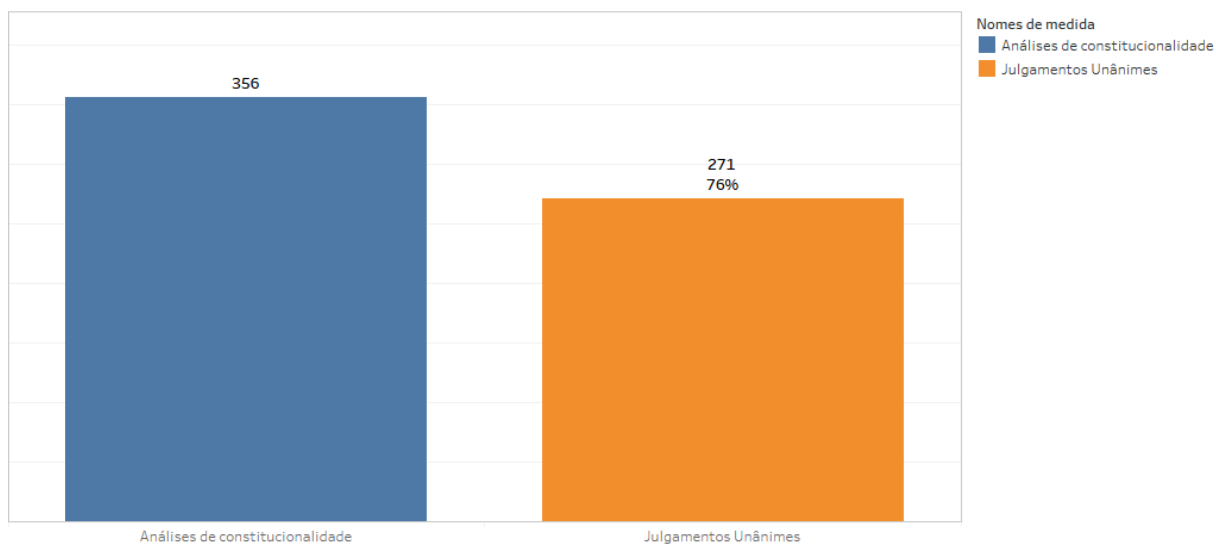
Fonte: elaborado pelo autor.

Observa-se que, nas *RTJ* de 1989, em que muitos julgados se deram sob a vigência da Constituição de 1988, a quantidade de julgados unânicos reduziu.

Tratando-se de números absolutos, foram 271 julgados unânicos em 356 analisados. Veja-se o Gráfico 57:

Gráfico 57: Unânicos x Total.

(T28) Unânicos x Total



Fonte: elaborado pelo autor.

4.2 Diferenças e continuidades entre as Representações interventivas e as de inconstitucionalidade

4.2.1 A continuidade do *habitus*¹¹⁸ restritivo oriundo da teoria neopositivista de direito: a excepcionalidade na invalidação de normas; a noção de sistema centrada na lei a ser interpretada pelo Judiciário

O exercício do controle de constitucionalidade, pelo STF, entre 1985-1989, pode ser observado por um duplo aspecto. Em primeiro lugar, permanece a crença na excepcionalidade do controle de constitucionalidade de normas oriundas do Parlamento (ou do Executivo). Pela via incidental, o remansoso princípio de que só se declara inconstitucional uma norma quando necessário para o julgamento da causa permanece na Corte¹¹⁹. Mas, ainda em sede de representação de inconstitucionalidade, a excepcionalidade é a regra, em razão dos mesmos fundamentos utilizados no período 1957-1964: a natureza política da esfera normativa. Veja-se:

Com efeito, o controle da inconstitucionalidade das leis em tese, ainda quando deferido – como sucede no Brasil – ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre com o controle incidenter tantum (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América do Norte, independentemente de texto constitucional que

¹¹⁸ Importante, no presente tópico, relembrar como o conceito de *habitus* se relaciona ao de espaço social, distinção e capital social, segundo Bourdieu (2010, p. 19-20, grifos nossos): **“O espaço social é construído de tal modo que os agentes ou grupos são aí distribuídos em função de as posições nas distribuições estatísticas de acordo com os dois princípios de diferenciação** que, em sociedades mais desenvolvidas, como os Estados Unidos, o Japão ou a França, são, sem dúvida, os mais eficientes – o **capital econômico e o capital cultural. Segue-se que os agentes têm tanto mais em comum quanto mais próximos estejam nessas duas dimensões**, e tanto menos quanto mais distantes estejam nelas. As distâncias espaciais no papel equivalem distância’s sociais. Mais precisamente, como expressa o diagrama de *La Distinction*, no qual tentei representar o espaço social, os agentes são distribuídos, na primeira dimensão, de acordo com o volume global de capital (desses dois tipos diferentes) que possuem e, na segunda dimensão, de acordo com a estrutura de seu capital, isto é, de acordo com o peso relativo dos diferentes tipos de capital, econômico e cultural, no volume global de seu capital. (...) De maneira mais geral, **o espaço de posições sociais se retraduz em um espaço de tomada de posições pela intermediação do espaço de disposições (ou do *habitus*)**; ou, em outros termos, ao sistema de separações diferenciais, que definem as diferentes posições nos dois sistemas principais do espaço social, corresponde um sistema de separações diferenciais nas propriedades dos agentes (ou de classes construídas como agentes), isso é, em suas práticas e nos bens que possuem. **A cada classe de posições corresponde uma classe de *habitus* (ou de *gostos*) produzidos pelos condicionamentos sociais associados à condição correspondente e, pela intermediação desses *habitus*** e de suas capacidades geradoras, um conjunto sistemático de bens e de propriedades, vinculadas entre si por uma afinidade de estilo”.

¹¹⁹ “ICM. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR VIOLAÇÃO DO § 5º DO ARTIGO 23 DA CARTA MAGNA, DE REDUÇÃO DE BASE DE CALCULO DE ICM, EM RAZÃO DE DESTINAÇÃO DA MERCADORIA. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE OFENSA AO REFERIDO PRECEITO CONSTITUCIONAL, PORQUE A NORMA INQUINADA DE INCONSTITUCIONAL NÃO ERA A APLICAVEL AO CASO, MAS, SIM, A OUTRA QUE NÃO PADECE DESSE VÍCIO, POR NÃO ESTABELECE A REDUÇÃO QUE SE ALEGA SER DISCRIMINATORIA. SÓ SE EXAMINA 'INCIDENTER TANTUM' QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI QUANDO A NORMA TIDA COMO INCONSTITUCIONAL DEVE SER APLICADA AO CASO CONCRETO, E NÃO QUANDO A ESTE, ENTRE DUAS NORMAS DAS QUAIS UMA SOMENTE É INQUINADA DO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE, A QUE DEVE SER APLICADA E A OUTRA, POR PREVER A HIPÓTESE QUE NELE SE CONFIGURA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO” (RE 107736, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 31/03/1987, DJ 24-04-1987 PP-07195 EMENT VOL-01458-02 PP-00220).

o consagrasse expressamente), ínsito à atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao Judiciário), mas ato de natureza eminentemente política, uma vez, por ele, se julga, diretamente e em abstrato – a validade de atos dos outros Poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo), em face dos preceitos constitucionais a que todos os Poderes devem guardar obediência. Por isso mesmo, Willoughby (*The Supremo Court of the United States*, p. 36, Baltimore, 1890), fez esta advertência: *‘Every act of the legislature is presumably valid. Its constitutionality can be tested only when brought before the court in a specific case. The court neve goes to meet a law, nor anticipates its execution by an opinion as to its constitutionality. The court is brought into the political arena, independently of its own will. It djudges the law only because it is obliged to judge the case’* (BRASIL, 1988, p. 622).

A crença do direito como um sistema normativo centrado na diferenciação entre o Legislativo, que cria as leis, e o Judiciário, competente para interpretá-las, parece, também, ser a tônica do momento em análise. A comprovação dessa assertiva fica mais evidente se compararmos como o STF enfrentou matérias semelhantes em 1985 e em 2019.

Em 1985, como em toda a década de 1980, o Brasil enfrentava problema crônico de inflação, o que fez com que os critérios de atualização dos débitos devidos pela Fazenda aos particulares fossem com frequência submetidos ao STF. Em sede de recurso extraordinário, a Corte ressaltou que seu papel seria o de aplicar a norma vigente – no caso, as obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN’s), não podendo construir interpretação não prevista pelos órgãos políticos, ainda que se gerassem danos inegáveis e inestimáveis aos particulares. Veja-se:

ART. 117 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SEQUESTRO DE RENDAS MUNICIPAIS PARA ATENDER A CONDENAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA DE PRECATORIO - EM ORTNS - EMBORA PAGO ESTE, REGULARMENTE, NO VALOR SINGELO, EM CRUZEIROS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 117 DA CF, EM FACE DA INFLAÇÃO, DA FIXAÇÃO DO VALOR EM ORTN'S E DAS ATUALIZAÇÕES. PRETERIÇÃO INOCORRENTE NO DIREITO DE PRECEDENCIA. SOLUÇÃO NO QUADRO JURÍDICO VIGENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(RE 103662, Relator(a): Min. OSCAR CORRÊA, Primeira Turma, julgado em 22/10/1985, DJ 14-11-1985 PP-20568 EMENT VOL-01400-01 PP-00169)

A argumentação centrada “no quadro jurídico vigente” parece, hoje, solução anacrônica no STF. Enfrentando questão semelhante, mas em ambiente de relativa estabilidade monetária, em que as perdas dos particulares são provavelmente muito menores, a Corte julgou inconstitucionais os critérios adotados pela Lei 9.494/97 para atualizar os débitos da Fazenda. O argumento utilizado foi que a taxa referencial (TR) não resguardava o direito de propriedade dos particulares, a razoabilidade e a isonomia, devendo, pois, ser usado o IPCA. Veja-se:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA

UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. **VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.**

(...)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 870.947 SERGIPE Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 20/09/2017. Publicação: 20/11/2017.

Vê-se que o STF utiliza fundamentos distintos, quase opostos, na construção de sua legitimidade para o exercício da jurisdição constitucional.

4.2.2 A representação de inconstitucionalidade: entre a representação interventiva e a Constituição de 1988

A positivação da representação de inconstitucionalidade parece ter facilitado o exercício da jurisdição abstrata pelo STF, em relação à representação interventiva. O parâmetro de constitucionalidade se ampliou; a disciplina do instituto ficou mais madura; a desvinculação da declaração de inconstitucionalidade à intervenção federal retirou os riscos de grave crise institucional decorrente do juízo de inconstitucionalidade. O diálogo doutrinário internacional, igualmente, parece ter se dado de forma mais frequente – o que se observa, por exemplo, a partir das influências alemã e austríaca, berços importantes do controle abstrato, citadas com frequência por Moreira Alves. Institutos existentes no período de 1957-1964, mas pouco utilizados, passaram a compor o cotidiano da Corte, como a interpretação conforme¹²⁰ o deferimento de cautelares, como visto no Gráfico 38.

Essa sofisticação do controle abstrato pressupõe e é resultado dessa ampliação da universalização da crença desse novo papel do Judiciário de gerir questões fundamentais ao Estado. Entre 1985-1989, o STF operacionalizou, essencialmente, os interesses do Executivo

¹²⁰ Sobre a interpretação conforme no período observado, veja-se a Rp 1417, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1987, DJ 15-04-1988 PP-08397 EMENT VOL-01497-01 PP-00072. Já no período 1957-1964, no AIRE 48.067, SP, Victor Nunes Leal propõe a sua aplicação, ainda que não utilize o seu *nomen iuris*. Veja-se: “Por estas razões, peço vênua, com o máximo apreço, ao eminente Relator, para não declarar inteiramente inválido o artigo 81, mas para interpretá-lo no sentido da questionada igualdade de vencimentos como norma supletiva, que vigora na ausência de lei em contrário. Quer dizer, se a lei não dispuser em contrário, subsiste a igualdade. Mas o legislador estadual não fica impedido de decretar vencimentos diferentes para o Ministério Público em relação à magistratura estadual. Interpreto o artigo 81 da Constituição como não cerceando os poderes do Legislativo. Não dou ao Poder Legislativo a faculdade de emendar a Constituição, mas interpreto esse dispositivo como não valendo contra o Poder Legislativo, porque, se assim o fosse, ofenderia a Constituição Federal. Tem ele caráter apenas supletivo” (BRASIL, 1963, p. 132).

Federal – ainda que tenha havido inevitáveis conflitos. Com a Constituição de 1988, a crença na “abstrativização” tomará outra dimensão, o que pressuporá o desenvolvimento do discurso da autonomia do Judiciário e de seus órgãos afetos.

4.2.3 O deslocamento do controle abstrato de excepcional intervenção do direito na política para a quintessência da salvaguarda constitucional

Poucas crenças são tão arraigadas na prática judicial e nos manuais de direito como a existência de “ações abstratas”: “uma demanda sem partes, em que se tutela a regularidade do direito objetivo”. Muitos dos institutos diariamente aplicados pelo STF decorrem dessas premissas, como a impossibilidade da desistência da ADI, a inexistência de recursos ou a limitação às intervenções de terceiro.

Contudo, seria fácil demonstrar não apenas que essa crença é desconectada da prática, como, sobretudo, as premissas ideológicas da teoria que a fundamentam são insustentáveis. No regime das representações interventivas, os interessados requeriam ao procurador-geral da República o ajuizamento da ação, assim como na vigência da representação de inconstitucionalidade. A demanda somente seria apresentada, portanto, se a autoridade tivesse acesso ao PGR e se ele se dispusesse a interpô-la. A ampliação da legitimidade para a sua propositura evidencia que as normas são impugnadas apenas quando há o interesse dos legitimados¹²¹, que representam uma pequena parcela da população. Não parece difícil imaginar que a Federação Brasileira de Bancos – Febraban não ajuizará ação para beneficiar empregados, dada sua preocupação com a ordem objetiva. Tampouco que uma Corte majoritariamente conservadora autorizará a realização do aborto ou protegerá direitos trabalhistas.

Não interessa a esta tese, contudo, demonstrar o evidente caráter não apenas parcial, como seletivo¹²² das ações concentradas. De outro modo, busca-se observar a trajetória do

¹²¹ Nesse sentido, afirmam Costa e Benvindo (2014, p. 79, grifo nosso): “A questão a ser enfrentada é a dos processos de seletividade a partir dos quais são definidos os interesses que serão tutelados por meio do controle concentrado. Atualmente, há uma forte seletividade em termos de agentes legitimados (que fortalece o controle federativo e o corporativo), combinado com uma seletividade nas decisões judiciais (que privilegiam o controle formal e o material baseado em regras de estrutura administrativa, e não na eficácia dos direitos fundamentais). Assim, o problema fundamental não é de eficiência nem de celeridade, pois importa pouco saber quantos pedidos serão julgados e quando eles serão decididos, quando existe um comprometimento estrutural do sistema com redes de seletividade que contribuem para um esvaziamento das ADIs como forma de efetivação de direitos fundamentais e de garantia dos interesse público. De pouco adianta concentrar os esforços legislativos, administrativos e jurisprudenciais na conquista de uma maior eficácia, quando **o problema fundamental do sistema de controle concentrado está nas formas perversas de seletividade que ele engendra**”.

¹²² Nesse sentido, afirmam Costa e Benvindo (2014, p. 18) que: “Nenhuma ADI é movida porque determinado ato é inconstitucional, visto que é preciso que exista o interesse político de algum dos legitimados no sentido de excluir a norma do sistema. Uma norma inconstitucional pode permanecer fora do sistema de controle concentrado simplesmente porque os interessados em sua anulação não conseguiram (ou não tentaram) mobilizar os legitimados

discurso de legitimação das ações abstratas na jurisprudência do STF, em que uma ação até então reconhecida como de caráter político e, portanto, excepcional ao Judiciário, passa a representar a quintessência da efetividade da Constituição, tornando toda e qualquer norma passível de controle pelo Supremo.

Como visto, no primeiro período observado, entre 1957-1964, ministros demonstravam um misto de estranhamento com o instituto, cuja natureza abstrata o tornava “político”, com elogios à novidade, pela importância de se controlar a regularidade da aplicação das leis. Gilmar Mendes, novamente no RE 92.169, reconhece que o STF, à época, considerava que sua decisão era uma solução “legislativa ou quase legislativa”, que viria a ser a decretação da “não vigência de uma lei”. Cita, nesse sentido, interessante passagem de Aliomar Baleeiro, ministro do STF nomeado pelo ato ditatorial número 2 (AI-2), de Castelo Branco, em que o jurista afirma expressamente se tratar de uma medida política, como o *impeachment*. Veja-se:

(...) **não é uma ação, no sentido clássico, genuíno do Direito Processual. Para mim é uma instituição de caráter político, à semelhança do *impeachment***, que, por mais que queiramos por dentro do Processo Penal, não é processo penal. É uma medida política, pouco importando que ela adote alguns ingredientes processualistas, como há exemplo do Direito Administrativo, que se socorre de recursos do Direito Comercial ou Civil, a mesma coisa fazendo o Financeiro em relação ao Direito Privado’ (BRASIL, 1983, p. 1112-1113).

Diversos julgados já citados reforçam a crença dos ministros no caráter político da atuação da Corte nos períodos observados, notadamente entre 1957-1964. Mas, com o desenvolvimento da teoria em torno da representação de inconstitucionalidade, já se observa como o tribunal vai construindo um repertório argumentativo que lhe permite se apropriar, pelo menos com mais desenvoltura, da esfera normativa, ainda que não se deixe de reconhecer o seu viés político. Veja-se:

Premissa vênica é a **representação, ‘ação’ sem réu, simplesmente em virtude de que não há estado jurídico a se modificar, isto porque a lei ou ato inconstitucional não adquiriu eficácia** (sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade confira-se a lição de BUZAID – Cap. XI da consagrada obra ‘Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro (...)’ Sua nulidade preexistirá a qualquer relação jurídica pretensamente constituída sobre seus pilares. Desde que o ‘o direito de ação é atribuído ao titular de um interesse em conflito com o interesse de outro’ (Amaral Santos), ninguém tem direito de ação declaratória de inconstitucionalidade, **porque o exame de constitucionalidade precede ao de qualquer pretensão resistida**. A titularidade singular da ação é constitucionalidade deferida ao Procurador-Geral da República e tem por finalidade única **manter o equilíbrio entre os Poderes Políticos do Estado e a preservação de suas instituições**. Não visa a composição de pretensões subjetivas.

(...)

É de se considerar que a representação, ação constitucional que é, regulada no

para propor uma ação nesse sentido. Por mais que o controle concentrado envolva uma análise em abstrato da norma impugnada, não podemos perder de vista que este sistema somente pode ser movido quando há um interesse concreto dos agentes legitimados para invocar essa forma de controle”.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e não no Código de Processo Civil, é um tipo de procedimento especialíssimo que antecede as relações jurídicas e, portanto, às pretensões e suas oposições. **Busca preservar o regime de legalidade, repudiando as leis contrárias ao direito.** Se a norma jurídica for declarada inconstitucional, as relações jurídicas não podem se constituir e todas as que se constituíram sob a sua égide são nulas, não havendo conflito de interesse a dirimir-se. **A questão se mantém no campo político, atuando os poderes no zelo à integridade da Carta para a própria sobrevivência do Estado,** sem prejuízo de se reconhecer que, também nesse proceder, exerce a mais alta Corte do País a função jurisdicional que lhe é, constitucionalmente, deferida com exclusividade” (Relator, 23-34) (BRASIL, 1985, p. 23-24, grifos nossos).

A crença em uma ação “sem partes”, em que não há “interesse em jogo”, mas apenas a preocupação legítima do sistema jurídico com a ordem constitucional, cumpre papel determinante para essa apropriação. Como explicado por Néri da Silveira (BRASIL, 1985), “a questão se mantém no campo político”, mas busca “preservar o regime de legalidade”, o “equilíbrio entre os poderes”. Com efeito, são as próprias instituições constitucionais que legitimam esse deslocamento de decisões políticas ao sistema jurídico.

A jurisprudência da Corte pós-Constituição de 1988 desenvolverá, e fará prevalecer, a teoria do “processo sem partes” a ponto de neutralizar o outro lado da moeda, até então indissociável do controle abstrato: o caráter político da atuação normativa do Judiciário. Incontáveis relações sociais fazem emergir a tutela objetiva da ordem constitucional, mas uma mudança, em especial, representa e constitui essa nova realidade: a crença no papel autônomo do Ministério Público.

Sob a égide da carta ditatorial de 1967/69, afirmava Gilmar Mendes que o “(...) Procurador-Geral da República não é *dominus litis*, no sentido clássico do termo, mas o órgão político incumbido pela Constituição de desencadear processo de fiscalização abstrata de normas” (2005, online). Já a Constituição de 1988, e sua crença depositada no sistema jurídico, atribuiu ao *parquet* a função de “garantir a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

O ministério público, como toda e qualquer instituição, é, por definição, parcial. Defende interesses corporativos próprios, tem seus quadros selecionados a partir de processo extremamente excludente que, pelos altíssimos salários, compõem classe social muito específica, que pouco dialoga com o restante da população. O apagamento da inexorável parcialidade do órgão, que se torna “defensor da ordem jurídica”, compõe e ajuda a explicar a neutralização que o sistema jurídico confere ao controle abstrato. Em outros termos, a revolução simbólica operada no campo do direito, que deslocou o controle abstrato de um viés político para o núcleo de atuação do STF, está atrelada e impulsiona a crença da “neutralização” do ministério público – e mesmo os demais órgãos que compõem as funções essenciais à justiça

(Capítulo IV, título III, Constituição Federal).

Os próximos capítulos buscarão demonstrar como se deu essa transição na prática discursiva do STF, em que o controle abstrato deixa de se justificar como uma atuação excepcional da Corte no âmbito político para se tornar o principal instrumento de proteção à “máxima efetividade da Constituição”.

5 DA EXCEÇÃO À REGRA: A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DA LEGITIMIDADE DO CONTROLE ABSTRATO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

5.1 O mandado de injunção abstrativista como representação do novo fundamento de legitimidade utilizado pelo STF para atuar na esfera normativa

5.1.1 O *writ* como um ponto de observação privilegiado da relação entre direito e política

Entre 2006 e 2007, o STF promoveu alteração jurisprudencial em sede de mandado de injunção com enorme repercussão no meio jurídico. Meu interesse pelo que ficou consolidado nos manuais de direito como “tutela objetiva da ordem constitucional” surgiu dessa série de julgados, tendo minha dissertação de mestrado tratado sobre o tema (SILVA, L., 2016). Busquei demonstrar que a construção doutrinária e jurisprudencial que ainda hoje prevalece sobre o *writ* não apenas não é correta, como se insere e contribui para a construção da crença na inexorabilidade do que chamei do paradigma da “abstrativização”. Em síntese, o Supremo não adotou a teoria concretista individual, como regra, e a concretista geral, como exceção, como sustenta a maioria dos doutrinadores e o próprio STF. Em todos os julgamentos da Corte, a natureza da decisão é abstrata, o que está em consonância com a tendência do Tribunal de se afastar do julgamento de casos concretos e se centrar no controle e na produção de atos normativos.

O interesse em se demonstrar a alteração jurisprudencial no mandado de injunção decorre de sua natureza: a omissão constitucional é o ponto de tensão mais evidente entre a política e o direito, uma vez que o STF não se limitará a interpretar uma norma, mas deverá construir (ou não) solução para o caso. Com efeito, **o discurso utilizado para legitimar sua atuação na ordem objetiva é mais facilmente observável, tornando essa tendência à abstrativização, da qual o *writ* é apenas um capítulo, mais evidente.**

5.1.2 O mandado de injunção na ANC e no STF

O mandado de injunção cumpriu papel relevante na Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Foi importante catalizador das disputas em torno do poder que se deveria atribuir ao Judiciário para efetivar direitos, colocando em questão, em última análise, o tipo de Estado positivado na Constituição – de bem-estar social ou liberal.

Nesse sentido, segundo Ulisses Guimarães, presidente da ANC, uma das metas da Assembleia foi a redefinição do equilíbrio entre os Poderes, marcado por excessiva

concentração de atribuições no Executivo¹²³. Para o deputado, esperava-se, por um lado, resgatar o papel do Legislativo; por outro, dotar o Judiciário de poderes para efetivar direitos, especialmente os sociais, agora amplamente resguardados pela Constituição. O mandado de injunção, nesse contexto, ocupou papel de destaque nos debates, pois se situa no ponto de encontro de ambos os problemas (SILVA, L., 2016).

A maioria da Assembleia, que aprovou o *writ*, sustentava que ele instrumentalizaria o Judiciário para assegurar, no caso concreto, o direito constitucional não “criado” pelos poderes políticos por meio de lei – posição que, no direito, ficou conhecida como “concretista individual”¹²⁴. Em sentido contrário, os não concretistas afirmavam que o Judiciário não poderia se imiscuir na tarefa “política” de implementar direitos não autoaplicáveis, ou seja, cuja disciplina pressuporia a edição de lei. Apenas aos poderes políticos era assegurada essa prerrogativa. Essa posição foi defendida pelo então procurador-geral da República, Sepúlveda Pertence, ainda nos debates da ANC (SILVA, L., 2016). Fundamental ressaltar que a teoria concretista geral, em que o STF supre a omissão editando norma geral e abstrata, embora tratada teoricamente pela doutrina, não estava sequer no horizonte do debate.

Depois da ampla repercussão do discurso de Pertence, em que advogou a impossibilidade de o mandado de injunção *criar* o direito previsto pela Constituição, mas não disciplinado por lei, Fernando Henrique Cardoso, então presidente do PMDB no Senado¹²⁵, proferiu duro discurso em que acusava os “reacionários” de procurar inviabilizar o instituto, e a própria Constituição, antes mesmo de sua promulgação¹²⁶.

Com Cardoso, observa-se que a disputa em torno dos poderes do Judiciário para efetivar

¹²³ Veja-se, nesse sentido, seu discurso durante a promulgação da Constituição de 1988. BRASIL. Ata da 341ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. *Diário Oficial [da] Assembléia Nacional Constituinte*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page=>. Acesso em: 12 jun. 2018.

¹²⁴ Em sentido semelhante, veja-se a explicação do Constituinte Nelson Jobim, já na Comissão de Redação, acerca do que seria o mandado de injunção: “Sr. Presidente, nós aprovamos no texto que o mandado de injunção caberia a qualquer indivíduo sempre que a falta de norma regulamentadora tornasse inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade. O que se assegurou? **Assegurou-se que o Poder Judiciário pudesse, no caso concreto, não emitir a norma, mas satisfazer o direito que a norma faltante não satisfaz.** Este foi o objetivo”. (JOBIM. Nelson. Ata. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Redação. Ata da 4ª Reunião Ordinária. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, 14 set. 1988 (grifo nosso).

¹²⁵ Fernando Henrique Cardoso foi o relator do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte e a relator-adjunto da Comissão de Sistematização, titularizada por Afonso Arinos, postos centrais para a definição não apenas do texto final da Constituição, como do desenho institucional da ANC (SILVA, L., 2016).

¹²⁶ “Parece-me estranho que, ainda nem promulgada a Constituição, as forças reacionárias comecem a criar condições para dificultar a sua vigência”. Assim reagiu o senador Fernando Henrique Cardoso (PSDB-SP) aos comentários do procurador-geral da República, de que o mandado de injunção não seria autoaplicável. “Como ao procurador-geral cabe a defesa das regras constitucionais e como, no caso, o atual procurador, o doutor Pertence, sempre foi progressista, parece-me que cabe mais a ele do que a mim desobstruir os caminhos jurídicos para a implementação do mandado de injunção” (CARDOSO, 1988, p. 5).

direitos sociais foi um dos campos que separava “progressistas” e “reacionários”¹²⁷: enquanto os conservadores viam o problema, no mínimo, com reservas ¹²⁸, aqueles situados mais à esquerda trabalharam para fortalecer o poder. O mandado de injunção, novamente, refletiu e centralizou a disputa, vencida, na Constituinte, pelos concretistas-individuais.

Contudo, ao STF caberia a palavra final. Moreira Alves, um dos expoentes dos não concretistas¹²⁹, fez valer seu posicionamento na QO do MI 107, julgado que, segundo parte da doutrina, teria servido de precedente para a Corte até 2007. Para o ministro, na linha de Sepúlveda Pertence, o Judiciário se pautava pelo princípio da legalidade e, portanto, não poderia extrapolar a relação estabelecida entre direito e política. Assim, apenas o Parlamento e o Executivo poderiam criar o direito, mediante lei, devendo o juiz, por meio da operação lógico-dedutiva da subsunção, limitar-se a aplicá-la (SILVA, L., 2016)¹³⁰.

Em 2015, o ministro defenderia sua posição adotada em 1989, para criticar os rumos que o STF tomara em sede de mandado de injunção, a partir de 2007. Segundo ele, “hoje, o STF está adotando uma posição mais política do que antigamente”. Ao julgar o *writ*, segundo Alves, haveria verdadeira produção normativa, tipicamente dos poderes políticos. “Ao se elaborar uma lei ou ao se indicar quando ela será aplicada, se conduz a um poder político de dizer: a normatividade é essa”. Em seguida, afirma que é a “(...) própria Constituição que declara que, na ação de constitucionalidade por omissão [dos atos parlamentares], se faça comunicação ao Congresso. Mas não diz lá que se faça norma para substituí-lo ou para atuar no mundo da lei”.

¹²⁷ Nesse sentido, o posicionamento de Ives Gandra Martins: “Como todos sabem, são três os Poderes que regem o País: o Legislativo (agora também com a nova Constituição, que também é um Poder), o Executivo e o Judiciário. Este último interpreta o Legislativo. Acontece que a partir do dia 5 de Outubro, quem passa a ser o detentor é o Judiciário, pois será ele quem interpretará a nova Carta. E mesmo a lei complementar e ordinária está subordinada a um texto que não pode ser mais modificado, só interpretado pelo Poder Judiciário. **Isso significa que os advogados, juristas, professores de Direito, bacharéis, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário serão os detentores da interpretação do texto constitucional** (MARTINS, 1988, p. 13, grifo nosso)..

¹²⁸ Naturalmente, a generalização aqui proposta deve ser vista com temperamentos, uma vez que diversos personagens do campo conservador aderiram ao *writ*, mesmo que apontando seus inexoráveis percalços. É o caso, por exemplo, de Darcy Pozza (PFL), que chegou a defender a matéria, ou mesmo de Afonso Arinos, jurista e político que compôs os quadros da UDN e do PFL que, no discurso de promulgação da Constituição, ressaltou a sua importância com a mesma ênfase que seus riscos. Vide em: ARINOS, Afonso. Discurso. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 341ª Sessão. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, ano II, n. 308, 5 out. 1988.

¹²⁹ A teoria não concretista foi adotada, em sua essência, pelo relatório da Comissão Afonso Arinos (SILVA, L., 2016).

¹³⁰ Reconhecia o ministro que toda decisão judicial criaria direito. Contudo, seria dever do Judiciário observar o *grau* dessa criação: “Toda a decisão judicial não deixa de ser no fundo a ‘criação de um direito,’ disse. Segundo ele, o que há de diferente é a intensidade dessa criação, pois **o STF está criando direito novo em vários temas** (grifo nosso). MOREIRA ALVES. Entrevista. In: BASILE, Juliano. Carta não autoriza STF a criar norma. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/impreso/politica/carta-nao-autoriza-stf-criar-norma-diz-moreira-alves>> Acesso em: 16 de out. de 2020.

5.1.3 O mandado de injunção abstrativista: ápice da consolidação de um novo discurso de legitimação para o para a jurisdição constitucional

a. O Mandado de Injunção 670

Moreira Alves fazia referência direta à alteração jurisprudencial ocorrida entre 2006-2007, por meio do Mandado de Injunção 721, mas, sobretudo, pelo MI 670, que adotou expressamente a teoria concretista geral, em que o Supremo cria normas para legislar sobre a situação jurídica levada a juízo. A fundamentação adotada pelos ministros nos precedentes é um marco na jurisprudência da Corte. Por se tratar de um “momento de ruptura”, foi necessário explicitar de maneira mais evidente os novos rumos adotados em sede de mandado de injunção, o que seria, a partir daí, simplesmente naturalizado nos julgados do Tribunal. Mas, ao tratar do *writ*, o que se observa é a **consolidação de um novo discurso de legitimação para o próprio Tribunal**, que passaria a não deixar dúvidas de que a atuação na esfera normativa não seria meramente excepcional, mas, sim, o núcleo da atividade do Tribunal.

Nesse sentido, o voto de Gilmar Mendes, relator do Mandado de Injunção 670, centra-se em dois eixos. Em primeiro lugar, na mora do Parlamento em cumprir a decisão do STF de legislar sobre a matéria¹³¹. Notadamente, Mendes chama atenção à falta de interesse dos litigantes em discipliná-la, pois a “lei da selva” aproveitaria a ambas as partes¹³²: os movimentos paredistas continuariam sem limites e os governantes não necessitariam se indispor com o funcionalismo público. Assim, o STF proferiria sucessivas decisões sem eficácia, o que afrontaria o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (SILVA, L., 2016). Esse entendimento, ainda que com diferentes enfoques, está pré-compreendido nas manifestações de todos os ministros. Sepúlveda Pertence, por exemplo, reconhece a existência de “conflitos sociais intransponíveis”, que imporiam a atuação do Supremo como mediador¹³³.

¹³¹ Eros Grau, do mesmo modo, também ressaltou a reiterada mora do Parlamento: “esta Corte mais de uma vez reconheceu a omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional (...) Havendo, portanto, sem qualquer dúvida, mora legislativa na regulamentação do preceito veiculado pelo artigo 40 § 4º, a questão que se coloca é a seguinte: **presta-se, esta Corte, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia? (...) Já não se trata de saber se o texto normativo de que se cuida - artigo 40, § 4º - é dotado de eficácia. Importa verificarmos se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes (...)**” (MI 721, Voto Vista proferido pelo Ministro Eros-Grau, p. 17-18, grifo nosso).

¹³² “A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal” (MI 670/DF, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Relator p/ Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 25/10/2007, Publicado em: 30/10/2008. Voto do ministro GILMAR MENDES. p. 12).

¹³³ MI 670/DF, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Relator p/ Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 25/10/2007, Publicado em: 30/10/2008, p. 127.

Em segundo lugar, Mendes evocará autores estrangeiros, como Rui Medeiros e Martin La Veja, para enfatizar que a crise democrática, em geral, e a do Parlamento, em especial, justificaria o alargamento dos poderes normativos do STF¹³⁴. A Corte atuaria, assim, no vácuo ou na ineficiência das instâncias políticas (SILVA, L., 2016), com o objetivo de dar efetividade à Constituição.

Ainda que se promova essa ampliação sem precedentes nos poderes do Judiciário, o STF somente legitima sua função ao se diferenciar da esfera política. Ora, a especialização do sistema jurídico é condição para a sua própria existência. Exatamente por isso afirma Mendes que a edição de normas para disciplinar os movimentos paredistas no serviço público não seria “essencialmente criativa”. De outro modo, situar-se-ia na extração de um *quid iuris* do qual o próprio legislador já estaria vinculado, por dois motivos (SILVA, L., 2016). Em primeiro, porque a decisão lhe seria imposta pela própria Constituição, competindo aos poderes políticos apenas discipliná-los – jamais negá-los. Seria exatamente o caso do direito de greve. Em segundo, porque a decisão do Tribunal se limitaria a complementar a escolha política oriunda do Legislativo, “de modo que em princípio o legislador não desdenharia¹³⁵”.

A dogmática jurídica, assim, vai ampliando as categorias capazes de disciplinar as esferas da vida que antes lhe seriam indisponíveis, em razão da dicotomia neopositivista de direito e política, ainda que os próprios ministros saibam, consciente ou inconscientemente, que estejam editando normas gerais e abstratas, como admitido por Sepúlveda Pertence: “De qualquer maneira, a discussão está mostrando que o tribunal deve ser menos severo quando condenar a mora do legislador. **Legislar é muito difícil**¹³⁶”.

Exatamente por isso os ministros discutem, longamente, quais os artigos da lei 7.701/88 devem disciplinar a greve do serviço público; regulamentam a competência para analisar futuros dissídios de greve; bem como as especificidades para a greve em serviços essenciais. E, ressalte-se, a fixação da competência para o julgamento dos dissídios de greve, *in concreto*, é não apenas coerente como fundamental à abstrativização. Ao dotar suas decisões com efeito *erga omnes*, o STF atuará como “produtor” de normas gerais e abstratas, deslocando às instâncias inferiores a análise do caso concreto, a partir do arcabouço normativo por ele fixado (SILVA, L., 2016).

¹³⁴ “O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal.”

¹³⁵ MI 670, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Relator p/ Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 25/10/2007, Publicado em: 30/10/2008, p. 39.

¹³⁶ MI 670, Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Relator p/ Acórdão: Ministro GILMAR MENDES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 25/10/2007, Publicado em: 30/10/2008, p. 164.

b. O Mandado de Injunção 721: o “falso modelo concretista individual”

Em relação ao mandado de injunção (MI) 721, em que tanto o Tribunal como parte da doutrina acreditam ter se adotado a teoria concretista individual, é preciso demonstrar que ele se situa dentro desse outro paradigma, também “abstrativista”. O *writ* foi impetrado por servidora pública alegando exercer sua profissão em condição insalubre. Assim, com base no artigo 40, § 4º, da Constituição, demandou ao STF a concessão do direito à aposentadoria especial, consagrada pelo dispositivo constitucional. Da narrativa dos fatos, observa-se que a causa de pedir, deduzida pela autora, seria afronta, pelo Estado, ao direito constitucional assegurado aos servidores públicos. O pedido, líquido e certo, consistiria na imposição de obrigação à União de lhe assegurar o pagamento do benefício (SILVA, L., 2016).

Muito embora o relator Marco Aurélio tenha afirmado adotar a teoria concretista individual, o que se observa é que, mesmo aplicando efeito *inter partes*, **o Tribunal não julga a pretensão da autora** (OLIVEIRA, 2012), assegurando-lhe, ou não, a aposentadoria especial. De outro modo, o dispositivo da decisão tem como escopo suprir a omissão inconstitucional em abstrato, reconhecendo o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial. A decisão, como no caso do direito de greve, buscou estabelecer quais as normas deveriam ser aplicadas nas demais demandas que veiculassem pretensão idêntica à da autora. Competiria, pois, à Administração cumprir a decisão do Supremo e às instâncias ordinárias apreciar eventual conflito daí decorrente.

Marco Aurélio foi um defensor histórico da teoria concretista individual. Nesse sentido, interessante notar que ele despende diversas laudas para tentar demonstrar que o Judiciário estaria julgando o caso concreto, não tutelando a ordem objetiva, e, por isso, não haveria afronta à separação de poderes (SILVA, L., 2016). Veja-se:

Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. **O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, o suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo** (BRASIL, 2007, online, grifo nosso).

Mas, no mesmo precedente, o voto de Eros Grau¹³⁷ já explicita que não será essa a teoria vencedora, restando Marco Aurélio, novamente, vencido. O STF, para Eros Grau, deve prolatar

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721-7. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>. Acesso em: 1º fev. 2016.

não apenas solução ao caso concreto, mas, sim, “norma enunciada como texto normativo”.

Veja-se:

A este Tribunal incumbirá – permito-me repetir – se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, **definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo**, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador.

No caso, a impetrante solicita seja julgada procedente a ação e, declarada a omissão do Poder Legislativo, determinada a supressão da lacuna legislativa mediante a regulamentação artigo 40 § 4o, da Constituição do Brasil, que dispõe a propósito da aposentadoria especial dos servidores públicos.

Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito abstrato, abstrato, genérico e inovador tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico e não se dá para um só.

No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial (BRASIL, 2007, online, grifo nosso).

Com efeito, uma vez que o *writ* disciplinou a omissão, não julgou o caso concreto, o Plenário autorizou todos os ministros a reproduzir o inteiro teor do julgado monocraticamente, sem a necessidade de levar a questão para o Colegiado. Naturalmente, esse posicionamento ensejou uma enxurrada de decisões, todas com o mesmo conteúdo, o que levou à edição da Súmula Vinculante 33 (SV), que deverá ser aplicada pela Administração. Em caso de conflito, competirá às instâncias ordinárias solucionar o litígio (SILVA, L., 2016).

Superado o momento de ruptura, em que o Tribunal despendeu centenas de laudas para justificar sua atuação na esfera normativa em sede de mandado de injunção, o problema constitucional se naturalizou. Não apenas não é necessário que a Corte gaste fundamentação tão robusta para demonstrar sua legitimação para atuar na ordem objetiva, em caso de omissão constitucional, como é o Supremo demandado a fazê-lo em hipóteses até então impensáveis, como a criação de tipo penal. Nesse sentido, no julgamento conjunto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e do MI 4.733, reconheceu-se a mora do Congresso para criminalizar a homofobia, tendo a conduta sido enquadrada, extensivamente, na Lei do Racismo (Lei 7.716/89).

5.1.4 O mandado de injunção como ponto de observação privilegiado de uma revolução simbólica exitosa

A alteração jurisprudencial do STF em que o mandado de injunção está inserido pode

ser enquadrada naquilo que Bourdieu denomina “revolução simbólica exitosa”¹³⁸, em que as mudanças na estrutura objetiva do campo, ao produzirem as novas categorias necessárias para pensá-lo, naturalizam-se no *habitus* dos indivíduos, tornando a nova realidade extremamente difícil de ser observada. Em outros termos, na medida em que as estruturas cognitivas disponíveis às pessoas são produzidas pela nova ordem objetiva, de forma generalizada, há um processo de naturalização das novas relações sociais dentro do campo, que passam a ser vista como universais.

Trocando em miúdos, a longa tradição utilizada pelo STF, de justificar a legitimidade de sua atuação a partir do caso concreto, pois aí se situava a diferença entre o direito e a política, mostra-se hoje anacrônica. A legislação, a jurisprudência e os manuais de direito tratam a atuação do STF na esfera normativa não apenas como inexorável, mas também como necessária. Com efeito, o jurista inserido nesse campo é formado e reproduz essa história incorporada, seja em sua atividade prática ou mesmo intelectual.

Há, desse modo, a alteração do *habitus* dos ministros do STF, em especial, e dos juristas, em geral. Direita e esquerda, patrões e trabalhadores, administração pública e servidores: todos não apenas se utilizam, como imaginam que a atuação do STF na esfera normativa é inexorável. Assim, o advogado, o promotor, o procurador e o defensor público tenderão, sempre que possível, levar o problema constitucional ao STF pela via abstrata, conforme lhes é sugerido pelos autores dos manuais. Não por acaso o movimento LGBTQI+ buscou a criminalização da violência contra seus membros a partir da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e Febraban o fazem em relação aos seus interesses.

É preciso insistir nesse ponto. Os atores de um determinado campo somente podem participar das relações sociais travadas naquele espaço social a partir do cumprimento das regras nele estabelecidas. Essas regras não são, contudo, apenas orientações externas aos agentes. De outro modo, são eles “constituídos” a partir das categorias disponibilizadas no campo. Pressuposto para se tornar jurista é não apenas saber diferenciar o direito do processo

¹³⁸ Bourdieu explica que a grande dificuldade de se compreender uma revolução simbólica, quando ela é exitosa, é que nós a percebemos pelas estruturas que ela mesma impõe, naturalizando o fenômeno. “Si les révolutions symbolique sont particulièrement difficiles à comprendre, surtout lorsqu’elles sont réussies, c’est parce que le plus difficile est de comprendre ce qui semble aller de soi, dans la mesure où la révolution symbolique produit les structures à travers lesquelles nous la percevont. Autrement dit, à la façon des grande révolutions religieuses, une révolution symbolique bouleverse des structures cognitives et parfois, dans une certaine mesure, des structures sociales” (BOURDIEU, 2013, p. 13). “Se as revoluções simbólicas são particularmente difíceis de compreender, sobretudo quando bem-sucedidas, é porque o mais difícil de compreender é o que parece ser desnecessário, na medida em que a revolução simbólica produz estruturas pelas quais nos a percebemos. Em outras palavras. à maneira das grandes revoluções religiosas, uma revolução simbólica perturba as estruturas cognitivas e, às vezes, numa certa medida, as estruturas sociais” (BOURDIEU, 2013, p. 13, tradução nossa).

civil, mas compartilhar, ainda que inconscientemente, do valor simbólico do terno e da gravata, da toga, do linguajar rebuscado. *Habitus* é, assim, essa “história incorporada” pelos atores do campo que os torna parte daquelas representações simbólicas.

Para demonstrar esse novo *habitus* dos ministros do STF, é interessante o afastamento da metodologia quantitativa para observarmos dois julgamentos concretos que representam dois momentos profundamente distintos e de extrema importância na história brasileira: a crise constitucional de 1955 e o golpe de Estado de 2016. Não se pretende, resalte-se, fazer juízos de valor acerca da atuação dos ministros ou em torno dos fatos ali travados. De outro modo, **busca-se demonstrar a ruptura das “categorias” disponíveis aos juristas nos dois momentos.**

5.2 Crise de 1955 e golpe de 2016: as diferentes categorias mobilizadas em cada um dos julgamentos representando a profunda diferença entre o campo do direito, e o *habitus* dos juristas, nos diferentes momentos históricos

5.2.1 A crise de 1955: a díade “questão política x direito individual”; o papel do mandado de segurança e do recurso extraordinário

Com a morte de Vargas, Café Filho, então vice, assume a Presidência, em agosto de 1954. O cargo deveria ser exercido até a sua transmissão, em 31 de janeiro de 1956, aos vencedores das conturbadas eleições presidenciais de 3 de outubro de 1955, Juscelino Kubitschek (PDS) e João Goulart (PTB)¹³⁹. Contudo setores da UDN e do exército¹⁴⁰, insatisfeitos com o resultado do pleito¹⁴¹, ensaiaram um golpe com o objetivo de impedir a posse dos vencedores¹⁴², gerando grande instabilidade no país.

¹³⁹ O segundo candidato mais votado foi Joarez Távora (UDN), seguido por Adhemar de Barros (PSP). O integralista Plínio Salgado receberia, ainda, 8,28% dos votos. Para vice, Milton Campos foi o segundo colocado, seguido de Danton Coelho. Importante ressaltar que, nas eleições de 1955, o analfabeto ainda era proibido de votar.

¹⁴⁰ Os setores que articularam o golpe, que veio a ser frustrado, eram muito próximos àqueles que se contrapunham a Vargas. Segundo Abreu e Weltman (1994, p. 49-50), as forças em disputa, até 1954, eram, por um lado, “(...) um presidente eleito e empossado com ampla adesão popular, senhor de grandes recursos clientelísticos e de um relativamente poderoso dispositivo parlamentar, e, de outro uma oposição ferrenha de pesadas e ressentidas derrotas políticas, em torno da qual alinhavam-se poderosos setores da sociedade civil e, cada vez mais, as forças armadas, perigosamente cindidas pelas clivagens ideológicas da época”.

¹⁴¹ Assim como em relação à eleição de Vargas, em 1951, a UDN alegava que apenas por maioria absoluta seria possível a nomeação do presidente. Considerando que o pleito de 1955 foi extremamente acirrado, tendo JK vencido seus oponentes por uma margem relativamente pequena, o partido tentou legitimar o discurso do golpe de Estado.

¹⁴² A oposição dos militares e do empresariado ao nome de João Goulart teve seu ápice em 1954, quando, ainda ministro do Trabalho, e no auge de uma crise econômica, anunciara o aumento de 100% do salário mínimo. Vargas, então, foi obrigado a demiti-lo, a despeito de Goulart ter redefinido a relação do Estado com o movimento sindical e cumprido um papel importante dentro da relação de controle/conquista de direitos que marcou o varguismo. A aproximação de JK a Jango, que ensejou a formação de uma chapa contra o candidato Juarez Távora, apoiado pela UDN e por setores das forças armadas, gerou a rejeição em torno do mineiro, até então governador de Minas. Especialmente pela adesão de Prestes, e do PCdoB, à candidatura.

Assim, já após as eleições e a proclamação do resultado, em 8 de novembro, Café Filho se afasta da Presidência alegando questões de saúde, sendo substituído pelo então presidente da Câmara, Carlo Luz, que estaria articulado com os mentores do golpe. Nesse contexto, o então ministro da Defesa, general Lott, com o apoio de importantes setores do Exército, inicia um movimento que ele mesmo viria a caracterizar como mantenedor da ordem democrática, que se inicia, em 11 de novembro de 1955, com o cerco ao Catete e a deposição de Carlos Luz. Ato contínuo, o general determina ao Congresso que vote o seu impedimento, o que veio a ser aprovado pelo Parlamento.

No dia 21 de novembro Café Filho comunica ao Parlamento sua pretensão de retornar ao cargo, no que é prontamente impedido por Lott. O Congresso, então, aprova Resolução nos termos determinados pelo general, que é entregue ao presidente do Senado, Nereu Ramos. Ramos, em seguida, decreta estado de sítio. É exatamente esse decreto que é impugnado por um mandado de segurança e um *habeas corpus*, submetendo ao STF a intrincada possibilidade de controlar, diretamente, os atos do Congresso e, “indiretamente”, a decisão do Exército.

Em seu mandado de segurança, afirma Café Filho que teria sido comunicado pelo então ministro da Guerra, general Henrique Lott, que estaria impedido de assumir cargo. Após esse comunicado, teriam a Câmara e o Senado emitido decretos impedindo-o de tomar posse. **Assevera, assim, que seu direito individual¹⁴³ a assumir o cargo estaria sendo transgredido**, uma vez que apenas ele poderia decidir se, e quando se afastar por questão de saúde, sendo inconstitucional, por não estar previsto nos artigos 79, § 1º, e 99, § único, a forma com que lhe estaria sendo negado o cargo – e a Constituição não estabelecia qualquer forma de retirada de um presidente que não aquela prevista nos dispositivos em análise.

Quatro questões importantes centralizaram o debate do STF. Em primeiro lugar, a possibilidade do conhecimento do *writ*, por se tratar de **questão política, de competência privativa do Parlamento**. Em segundo, se seria possível à Corte enfrentar o pedido de

¹⁴³ “Acontece que, como é notório, feitas as comunicações a que já se referiu o impetrante, e como demonstração cabal de que o substituto no cargo não mais podia permanecer, dada a comunicação a êle feita pelo impetrante, no cargo que lhe fôra confiado por convocação do impetrante, agora surge a resolução tomada separadamente pelas duas Casas do Parlamento, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, no sentido de, arrogando-se cada uma delas **o direito, que é privativo do suplicante**, de formar juízo acêrca do momento em que cessou o impedimento antes declarado, determinar que permanecia o impedimento anteriormente reconhecido” (COSTA, 1964, p. 357, grifo nosso).

O impetrante afirma, ainda nesse sentido, que seu *writ* não implicava uma matéria política, *que não poderia ser analisada pelo Judiciário, mas uma solução jurídica de ordem pública*, consubstanciada no exercício de uma função eletiva. Assim, prossegue, “Êsses pronunciamentos demonstram não só a idoneidade do mandado de segurança para que **cesse a lesão de direito individual**, do art. 141, § 24, da Constituição Federal, e da Lei 1.533, de 31-12-1951, como, por igual, a competência dêste Egrégio Tribunal para o mesmo conhecer (dele) originariamente (...)” (COSTA, 1964, p. 361, grifo nosso).

proteção a direitos individuais durante a vigência da lei que impusera o estado de sítio – e, portanto, limitara o exercício do mandado de segurança e do *habeas corpus*. Por fim, tendo sido a Resolução oriunda da Câmara, que proibira Carlos Luz de assumir, decorrente de uma ordem do Exército, quais seriam os limites do Judiciário perante o “processo revolucionário” vitorioso?

Em primeiro lugar, por ampla maioria¹⁴⁴ os ministros afastaram a alegação, oriunda das informações prestadas pela Câmara, de que a matéria eminentemente política afastaria a possibilidade de sua análise pelo Judiciário. O ministro Sampaio Costa resume bem a questão. Para ele, **uma vez que há notícia de lesão a direito individual, é dever do Judiciário conhecer da ação**¹⁴⁵. Observa-se, pois, uma longa continuidade em torno de como o STF delimitou, em abstrato, os limites do jurídico e do político. Ruy Barbosa¹⁴⁶ e Pedro Lessa¹⁴⁷, que cumpriram papel determinante no estabelecimento da díade “questões políticas x direitos individuais”, são recorrentemente citados, abordando, exatamente, essa fronteira entre os campos.

Em segundo, o STF entendeu inexistir “afronta expressa” à Constituição pela lei que decretara o estado de sítio, o que desconfiguraria a ilegalidade, requisito tanto para o mandado de segurança quanto para o *habeas corpus*. Com efeito, a maioria votou pela suspensão do julgamento enquanto não sobreviesse o fim dos efeitos do estado de sítio, lapso em que prevaleceria o juízo político sobre o jurídico – já que ausente a ilegalidade.

O julgamento é marcado, ainda, pela menção recorrente à impossibilidade de se declarar

¹⁴⁴ Edgar Costa, contudo, entendia que não era cabível mandado de segurança contra Resolução, mas apenas contra ato das mesas da Câmara e Senado, conforme expressamente previsto pela Constituição.

¹⁴⁵ “O impetrante alega estar arbitrariamente impedido de exercer sua função de Presidente da República, da qual se afastara temporariamente, em razão de grave enfermidade de que já se acha convalescido. E sustenta que o exercício de tal direito é inerente à sua pessoa, garantido pela Constituição até o termo do mandato presidencial. Em consequência, **há pelo menos um direito individual a examinar, em face da Constituição, e ao Supremo Tribunal, em qualquer hipótese, cabe dizer se se trata de questão meramente política**” (COSTA, 1964, p. 392-3, grifo nosso).

¹⁴⁶ Nesse sentido, veja-se o voto do ministro Ribeiro da Costa, vencido tanto no mandado de segurança quanto no *habeas corpus*. “Uma questão política pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política, fora dos domínios da Justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos Tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demande, **fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado**” (Direito do Amazonas, I, pág. 178).

¹⁴⁷ O ministro Mario Guimarães cita Pedro Lessa, em seu Clássico Do Poder Judiciário. *In verbis*: “Numa palavra: a violação de garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. **A êstes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange nos seus limites a faculdade exercida**”.

“Em substância: exercendo atribuições políticas, e tomando resoluções políticas, move-se o Poder Legislativo num vasto domínio, que tem como limite um círculo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal. Enquanto não transpõe essa periferia, o Congresso elabora medidas e normas, que escapam à competência do Poder Judiciário. Desde que ultrapasse a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhe tira toda a eficácia jurídica” (LESSA, 1964, p. 86).

a inconstitucionalidade de lei, salvo quando a invalidade é evidente. O *habitus* restritivo dos ministros, mais uma vez, foi determinante para a limitação, pelos próprios julgadores, do campo do direito. Edgar Costa e Lafayette de Andrade utilizam como fundamento para seus votos o respeito ao princípio da presunção de legalidade, podendo-se deduzir esse mesmo conteúdo dos posicionamentos de Sampaio Costa e de Hahnemann Guimarães.

Restrição essa que se reflete na terceira questão acima levantada, enfrentada, sobretudo, pelos votos dos ministros Nelson Hungria e Mário Guimarães. Para ambos, estando em curso uma “revolução vitoriosa”, não haveria que se falar no exercício do controle jurisdicional, sob pena de o Judiciário se transformar em um agente ativo da política, mais especificamente das forças contrarrevolucionárias. Mario Guimarães é explícito ao afirmar que o que estava em jogo no STF não era eventual direito individual do impetrante, mas os rumos da nação. Assim, somente os poderes políticos seriam legítimos atores do momento, não o Judiciário, sob pena de macular a sua própria isenção. *In verbis*:

Qual a atitude da Magistratura em face dos governos de fato?

De absoluto respeito. De acatamento às suas deliberações. **A Magistratura, no Brasil ou alhures, não entra na apreciação da origem do Governo. Do contrário, teríamos o Poder Judiciário a ordenar a contra-revolução, o que jamais se viu em qualquer país do mundo (...)** A regra, pois, é que a Magistratura não examine a origem dos governos de fato. A ascensão ao poder máximo é assunto de natureza estritamente política (COSTA, 1964, p.403, grifo nosso).

As categorias utilizadas no julgamento são absolutamente representativas do momento histórico: a crença do Judiciário como limitador dos abusos dos poderes políticos do Estado, em nome da proteção a direitos individuais. As ações utilizadas são o recurso extraordinário e o mandado de segurança que, como visto, prevalecem amplamente no período, inclusive para veicular o controle de constitucionalidade.

5.2.2 O Golpe de 2016 e a “tutela da ordem objetiva”

A deposição de Dilma Rousseff, ocorrida entre 2015 e 2016, permite-nos observar a profundidade da ruptura dos momentos observados. Não apenas seria impensável falar na proteção a direito individual de ocupantes de mandatos públicos, como toda a discussão do STF centrou-se na esfera normativa, inclusive em relação à defesa da chefe do Executivo.

O processo, instaurado pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, fundou-se na alegação do cometimento de “pedaladas fiscais” pela chefe do Executivo, operações de crédito cuja ilicitude configuraria crime de responsabilidade, nos termos do artigo 85 da Constituição e da Lei 1.079/50.

O STF foi demandado diversas vezes durante o processo, inclusive por pessoas alheias à

esfera política. Mas quatro ações são centrais por mobilizarem, mais diretamente, a irresignação de Dilma Rousseff, e de sua base aliada, em relação à instauração e forma do procedimento do *impeachment*. Em primeiro lugar, o PCdoB ajuizou, em 2015, a ADPF/MC 378, que questionou a constitucionalidade da Lei 1.079/20. Em seguida, a própria defesa ajuizou o Mandado de Segurança 34.193, que alegava o desvio de poder do presidente da Câmara na aceitação das denúncias. No MS 34.142¹⁴⁸, o deputado Reginaldo Lopes impugnou o relatório do deputado Jovair Arantes (PTB-GO), favorável ao *impeachment*. Por fim, o MS 34.371, que demandaria a invalidade da própria resolução do Senado – que decretara a perda do cargo da Chefe do Executivo – que, segundo o STF, abrangeria o MS 34.193 (continência)¹⁴⁹.

Todas as tutelas de urgência pretendidas em sede de mandado de segurança foram rejeitadas. Em termos gerais, a argumentação utilizada foi a incompetência do Supremo para avaliar o mérito do *impeachment*, atribuição reservada pela Constituição ao Congresso Nacional¹⁵⁰. Assim, ao contrário do que se observou durante o período pós-constitucional, em que a Corte foi reconhecendo, progressivamente, legitimidade ao direito de disciplinar as mais diferentes relações sociais, ao ser demandada durante o golpe se utilizou da remansosa teoria da “questão política”. Por outro lado, na ADPF, ação de natureza abstrata e concentrada, em que o Supremo é demandado a estabelecer a correta interpretação da Lei 1.079/50, inclusive a sua eventual inconstitucionalidade, foi o momento em que a Corte participou efetivamente do procedimento.

O julgamento, cujo conteúdo foi sintetizado pelo próprio STF¹⁵¹, tornando desnecessário esmiuçá-lo aqui, buscou manter o procedimento adotado no *impeachment* de Collor. Em síntese, estabeleceu-se que a Câmara dos Deputados apenas dá autorização para a abertura do procedimento, competindo ao Senado, por maioria simples, fazer o juízo inicial do recebimento

¹⁴⁸ Mas é fundamental ressaltar que, mesmo no MS 34.371, o argumento central da defesa de Dilma Rousseff foi a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 1.079/50, deixando claro que a abstrativização não é uma mera imposição unilateral do STF.

¹⁴⁹ Outro importante momento do golpe de 2016 foi o julgamento do Mandado de Segurança 34.087, em que o ministro Marco Aurélio deferiu liminar determinando a instauração do processo de *impeachment* do vice-presidente da República, considerando que também ele assinara os decretos da “pedaladas fiscais” e, portanto, também deveria estar sujeito ao processo – cujo mérito seria, contudo, observado pela própria Câmara. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/34087MMA.pdf>. Acesso em: 7 de set. 2017.

¹⁵⁰ O ministro Zavascki, relator dos MS 33.193 e 33.371, assim se manifestou neste último *writ*, ao analisar as limitações impostas ao Judiciário para exercer o controle jurisdicional da “A segunda circunstância que limita o controle jurisdicional é a natureza da demanda. Submete-se a exame do Supremo Tribunal Federal questão relacionada a processo por crime de responsabilidade da Presidente da República (*impeachment*), que, como se sabe, não é da competência do Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo (art. 86 da CF). Sendo assim, não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe juízo de mérito”.

¹⁵¹ Veja-se em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306614>. Acesso em: 7 de ago. 2017.

da denúncia e, conseqüentemente, decidir acerca do respectivo afastamento prévio do chefe do Executivo. A votação na Comissão Especial da Câmara deveria se dar por voto aberto, bem como estaria vedada a candidatura avulsa para sua composição, mantendo-se a centralidade dos partidos políticos em sua escolha. Por outro lado, rejeitou-se o pedido, deduzido pelo autor da ação, de que deveria ser garantido à acusada o direito à defesa prévia, dado o caráter político da acusação.

Em síntese, os ministros do STF foram praticamente unânimes ao afirmar que, no julgamento da ADPF 348, o objetivo da Corte seria o de proteger os princípios do contraditório e da ampla defesa, corrigindo a forma do procedimento a ser adotado pela Câmara e pelo Senado.

Em oposição à Crise de 55, em que ações concretas foram ajuizadas para proteger suposta lesão a direito individual do presidente, no golpe de 2016 a atuação do STF centrou-se na esfera normativa. E, ressalte-se, não por uma possível imposição do Tribunal, mas porque as próprias partes interessadas o demandaram por meio do controle abstrato, categoria hoje indissociável da jurisdição constitucional.

As manifestações do STF na esfera normativa, diga-se de passagem, mostraram-se meramente formais, pois já era previamente sabido que elas não alterariam em nada o andamento do golpe. Observa-se daí, claramente, uma das aporias do controle abstrato: eventual lesão a direito somente poder ser combatida pela análise do caso concreto (CARVALHO NETTO, 2003). A afronta a princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, se dá não pela ausência de normas a discipliná-los. Não é suficiente, ainda, o mero cumprimento de ritos formais: os direitos têm conteúdo e somente pelo juízo de aplicação de normas (GÜNTHER, 2004) é possível viabilizar a sua defesa.

5.3 1995-2004: análise empírica

Como já mencionado, a amostragem utilizada pela presente pesquisa diz respeito aos julgados divulgados pelo próprio STF nas *Revistas Trimestrais de Jurisprudência*, nos períodos de 1957-1964 e 1985-1989, e os *Informativos de Jurisprudência*, entre 1995-2004 e 2012-2016. Nesses últimos dois períodos, foram analisadas 12 edições por ano, em média, o que representa aproximadamente 30 a 33% das publicações anuais. Dentro dos *Informativos* foram selecionados os julgados que veicularam juízo de constitucionalidade sobre normas, seja pela via difusa ou abstrata. Como também já mencionado, para suprir as limitações evidentes da amostragem, será promovido o diálogo constante com dois trabalhos de fôlego de natureza quantitativa, que fornecem números mais consistentes sobre o tratamento dado pelo STF ao

controle abstrato de constitucionalidade: “A quem Interessa o Controle de Constitucionalidade”, de Costa e Benvindo (2016), e o Relatório 1 do “Supremo em Números”, de autoria de Falcão, Cerdeira, Arguelhes (2011), publicado pela FGV do Rio de Janeiro.

5.3.1 Por quais ações/recursos o STF apreciou a constitucionalidade das normas?

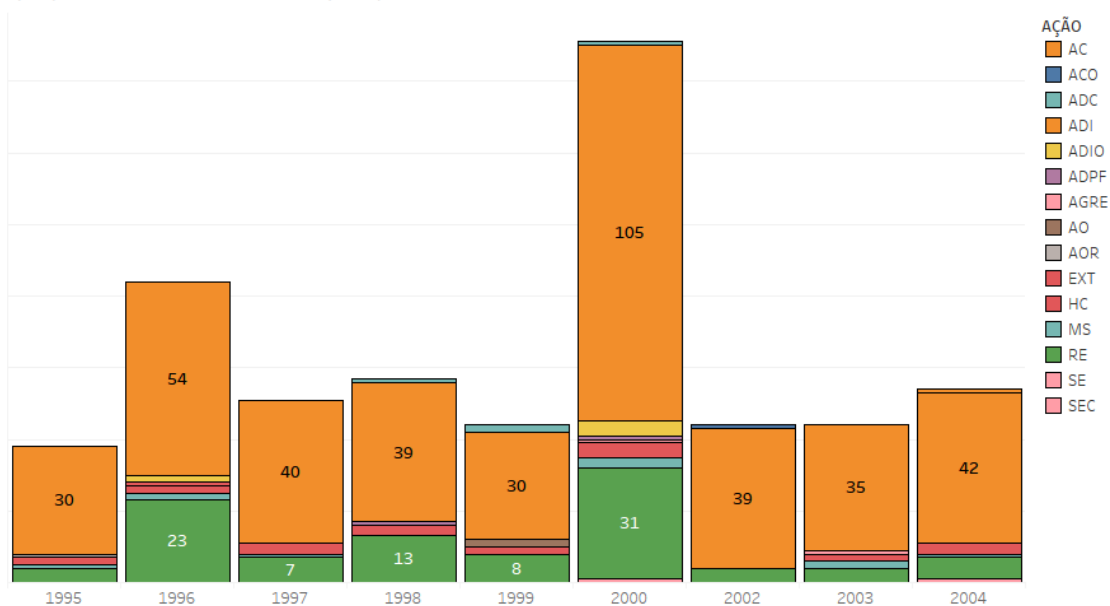
a. Os dados dos Informativos de 1995-2004

No período de 1985-1989, considerando as *RTJ* publicadas entre 1985 e 1989, o STF exerceu o controle de constitucionalidade essencialmente pela via da representação de inconstitucionalidade (66,67%), cabendo ao recurso extraordinário apenas 25,71% dos casos. No período observado, prevaleceram, igualmente, os dois institutos: o RE (recurso extraordinário) e a ADI (ação direta de inconstitucionalidade). Contudo a relevância da ação concentrada e abstrata é ainda mais evidente, totalizando 75,45% dos juízos de constitucionalidade¹⁵², enquanto o recurso extraordinário foi reduzido para 18,28%, que pode ser somado com outros 6,46% de outras ações difusas. No Gráfico 58, vê-se a relação de ações/recursos por informativo analisado:

Gráfico 58: Ações x *Informativos* (ano)

¹⁵² Considerando-se as ADI, ADIO e ADPF.

(T1) Ações x Informativos (ano)

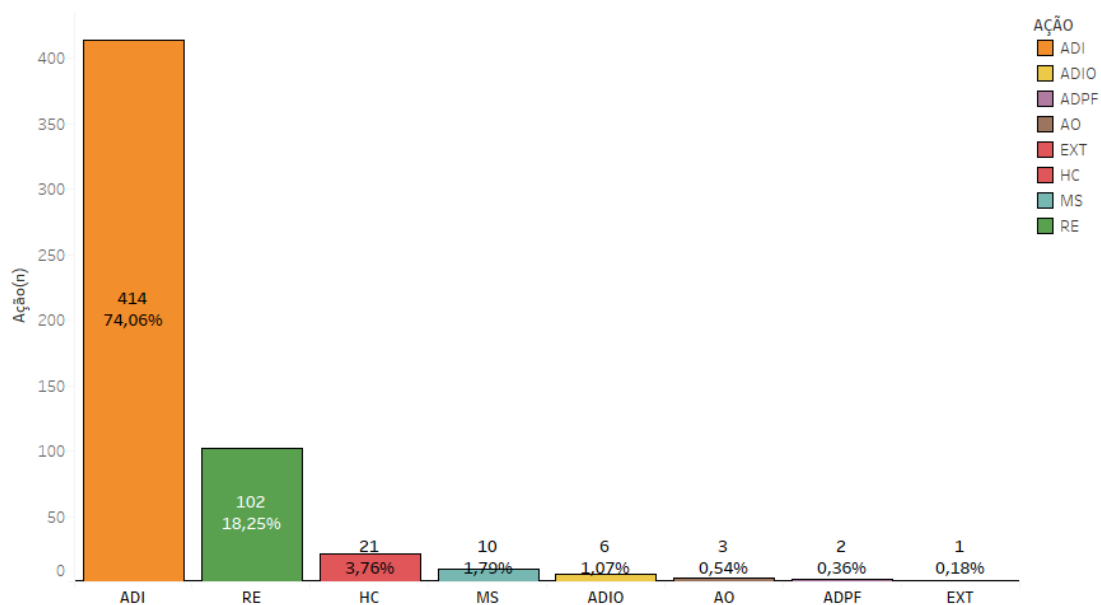


Fonte: elaborado pelo autor.

No Gráfico 59, observa-se o número total de ações e recursos apreciados pelo STF no período, desconsiderando-se a divisão anual dos informativos:

Gráfico 59: Ações x Total (2).

(T2) Ações x Total



Fonte: elaborado pelo autor.

b. O “Supremo em números” (FGV): demonstração de como o controle concentrado desloca-se de excepcional atividade política do STF para se configurar na essência da atividade jurisdicional da Corte

5.3.1.b.1 “*Personas constitucionais*”: questões constitucionais e seu vínculo às ações abstratas

O estudo FGV em números faz uma compilação de todos os julgados que ingressaram na Corte entre 1988 e 2009, classificando-os em três critérios, denominados *personas constitucionais*: os “processos constitucionais”, que veiculam sobretudo ações concentradas de constitucionalidade; os “processos recursais”, em que o acesso à Corte se dá após a manifestação de outro juízo sobre o caso; e os “processos ordinários”, nos quais se enquadrariam as demais hipóteses – como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a reclamação, a arguição de relevância, a sentença estrangeira e a intervenção federal.

Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011) informam, então, que 1.120.597 processos teriam ingressado na Corte pela via “recursal”, enquanto apenas 6.199 seriam “processos constitucionais”. Os autores concluem, então, a partir dos dados apresentados, que:

A absoluta maioria dos processos recebidos pelo Supremo origina-se da Corte Recursal, correspondendo a quase 92% dos casos de 1988 até 2009. Quantitativamente, portanto, o Supremo não é uma ‘corte constitucional’ no sentido original em que esse tipo de instituição foi pensada. Em números absolutos, está muito mais próximo de uma ‘corte recursal suprema (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 21).

Asseveram que, até 1988, havia um certo equilíbrio entre as *personas constitucionais* do Tribunal. A Constituição, a legislação e a jurisprudência da Corte que teriam feito prevalecer, de tal maneira, o perfil recursal de sua atuação. A Emenda Constitucional 45/04, com a positivação de institutos como a repercussão geral e a súmula vinculante, teria alterado esse estado de coisas, fortalecendo o caráter “constitucional” do STF e reduzido a “tsunami recursal” até então existente. Ademais, o próprio Tribunal, por meio de sua jurisprudência, teria buscado “se autorregular” para fortalecer sua atuação *constitucional*, tendo o mandado de injunção cumprido papel relevante nesse sentido, com a mudança jurisprudencial ocorrida em 2007 – tratada em detalhes acima. Segundo os autores:

Com isso, o mandado de injunção ganha um caráter proativo. Essa “abertura jurisprudencial autorregulamentada” tornou o uso do Mandado de Injunção — consensualmente tido como um instrumento de baixíssima utilidade nos termos da jurisprudência do STF nos anos 1990 — uma estratégia potencialmente eficaz do ponto de vista dos cidadãos afetados por omissões legislativas, o que explica a explosão do número de MIs ajuizados de 2007 a 2010 (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 43).

Observa-se que a classificação apresentada parte da premissa de que as ações abstratas veiculam “os verdadeiros problemas constitucionais”, enquanto o controle difuso, sobretudo o

recurso extraordinário, consistiria em meros “temas de massa”¹⁵³. Percebe-se, nessa construção, rompimento determinante em relação aos dois primeiros períodos anteriormente analisados, em que a atuação do STF na esfera normativa era vista como excepcional, justificável apenas a partir de rígidos critérios “técnico-jurídicos”.

5.3.1.b.2 A consolidação da crença: o desenvolvimento de um repertório argumentativo que torna a “tutela objetiva da ordem constitucional”, antes atividade excepcional do STF, em sinônimo de “questão constitucional”

Há diversas razões, de natureza sociológica, que poderiam explicar a disseminação da crença de que o discurso técnico-jurídico é não apenas legítimo, como necessário para disciplinar espaços cada vez mais amplos da vida social: a forma de recrutamento dos juristas; o poder que essa elite desempenha no Estado; sua legitimação a partir da titularidade de um discurso pretensamente neutro; a descrença no sistema político; a necessidade do estágio atual do capitalismo em garantir o trânsito célere de mercadorias, entre diversas outras, inacessíveis a esta tese de doutoramento. Interessa aqui, apenas, identificar como essa crença se desenvolve no STF e é retraduzida em suas decisões para legitimar sua atuação na esfera normativa.

Nesse sentido, vê-se, a partir dessa representativa publicação da FGV do Rio de Janeiro, que o rompimento da tradição pré-Constituição de 1988 pressupõe a consolidação de repertório argumentativo que decorre e fundamenta essa complexa estrutura teórica que vincula o papel constitucional do Supremo às ADI (e congêneres). O que até 1988 era considerado, pelo próprio STF, como sua atividade excepcional – o controle de constitucionalidade –, passa a ser tratado como sinônimo de “questão constitucional”. Por outro lado, o que se reconhecia como “jurisdição” – a aplicação do direito ao caso concreto – assume o significado de “corte recursal”, sendo evidentemente pejorativo o uso da expressão.

Consequentemente, a lei deixa de ser a “essência, a matéria-prima”, como defendido por Maximiliano, e passa a ser *tutelada* pelo STF, lembrando-se que, “tutela¹⁵⁴”, para o direito, é a representação de um incapaz feita por alguém juridicamente habilitado¹⁵⁵. O princípio da

¹⁵³ Em sentido contrário, defende Menelick de Carvalho Neto que o “(...) controle difuso faz com que qualquer um de nós seja intérprete autorizado da Constituição, uma vez que não se autorizou ao Legislativo e nem a qualquer outro poder violar direitos fundamentais, e em matéria constitucional, por ser sempre afeta aos direitos fundamentais de todos nós, reconhece-se competência para discussão, averiguação e decisão dessa matéria a qualquer juiz em qualquer caso concreto que surja diante dele (...) A autoridade encarregada de aplicar a Constituição não pode fazer o que bem quiser do texto constitucional, há limites, esses limites são intersubjetivamente compartilhados, e a maior garantia de qualquer constituição chama-se cidadania, uma cidadania viva e atuante, zelosa de seus direitos” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 163).

¹⁵⁴ Artigos 1.728 e seguintes do Código Civil.

¹⁵⁵ Segundo Manuela Carneiro da Cunha, é possível encontrar a origem da palavra “tutela” na política indigenista do século XVIII. O conceito aplicava-se aos índios “aldeados”, recém-amansados ou domesticados, a partir de

presunção de constitucionalidade da lei, em seu sentido forte, cede lugar à argumentação decorrente da “máxima efetividade da Constituição” – e princípios congêneres –, tornando-se a atividade legislativa (apenas) mais um dos argumentos disponíveis ao Supremo para decidir.

Essa expansão da técnica jurídica, que traz para o direito situações tratadas até então como “políticas”, está no núcleo da construção da legitimidade do exercício da tutela objetiva da ordem constitucional, pelo STF. Essa construção, contudo, é muito sutil. O direito, como linguagem do Estado, constrói realidades, forja sua própria legitimidade, e a relação entre a doutrina e as decisões judiciais é fundamental para se observar esse processo de edificação desse *saber* – e ao *poder*¹⁵⁶ a que ele está vinculado.

Por óbvio, não há dúvidas de que o número excessivo de julgamentos impede com que o Supremo exerça sua função constitucional, mas inexistente um caminho único, tampouco necessário, para se reduzir e, principalmente, qualificar o número de ações levadas ao STF. Não há uma relação de causa e efeito entre “questões constitucionais” e “ações abstratas”, mas, sim, o estabelecimento de uma verdade não devidamente problematizada que desobriga os pesquisadores de fundamentá-la. Especialmente se observarmos que os autores abdicam da análise da “matéria”, do “conteúdo” da decisão, para qualificar uma questão como “constitucional”, sendo suficiente a “forma” com que se acessa o Supremo.

5.3.1.b.3 Contextualizando a crença: as ações abstratas regem-se pela articulação de meios e fins, a partir da subsunção, colocando-se o conteúdo da decisão em segundo plano

Como a análise empírica dos julgados vem mostrando, o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade está intimamente relacionado ao exercício, pelo STF, de aspectos centrais da gestão do Estado. Está atrelado, portanto, a um juízo que busca articular meios e fins na obtenção de um resultado¹⁵⁷, a partir da lógica da “subsunção”: quais os limites da competência da União; quais as possibilidades de inovação de um decreto; qual o parâmetro do teto constitucional dos agentes públicos. Essa lógica, que hoje parece inexorável e necessária

1798, que, taticamente, submetiam os índios à escravidão. No caso, estando em tais situações, caberia ao juiz de paz distribuí-los como trabalhadores livres. A tutela, assim, “passa (...) a ser o instrumento da missão civilizadora, uma proteção concedida a essas “grandes crianças” até que elas cresçam e venham a ser “como nós” (CUNHA, 2015, p. 113-14). Ou seja, respeita-se, em tese, o índio como homem, mas é exigido que ele se despoje de sua condição étnica.

¹⁵⁶ Apropriando-se, aqui, da relação inexorável entre *poder* e *saber*, desenvolvida por Foucault em muitas de suas obras.

¹⁵⁷ Como já citado, o que Dworkin denomina “juízo político”: “Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). (DWORKIN, 2010, 40).

ao direito, diferencia-se profundamente da díade “questões políticas x direitos individuais”, em que o STF somente se autorizava intervir na demanda para proteger, no caso concreto, um determinado direito, o que pressuporia o reconhecimento de um ato abusivo do poder público.

Não parece aleatório, portanto, que a construção desenvolvida pelo “Supremo em Números”, vinculando “questões constitucionais” ao “veículo utilizado para acessar o STF”, não se importe com a matéria objeto da ação. Ao contrário, essa formulação teórica articula-se com o desenvolvimento das ações abstratas no Brasil, em que a análise da compatibilidade vertical da norma com a Constituição prescinde de um conteúdo específico. Consequentemente, o caráter contramajoritário da jurisdição não se coloca como um problema central para o controle abstrato, que se utiliza predominantemente do discurso de “proporcionalidade” e “razoabilidade” para veicular juízo de validade de normas voltado à proteção do *Estado*.

Nesse sentido, os julgados observados mostram que há uma predominância, nas ADI, na disciplina dos limites da competência legislativa dos entes federados e das prerrogativas do chefe do Executivo no processo legislativo. Em muitos desses casos, as normas invalidadas voltavam-se à proteção do trabalho feminino¹⁵⁸; à isenção em contas de luz a pessoas economicamente hipossuficientes¹⁵⁹; à vinculação de receita à proteção de área indígena¹⁶⁰; a limitações ao cultivo de alimentos transgênicos¹⁶¹; à ampliação da participação da comunidade

¹⁵⁸ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA E HIGIENE DO TRABALHO: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. Lei 2.702, de 25.3.97, do Estado do Rio de Janeiro. C.F., art. 21, XXIV, art. 22, I, art. 24, VI. I. - Lei 2.702, de 1997, do Estado do Rio de Janeiro: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao disposto nos arts. 21, XXIV, e 22, I, da Constituição Federal. II. - ADI julgada procedente” (ADI 1893, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2004, DJ 04-06-2004 PP-00029 EMENT VOL-02154-01 PP-00090).

¹⁵⁹ “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE SANTA CATARINA. DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL. LEI ESTADUAL QUE OBRIGA O SEU FORNECIMENTO POR MEIO DE CAMINHÕES-PIPA, POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA DA QUAL O ESTADO DETÉM O CONTROLE ACIONÁRIO. **DIPLOMA LEGAL QUE TAMBÉM ESTABELECE ISENÇÃO TARIFÁRIA EM FAVOR DO USUÁRIO DOS SERVIÇOS.** INADMISSIBILIDADE. INVASÃO DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS, PELO ESTADO-MEMBRO. INTERFERÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE O PODER CONCEDENTE E A EMPRESA CONCESSIONÁRIA. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO LOCAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE (...)” (ADI 2340, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-087 DIVULG 09-05-2013 PUBLIC 10-05-2013, grifo nosso).

¹⁶⁰ “E M E N T A: **LEI ESTADUAL QUE DETERMINA QUE OS MUNICÍPIOS DEVERÃO APLICAR, DIRETAMENTE, NAS ÁREAS INDÍGENAS LOCALIZADAS EM SEUS RESPECTIVOS TERRITÓRIOS, PARCELA (50%) DO ICMS A ELES DISTRIBUÍDA - TRANSGRESSÃO À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA NÃO-AFETAÇÃO DA RECEITA ORIUNDA DE IMPOSTOS (CF, ART. 167, IV) E AO POSTULADO DA AUTONOMIA MUNICIPAL (CF, ART. 30, III) (...)**” (ADI 2355 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00021 EMENT VOL-02282-01 PP-00131 RDDT n. 144, 2007, p. 216-217, grifei).

¹⁶¹ “EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a lei estadual paranaense de no 14.162, de 27 de outubro de 2003, que estabelece **vedação ao cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados (...)**” (ADI 3035, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 14-10-2005 PP-00007 EMENT VOL-02209-1 PP-00152 LEXSTF v. 27, n. 323, 2005, p. 53-64, grifo nosso).

acadêmica na gestão das escolas públicas, entre diversos outros. Por outro lado, muitas das decisões de caráter contramajoritário se deram pela via do controle difuso, tratado em “O Supremo em Números” como simples “tutela de processos de massa”. É o caso da garantia da progressão de regime em crimes hediondos¹⁶²; da exigência do recolhimento à prisão para apelar¹⁶³ ou mesmo para apresentar recursos excepcionais¹⁶⁴; da aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas travadas entre pessoas jurídicas¹⁶⁵ ou entre servidores e a administração¹⁶⁶. Inclusive, na amostra utilizada na presente tese, o controle de

¹⁶² “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. **PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE** - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90” (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795, grifo nosso).

¹⁶³ “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **CONHECIMENTO DA APELAÇÃO E RECOLHIMENTO DO RÉU CONDENADO À PRISÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA AMPLA DEFESA. RECURSO PROVIDO.** 1. O recolhimento do condenado à prisão não pode ser exigido como requisito para o conhecimento do recurso de apelação, sob pena de violação aos direitos de ampla defesa e à igualdade entre as partes no processo. 2. Não recepção do art. 594 do Código de Processo Penal da Constituição de 1988. 3. Recurso ordinário conhecido e provido” (RHC 83810, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00678, grifei).

¹⁶⁴ “EMENTA: HABEAS CORPUS. **INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA"**. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL (...).” (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048, grifo nosso).

¹⁶⁵ “EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. (...) III. **SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO (...)**” (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

¹⁶⁶ “EMENTA: POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. INVOCAÇÃO DO ESTATUTO DA POLICIA MILITAR. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS INCS. LIV E LV DO ARTIGO 5. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PREQUESTIONADA. . O ato de licenciamento do recorrente, a bem da disciplina militar, com base no Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, não foi precedido de procedimento administrativo para o esclarecimento das faltas apontadas como infrações disciplinares, capazes de autoriza-lo, verificando-se completa omissão de defesa. O Judiciário, mesmo sem entrar no mérito da atuação administrativa, tem poderes para examinar o ato sob o prisma do princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa. Recurso extraordinário conhecido e provido para restabelecer a sentença de primeiro grau que reintegrara o recorrente na Polícia Militar do Estado, com direito ao pagamento de remuneração que teria percebido durante o afastamento, ressalvada a possibilidade de ser realizado procedimento administrativo, **assegurado o regular exercício do direito de ampla defesa**” (RE 165680, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 28/04/1995, DJ 15-09-1995 PP-29535 EMENT VOL-01800-09 PP-01665, grifo nosso).

constitucionalidade exercido sobre normas, veiculando direitos fundamentais, deu-se majoritariamente pela via difusa. No período 1995-2004, por exemplo, dos 22 julgamentos, apenas oito se deram pela via abstrata, tendo a maioria (14) se dado pela via incidental.

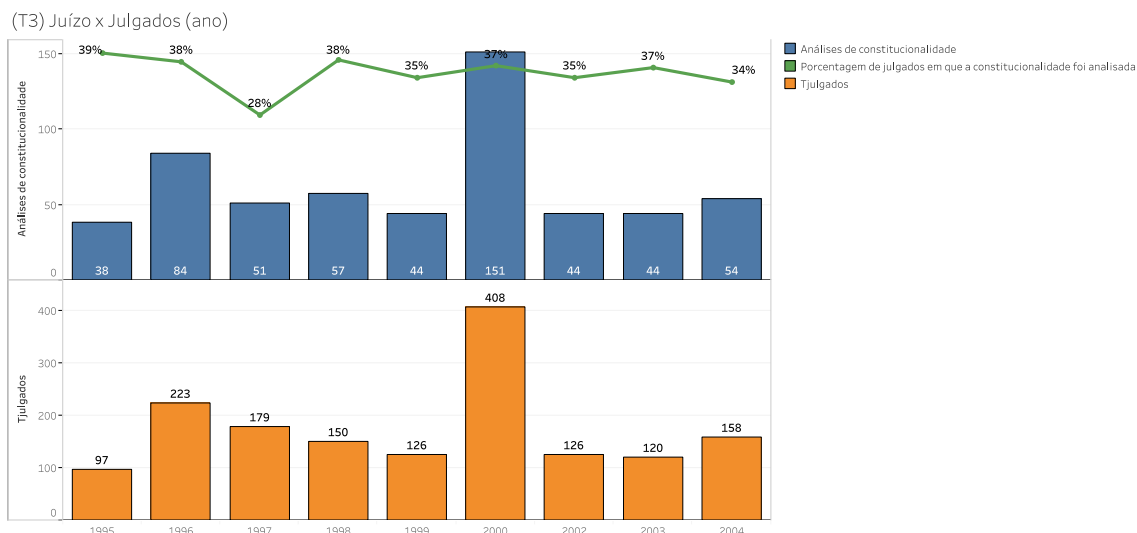
Em última análise, na medida em que as ações abstratas dissociam o direito de um conteúdo, ao mesmo tempo em que lhe atrelam a funções de gestão do Estado, qualquer matéria veiculada por ação concentrada pode ser qualificada como “jurídico”. Antes da representação interventiva, de outro modo, o controle de constitucionalidade pressupunha um conteúdo, sem o qual o STF não se autorizava intervir na demanda: era necessário demonstrar a ocorrência de lesão a um “direito individual” – notadamente a proteção à propriedade privada e ao controle do exercício do poder “bélico” do Estado.

No período pré-constitucional observado, por outro lado, a ausência de um limite conteudístico ao direito, nas ações abstratas, esteve vinculado a um *ethos* limitado que os ministros do STF se impunham. Assim, ainda que toda lei pudesse ser submetida ao crivo da Corte, a excepcionalidade com que o controle de constitucionalidade era exercido limitava a expansão do sistema jurídico. O que parece realmente novo nos momentos perscrutados, pós-Constituição de 1988, é como essa função atribuída ao Supremo, a partir da representação interventiva, será exercida dentro de um novo *habitus*, em que suas excelências constroem suas atribuições a partir de uma visão expansiva do direito. Em uma forma simplificada, que corre o risco de ser simplista, o predomínio do “princípio de presunção de constitucionalidade das leis” perde sua centralidade, que passa a ser ocupada pela “máxima efetividade das normas constitucionais”.

5.3.2 O STF analisava a constitucionalidade de normas com qual frequência?

Nos períodos anteriormente analisados, buscou-se observar, por meio do Gráfico 60, a relação entre o total de julgados com o número de análises de constitucionalidade de uma revista. Assim, considerando que as *RTJ* seriam um meio importante com que o Supremo se apresentava publicamente, seria possível vislumbrar o papel que julgamentos envolvendo a compatibilidade vertical de normas cumpririam na jurisprudência da Corte. Ou, ao menos, como o Tribunal pretendia se fazer reconhecido ao seu público. Nesse mesmo sentido, veja-se o Gráfico 60, que se debruça, agora, sobre os Informativos de Jurisprudência:

Gráfico 60: Juízo x Julgados (ano).



Fonte: elaborado pelo autor.

Vê-se, pois, que os *Informativos* veiculam, proporcionalmente, quantitativo *muito* superior de juízos de constitucionalidade do que se dava nas *Revistas Trimestrais de Jurisprudência*. Com efeito, a despeito da variação quantitativa observada durante o período¹⁶⁷, conclui-se que o STF atribui ao controle de constitucionalidade papel muito mais relevante do que o fazia entre 1957-1964 e 1985-1989. Essa assertiva é facilmente comprovada, ainda, se considerarmos os julgamentos mais relevantes proferidos pelo Tribunal nos últimos 20 (vinte) anos. Nota-se, facilmente, que grande parte das decisões se deu pela via do controle de constitucionalidade, excluindo-se, em razão de sua própria natureza, os julgamentos criminais.

5.3.3 Controle concentrado x difuso

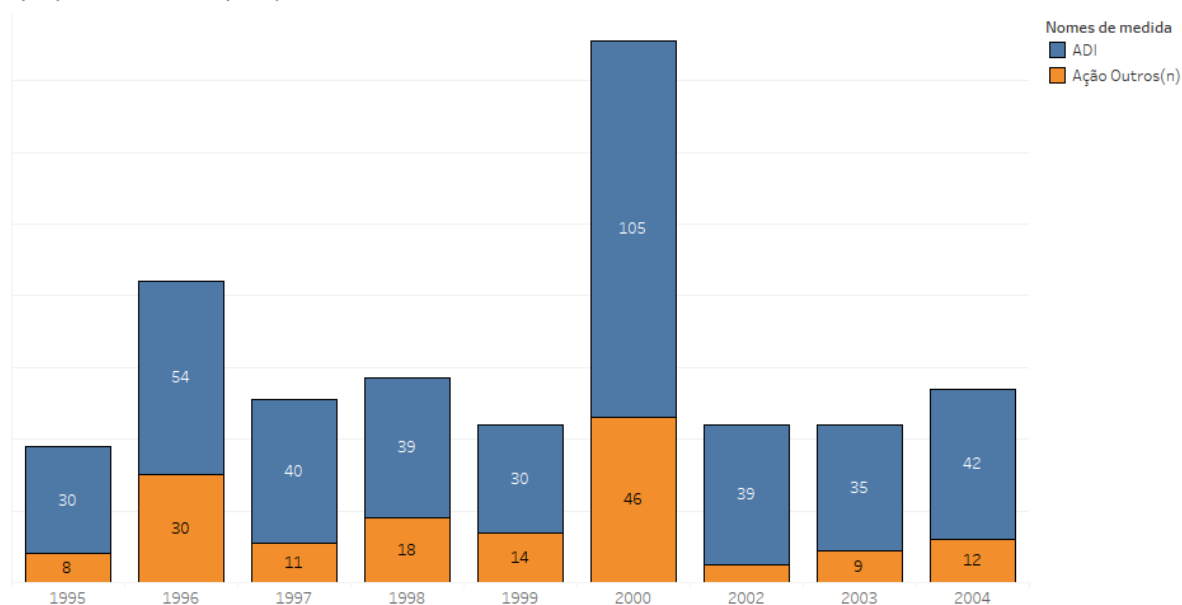
O “Supremo em Números” evidenciou que, entre 1988-2009, o STF julgou substancialmente mais recursos extraordinários que “ações constitucionais”. Contudo, interessante notar que, nos *Informativos de Jurisprudência*, a relação entre ADI e RE é outra. O Tribunal “se apresenta ao público”, por meio da publicação, utilizando-se constantemente das ações concentradas e abstratas.

¹⁶⁷ Costa e Benvindo (2014) demonstram que o ajuizamento de ações direta de constitucionalidade variou durante o período por eles observado (1988-2014). Ressaltam, ainda, que não houve crescimento contínuo do ajuizamento de ações, como afirmado por alguns autores. “Todavia, não se afigura correta a afirmação de que houve um crescimento contínuo do número de ADIs, tendo em vista que a quantidade anual de processos foi bastante variável. Essa realidade se torna mais evidente a partir de 2006, quando houve uma queda anual sensível do número de ações, que após o pico de 2003 a 2005, voltaram a se estabilizar em torno de 200 processos por ano. Esse pico de ajuizamentos foi lido como uma consolidação da via de judicialização, mas uma análise mais pormenorizada mostra que se tratou de uma situação atípica, que o gráfico a seguir esclarece ter decorrido de uma mudança no padrão de litigância da PGR” (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 17). Por fim, os autores demonstram como houve variação relevante entre as ADI a partir da origem da norma impugnada. Houve momentos em que normas federais foram muito veiculadas e, em seguida, ampla prevalência de normas estaduais.

O Gráfico 61 busca evidenciar a diferença numérica entre o controle de constitucionalidade de atos gerais e abstratos exercido pela via difusa e pela via concentrada, demonstrando a prevalência, no período, das ações diretas de inconstitucionalidade:

Gráfico 61: ADI x Difuso (ano)

(T4) ADI x Difuso (ano)



Fonte: elaborado pelo autor.

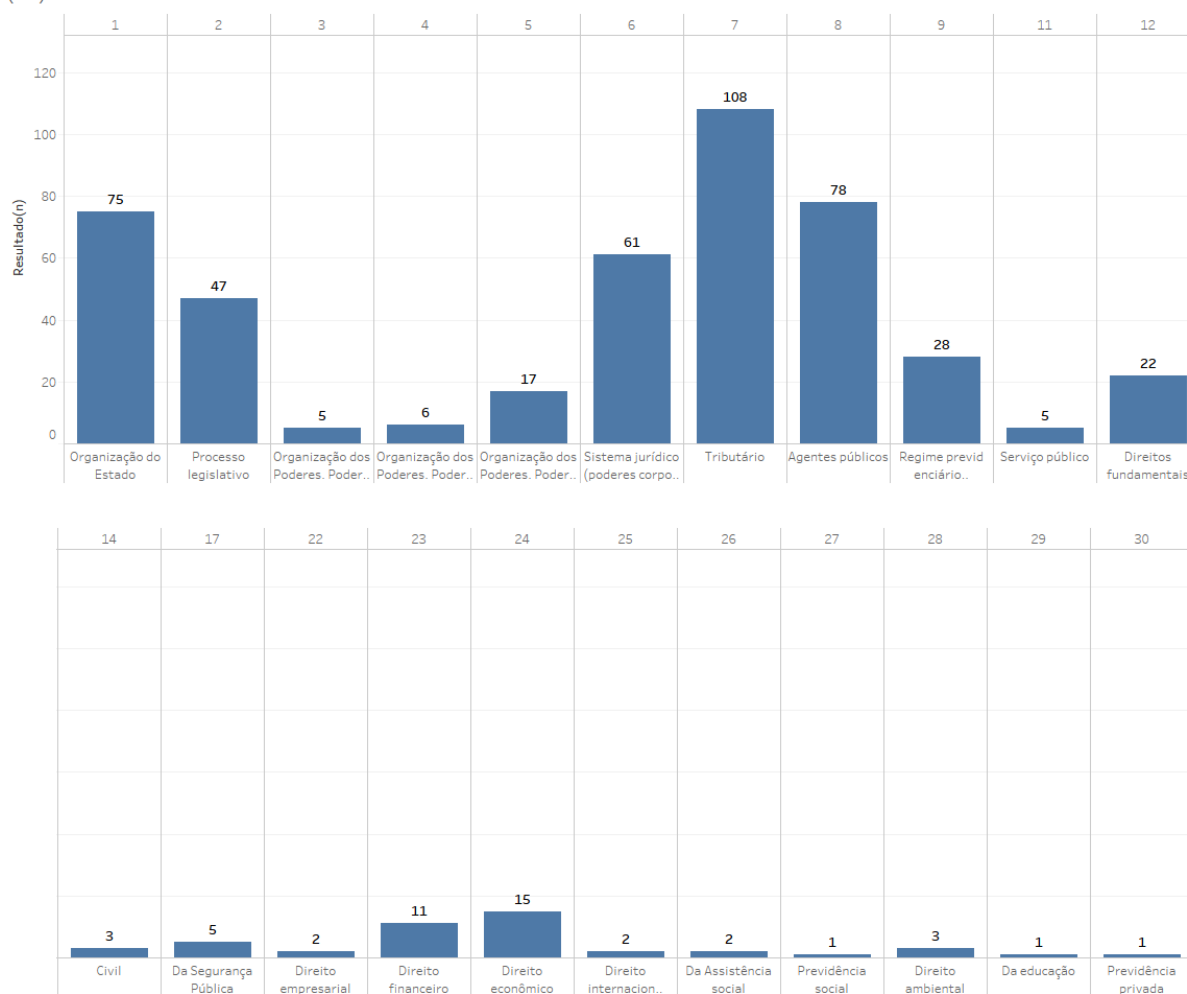
5.3.4 Quais temas são veiculados em sede de controle de constitucionalidade?

O Gráfico 62, também obtido a partir da classificação apresentada no índice do Apêndice 3, sugere que a organização do Estado e dos poderes continuam matérias centrais veiculadas pela Corte, no juízo de constitucionalidade de normas, assim como o direito tributário. Interessante notar que o tema “agentes públicos”, que deve englobar “regime previdenciário dos servidores públicos” e que já havia ganhado relevo no período 1985-1989, passa a ser quantitativamente majoritário. Especialmente se considerarmos que o tópico “poderes do sistema jurídico”, embora veicule também questões relativas à organização dos Poderes, está também intimamente relacionada ao regime do funcionalismo. Veja-se o Gráfico 62¹⁶⁸:

Gráfico 62: Temas (5).

¹⁶⁸ Como consequência da dificuldade de visibilidade, foram excluídos do presente gráfico os itens 10, 13, 15, 16, 18, 19, 20 e 21 constantes no apêndice do anexo 3.

(T5) Temas



Fonte: elaborado pelo autor.

A gestão dos agentes públicos, fundamental ressaltar, é indissociável da dominação exercida pelo Estado moderno, como explica Weber.

A modernização do estado encontra seu critério unívoco na direção do funcionalismo burocrático, baseado em contrato, salário, pensão, carreira, treinamento especializado e divisão do trabalho, competências fixas, documentação e ordem hierárquica” (WEBER, 1999, p. 188)¹⁶⁹.

As ações abstratas têm a pretensão de uniformizar a administração desses quadros especializados, pois permitem submeter ao STF, de imediato, eventuais disciplinas discrepantes editadas, sobretudo, nos estados e municípios.

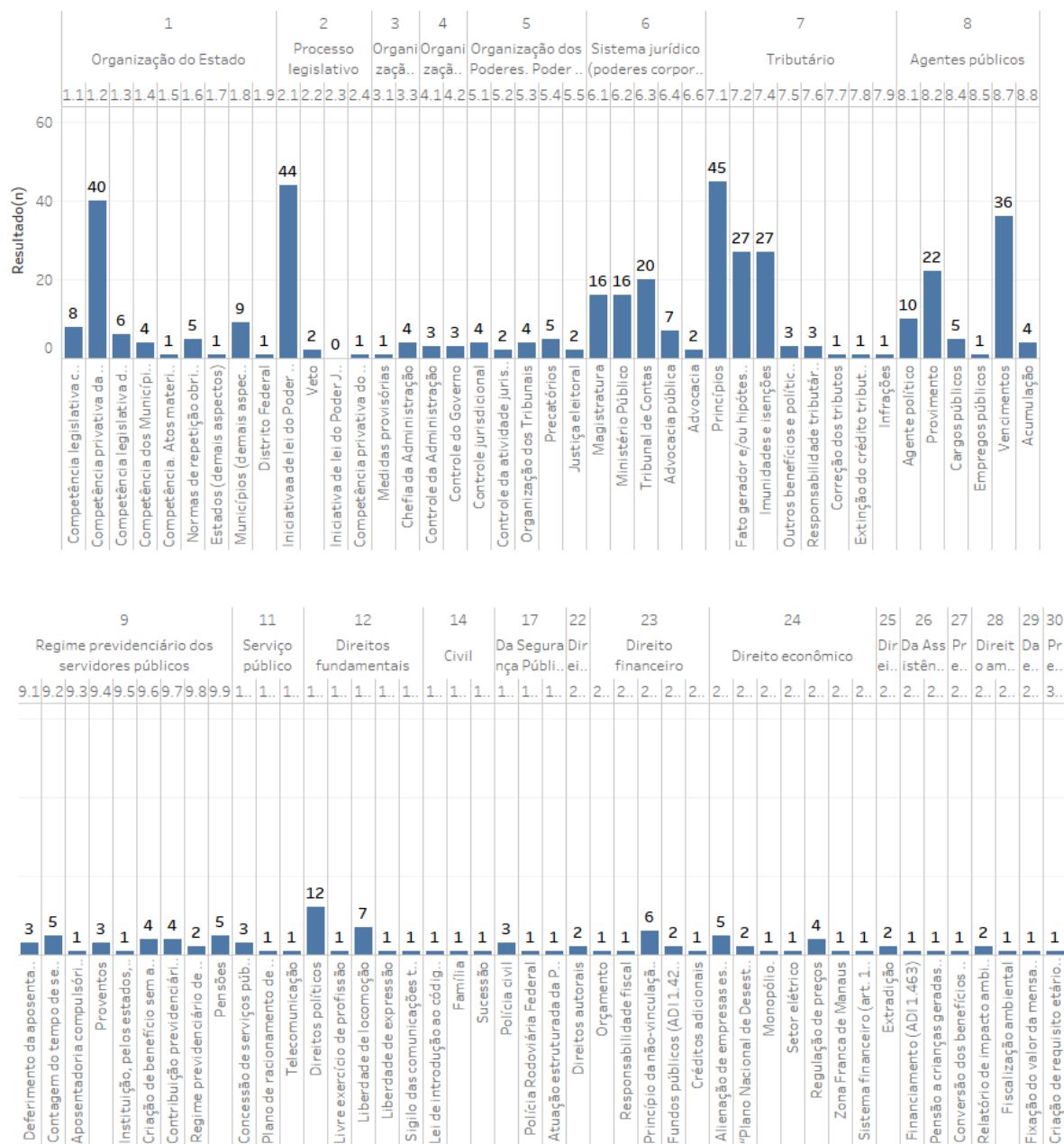
Ao ampliar a observação sobre os temas, descendo um nível na classificação

¹⁶⁹ Stuart Schwartz parece se utilizar dessa leitura weberiana para pensar o desenvolvimento da burocracia judicial no Brasil no período colonial. Sustenta o autor que o surgimento de um Estado centralizado na figura do rei (português) dependia da diminuição de poder de outras classes, o que implicou na vinculação do monarca aos burocratas. “Em meados do século XVII, burocracia e Estado já se haviam tornado sinônimos, e a máquina governamental atingira enormes dimensão e complexidade” (SCHWARTZ, 2011, p. 15). Notadamente os advogados e juízes cumpriram esse papel, inclusive no Brasil.

apresentada no Apêndice 3, tem-se o Gráfico 63¹⁷⁰:

Gráfico 63: Temas (6).

(T6) Temas (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Os itens 1.2, “competência legislativa privativa da União”, e 2.1, “iniciativa de lei do chefe do executivo”, concentraram a grande maioria dos juízos de constitucionalidade versando sobre organização do Estado e dos Poderes. Dos 122 processos analisados no período, 88 trataram desses dois temas, correspondendo a 72,12% dos julgados. Muitos desses julgados,

¹⁷⁰ Como consequência da dificuldade de visibilidade, foram excluídos do presente gráfico os itens 10, 13, 15, 16, 18, 19, 20 e 21, constantes no índice do Apêndice 3.

reitere-se, fizeram prevalecer a “organização formal do Estado” contra disciplinas legais que buscavam ampliar direitos ou a proteção ao meio ambiente, como é o caso da ADI 2.487¹⁷¹, em que normas estaduais que criavam medidas protetivas ao trabalho da mulher foram invalidadas; e da ADI 3.049¹⁷², que invalidou lei estadual que buscava ampliar o controle sobre a emissão de poluentes.

5.3.5 Há relação entre o tipo de ação/recurso e o tema veiculado pela norma analisada pelo STF?

Ao analisar a relação entre “temas” e “tipos de ação/recurso”, obtém-se o Gráfico 64¹⁷³. Como nos períodos anteriormente perscrutados, observa-se que o controle de normas incidente sobre a “organização do Estado” e a “organização dos poderes” é feita quase que exclusivamente pela via abstrata. Veja-se:

Gráfico 64: Temas x Ação (5).

¹⁷¹ “EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.623/01 do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre critérios de proteção do ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador. Inconstitucionalidade formal. Competência privativa da União. 1. **Inconstitucionalidade formal da Lei nº 3.623/01 do Estado do Rio de Janeiro, a qual estabelece critérios para determinação de padrões de qualidade no ambiente de trabalho e versa sobre a proteção da saúde dos trabalhadores.** 2. Competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho e sua inspeção, consoante disposto nos arts. 21, inciso XXIV, e 22, inciso I, da Constituição. Precedentes: ADI nº 953/DF; ADI nº 2.487/SC; ADI nº 1.893/RJ. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI 2609, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015, grifo nosso).

¹⁷² “EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 6.347/2002, do Estado de Alagoas. Competência legislativa. Trânsito. Transporte. Veículos. Inspeção técnica veicular. Avaliação de condições de segurança e controle de emissões de poluentes e ruídos. Regulamentação de concessão de serviços e da sua prestação para esses fins. Inadmissibilidade. Competência legislativa exclusiva da União. Ofensa ao art. 22, inc. XI, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que, sob pretexto de autorizar concessão de serviços, dispõe sobre inspeção técnica de veículos para avaliação de condições de segurança e controle de emissões de poluentes e ruídos” (ADI 3049, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00023 EMENT VOL-02286-02 PP-00232).

¹⁷³ Como consequência da dificuldade de visibilidade, foram excluídos do presente gráfico os itens 10, 13, 15, 16, 18, 19, 20 e 21, constantes no índice do Apêndice 3.

(T7) Temas x Ação



Fonte: elaborado pelo autor.

Mas é interessante notar a alteração nos instrumentos jurídicos que suscitaram o controle

de constitucionalidade em matéria tributária. Até então, apenas recursos extraordinários eram utilizados. Agora o número de ADI é superior ao do mencionado apelo (57 x 53). O mesmo fenômeno se observa em relação ao controle veiculando o tema “agentes públicos”, que é deduzido, notadamente, em sede de ações abstratas: 66 x 18.

Atendo-nos brevemente ao controle de constitucionalidade, versando sobre direitos fundamentais, observa-se que 14 julgamentos se deram pela via do controle difuso e oito do controle concentrado. O *habeas corpus* foi, de fato, utilizado como forma de tutelar a liberdade de locomoção, levando ao STF, por diversas, a discussão sobre a constitucionalidade da prisão do depositário infiel no contrato de alienação fiduciária¹⁷⁴, até que a Corte veio a reconhecer a sua invalidade. Em sede de recurso extraordinário, foi discutida a recepção da Lei 1.060/50, que institui a assistência judiciária gratuita¹⁷⁵; direitos do mutuário em face do sistema financeiro de habitação¹⁷⁶, além da vinculação do soldo ao salário-mínimo¹⁷⁷. O controle pela via abstrata, por sua vez, merece uma análise mais atenta, pois os julgados demonstram as possibilidades e aporias do instituto.

Por um lado, partidos de esquerda e sindicatos buscaram aumentar o salário mínimo, sob o argumento de que o valor fixado não seria capaz de assegurar as condições estabelecidas pelo inciso IV, artigo 7º, da CF/88. O Ministério Público defendeu sua prerrogativa funcional,

¹⁷⁴ “E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO, QUE, PROFERIDA POR MINISTRO-RELATOR, NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIÇÃO DE ÓRGÃO COLEGIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADMISSIBILIDADE - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - “PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) - CONCESSÃO DE "HABEAS CORPUS" DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, AFASTADA A PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO-LEI Nº 911/69, ANALISE AS DEMAIS ALEGAÇÕES DE DEFESA SUSCITADAS PELO PACIENTE. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE (....)” (HC 81319, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2002, DJ 19-08-2005 PP-00005 EMENT VOL-02201-02 PP-00186 RJSP v. 53, n. 335, 2005, p. 136-137).

¹⁷⁵ “EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I. – (...) **Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição**, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV). II. - R.E. não conhecido” (RE 205746, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 26/11/1996, DJ 28-02-1997 PP-04080 EMENT VOL-01859-06 PP-01269, grifo nosso).

¹⁷⁶ “EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido” (RE 223075, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 23/06/1998, DJ 06-11-1998 PP-00022 EMENT VOL-01930-08 PP-01682 RTJ VOL-00175-02 PP-00800)”.

¹⁷⁷ “EMENTA: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ART. 29, I, QUE ASSEGURA AOS SERVIDORES MILITARES VENCIMENTO BÁSICO NUNCA INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO FIXADO PELA UNIÃO. **INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL (...)**” (RE 198982, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/1998, DJ 19-04-2002 PP-00060 EMENT VOL-02065-05 PP-00905, grifo nosso).

em nome do princípio da neutralidade da jurisdição, buscando impedir que magistrado pudesse realizar a coleta de provas *sponte própria*. Mas, por outro lado, a Confederação Nacional do Comércio, em nome do direito à propriedade privada, ajuizou ações diretas em todos os estados que criaram lei tornando gratuitos os estacionamentos privados.

Os partidos de esquerda não foram exitosos em sua empreitada¹⁷⁸. As ações foram julgadas prejudicadas, em razão da alteração da lei impugnada. O procurador-geral da República obteve decisão favorável que, além de interessar à categoria, assegurou a proteção a direitos do acusado¹⁷⁹. Já a Confederação Nacional do Comércio foi consagrada com sucessivas decisões favoráveis, impedindo que os estados criassem legislação isentando os estacionamentos, em *shoppings*, de seus clientes, o que configuraria, para o STF, afronta ao direito de propriedade dos representados pela CNC¹⁸⁰ - além de lesão à competência da União para legislar sobre direito civil.

Novamente ampliando o Gráfico 64 em mais um nível, nos termos da classificação utilizada no Apêndice 3, obtém-se o Gráfico 65¹⁸¹. Veja-se:

Gráfico 65: Tema x Ação (6)

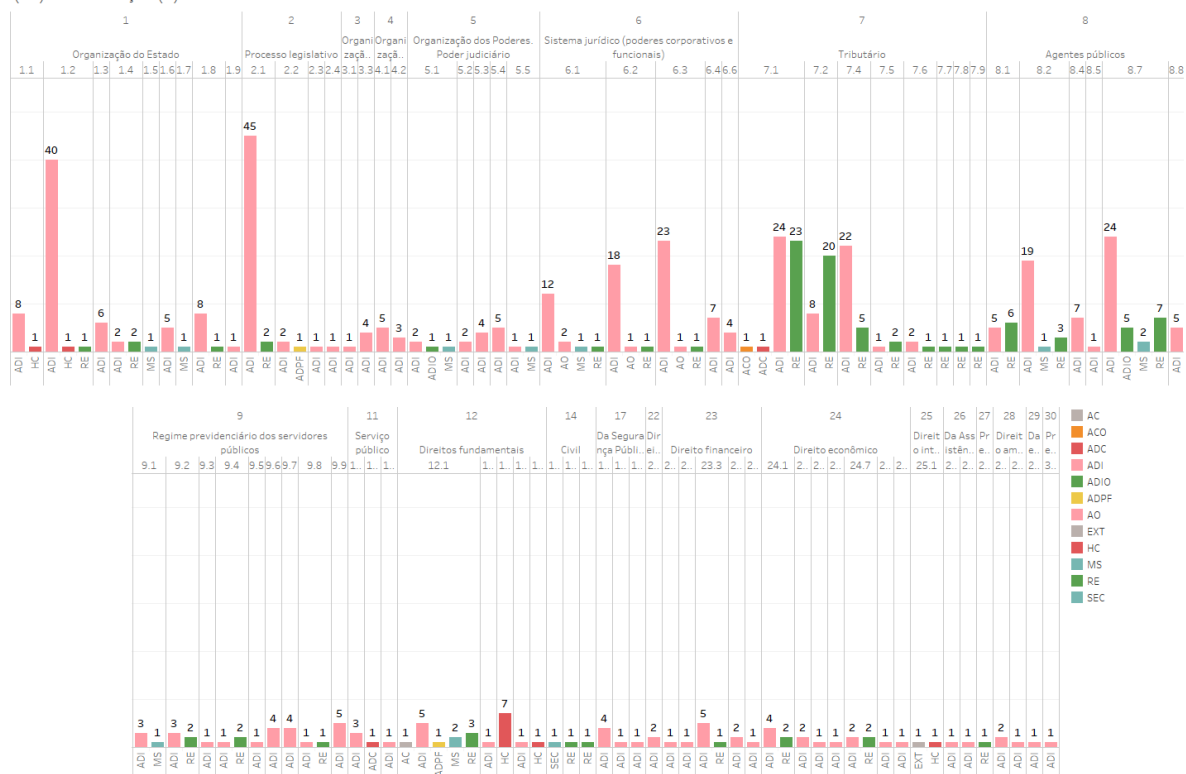
¹⁷⁸ “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.019-1 QUE “DISPÕE SOBRE O SALÁRIO MÍNIMO A VIGORAR A PARTIR DE 3 DE ABRIL DE 2000”. Com a edição de normas posteriores alterando o valor do salário mínimo, julga-se prejudicada a argüição ante a perda de seu objeto” (ADPF 4 MC, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2006, DJ 22-09-2006 PP-00028 EMENT VOL-02248-01 PP-00001 LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 157-180).

¹⁷⁹ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. (...). REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL” (...) (ADI 1570, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838).

¹⁸⁰ “EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “OU PARTICULARES” CONSTANTE DO ART. 1º DA LEI Nº 2.702, DE 04/04/2001, DO DISTRITO FEDERAL, DESTE TEOR: “FICA PROIBIDA A COBRANÇA, SOB QUALQUER PRETEXTO, PELA UTILIZAÇÃO DE ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS EM ÁREAS PERTENCENTES A INSTITUIÇÕES DE ENSINO FUNDAMENTAL, MÉDIO E SUPERIOR, PÚBLICAS OU PARTICULARES”. ALEGAÇÃO DE QUE SUA INCLUSÃO, NO TEXTO, IMPLICA **VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DOS ARTIGOS 22, I, 5º, XXII, XXIV e LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. QUESTÃO PRELIMINAR SUSCITADA PELA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL: a) DE DESCABIMENTO DA ADI, POR TER CARÁTER MUNICIPAL A LEI EM QUESTÃO; b) DE ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM” (...) (ADI 2448, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2003, DJ 13-06-2003 PP-00008 EMENT VOL-02114-02 PP-00299).

¹⁸¹ Como consequência da dificuldade de visibilidade, foram excluídos do presente gráfico os itens (10, 13, 15, 16, 18, 19, 20 e 21, constantes no índice do apêndice 3.

(T8) Temas x Ação (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Interessante notar como o STF analisou a validade de normas, em matéria eleitoral e ambiental, apenas pela via da ADI. A prevalência massiva da ADI também é observada em relação ao direito financeiro¹⁸² e econômico.

5.3.6 Qual a influência do “tema” nos “juízos” proferidos pela Corte? Há vínculo entre o tipo de ação/recurso e a matéria veiculada?

A classificação dos “juízos” seguirá os mesmos critérios adotados para o período 1985-1989. Assim:

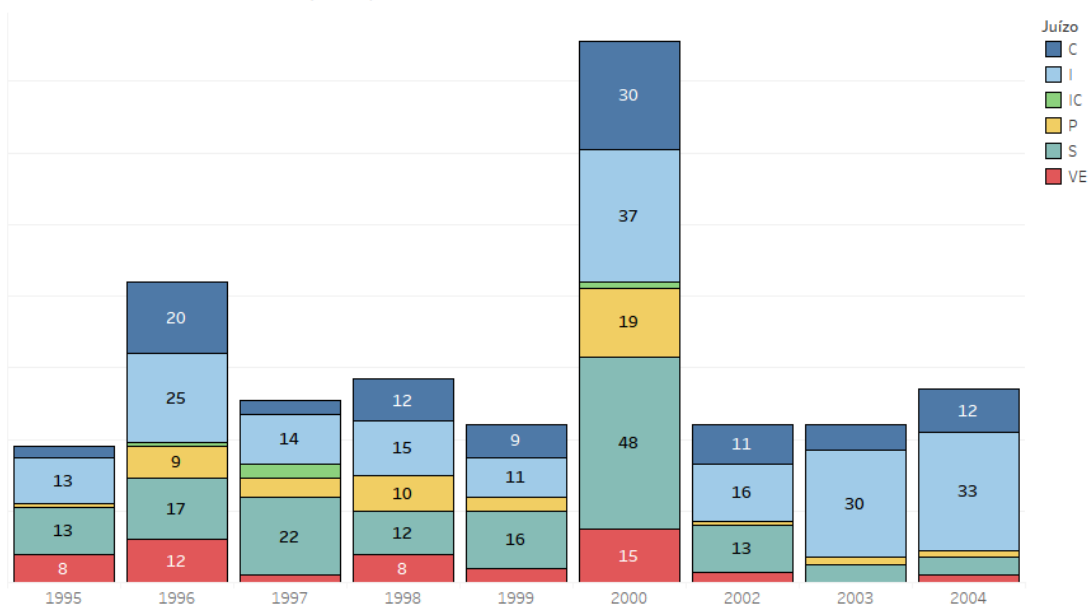
- (C) Constitucionalidade;
- (I): Inconstitucionalidade;
- (S): Cautelar deferida
- (VE): Cautelar indeferida
- (P): Representação prejudicada.

Fazendo a análise em relação aos informativos publicados anualmente, obtém-se o Gráfico 66:

Gráfico 66: Juízos x Informativo (ano);

¹⁸² Ressalvado o RE 183.06, SP.

JUÍZOS X INFORMATIVO (ANO)

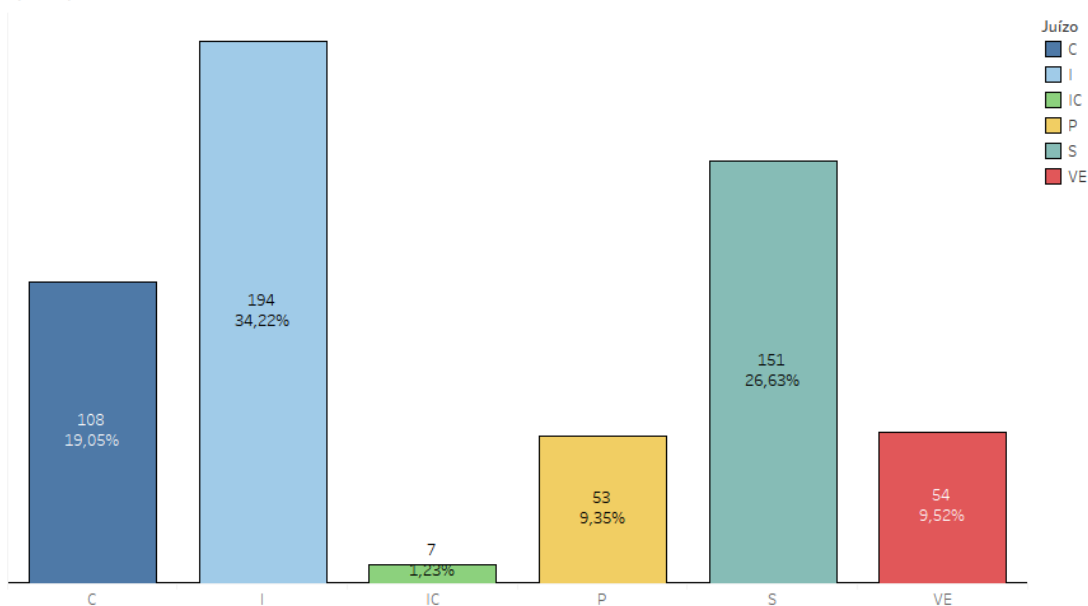


Fonte: elaborado pelo autor.

A observação dos juízos proferidos pela Corte, considerando todo o período analisado, leva-nos ao Gráfico 67, que mostra que o STF julgou inconstitucional¹⁸³, ou suspendeu a eficácia, em 62,13% das normas a ele submetidas. Apenas 18,94% das normas foram julgadas constitucionais e, em 9,56% das demandas, a liminar não foi deferida. Veja-se:

Gráfico 67: Juízo x Total (2).

(T10) Juízo x Total



Fonte: elaborado pelo autor.

Claro que é preciso reiterar que o universo das ADI observado nesta tese é pequeno e

¹⁸³ Incluindo-se as hipóteses de interpretação conforme.

reflete apenas o perfil que o STF pretende tornar público, pela via dos *Informativos*. Costa e Benvindo (2016), por outro lado, fazem ampla análise do resultado das ações diretas, que pressupõe distingui-las por período observado, pela análise ou não do mérito e pelo deferimento das tutelas de urgência¹⁸⁴, contudo afirmam que, dentre os processos que cumprem os requisitos de serem julgados, o número de decisões de “improcedência” é cinco vezes menor que o de decisão de procedência, o que se dá, sobretudo, em razão da mobilização de critérios formais que permitem à Corte não conhecer da ação – tornando “desnecessário” julgá-la. Veja-se:

As decisões de improcedência são aquelas em que o tribunal avalia o mérito do pedido e o rejeita completamente. **O número de decisões de improcedência nas ADIs é cerca de 5 vezes menor o de decisões de procedência**, o que indica que, entre os processos que cumprem todos os requisitos para serem julgados, apenas 1/6 dos processos são considerados improcedentes.

A combinação dessa informação com o alto índice de decisões de “extinção” sugere que há uma prática consistente no sentido de **utilizar critérios formais para excluir de forma mais rápida os pedidos que são considerados manifestamente improcedentes (e não apenas formalmente inadequados)**. Assim, as decisões de improcedência parecem reservadas a casos mais complexos, que demandam avaliação tão cuidadosa quanto os de procedência, uma vez que os tempos médios de julgamento das decisões de procedência e improcedência são muito semelhantes. Nesse sentido, cabe notar que os ministros com altíssimo índice de julgamentos de extinção (Moreira Alves e Celso de Mello), apesar de terem passado largo tempo no Tribunal, relataram menos de 1/3 de processos de improcedência do que a média os ministros que se destacam pelo alto índice de julgamento de mérito (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 52, grifos nossos).

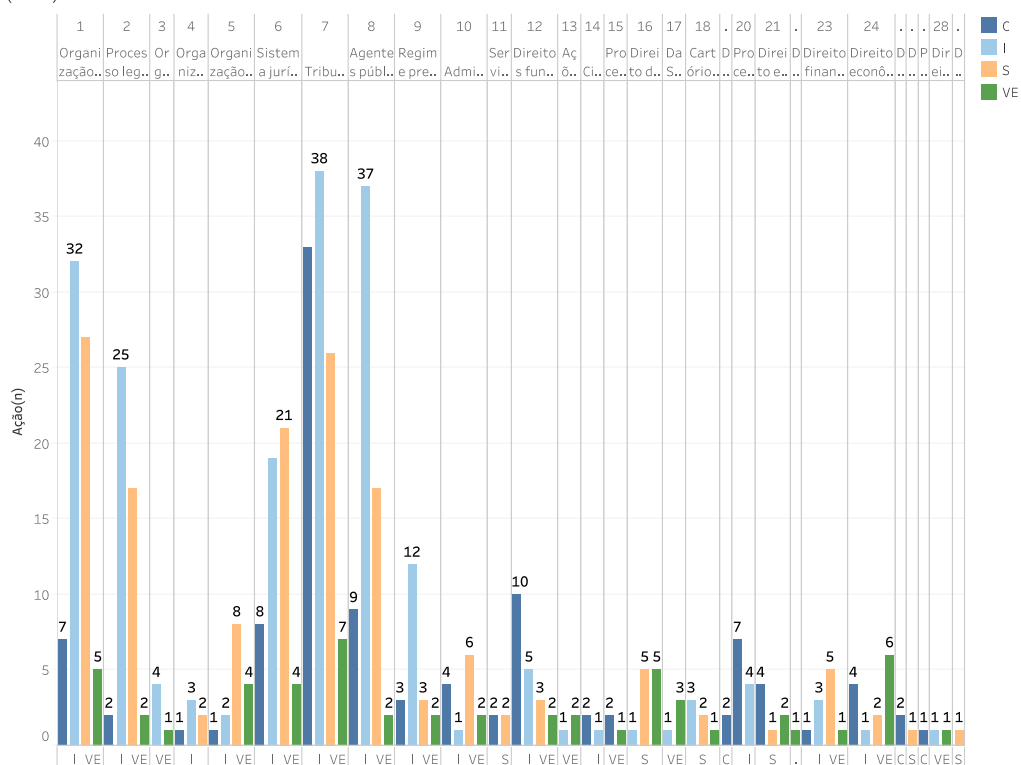
Com efeito, com as informações trazidas pelos autores, é possível com mais segurança afirmar que há uma previsibilidade maior no julgamento das ADI do que se observa em relação ao recurso extraordinário. A mobilização de requisitos formais pela Corte, nesse sentido, é mais um dos elementos da dinâmica do controle abstrato que amplia o controle sobre todo o procedimento.

Retomando-se à sequência de indagações seguida nos períodos anteriores, torna-se necessário perscrutar se haveria uma relação entre o juízo proferido pelo STF e o tema abordado. O Gráfico 68 busca enfrentar o problema. Veja-se:

¹⁸⁴ Os autores demonstram que, até 2002, o STF tendia a deferir mais cautelares, contudo, a partir dessa data, o rito do artigo 12, da Lei 9.868/99, passou a ser utilizado de forma mais constante, o que ensejou, por um lado, o aumento de decisões de mérito, mas, por outro, do tempo do processo. Veja-se: “Isso quer dizer que até 2002 o Tribunal tendia a oferecer rapidamente um posicionamento provisório, o que era especialmente relevante para que houvesse interesse político em judicializar as questões de constitucionalidade via ADI. Desde então, o Supremo tende a oferecer uma solução definitiva, mas apenas depois de um processamento que dura em média cinco anos, o que contribui para um esvaziamento da função política das ADIs, cuja procedência pode vir demasiadamente tarde para justificar o interesse dos atores políticos de moverem ações desse tipo quando o objetivo for propiciar uma alteração legislativa mais imediata” (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 45-46).

Gráfico 68: Tema x Juízo (3).

(T11) Tema x Juízo

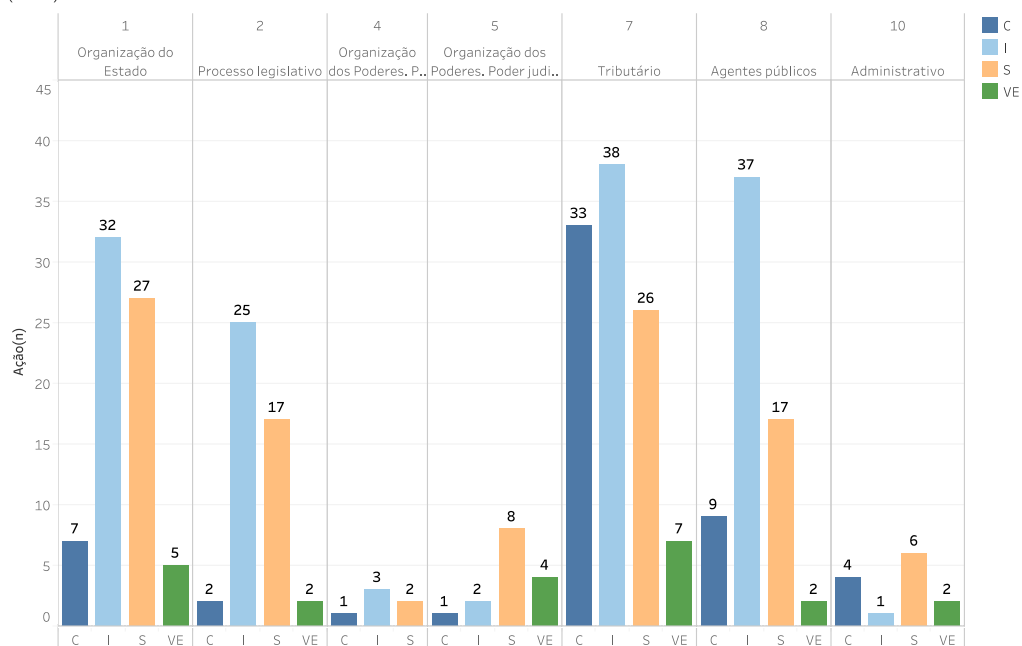


Fonte: elaborado pelo autor.

Em relação à organização do Estado, dos poderes e aos agentes públicos, a matérias veiculadas, sobretudo por ADI, observa-se notória prevalência do juízo de inconstitucionalidade de normas. Sobretudo se incluirmos os números referentes às cautelares deferidas. Veja-se:

Gráfico 69: Tema x Juízo (4).

(T11) Tema x Juízo



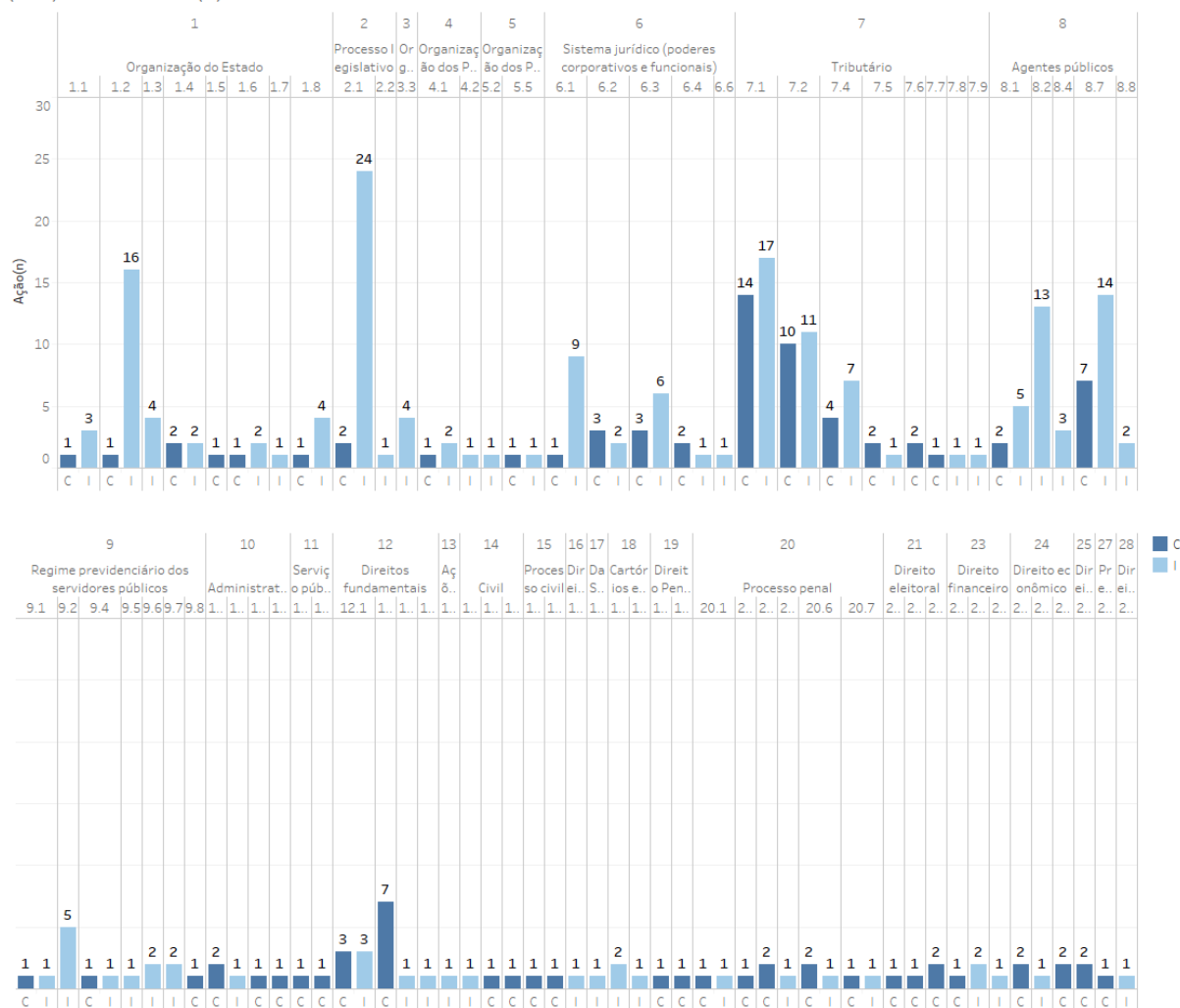
Ação(n) para cada Juízo dividido por Código de busca e descr1. A cor mostra detalhes sobre Juízo. As marcas são rotuladas por Ação(n). A exibição é filtrada em Código de busca e Juízo. O filtro Código de busca mantém 7 de 31 membros. O filtro Juízo mantém C, I, S e VE.

Fonte: elaborado pelo autor.

Já nos debates em torno do direito tributário, em que o recurso extraordinário cumpre papel relevante, há uma mescla de juízos de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Refinando-se a classificação, nos termos dos subníveis descritos no Anexo 3, chega-se ao Gráfico 70.

Gráfico 70: Tema x Juízo (5).

(T12) Tema x Juízo (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

No Gráfico 70, chama novamente atenção os itens 1.2 (competência privativa da União) e 2.1 (iniciativa de lei do chefe do Poder Executivo). Em ambos os casos, prevalece também amplamente o juízo de inconstitucionalidade de normas.

5.3.7 Os juízos de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) variaram a depender da ação/recurso apreciados?

Os gráficos seguintes buscam relacionar, como feito até aqui, os “juízos” proferidos pelo STF com o tipo de ação e recurso, para analisar se existem regularidades nos julgamentos proferidos pela Corte. No Gráfico 71, abaixo, o número total de análises de constitucionalidade em cada Informativo é separado em seis colunas. Da esquerda para a direita:

- IC = Interpretação conforme, considerada, nesta tese, como hipótese de julgamento

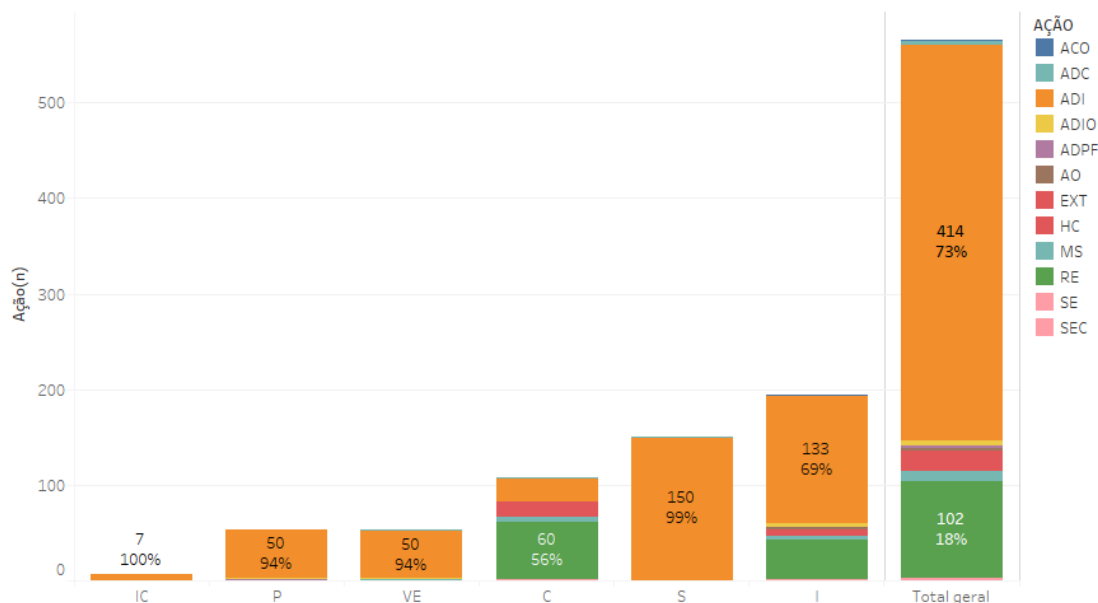
procedente da ADI¹⁸⁵;

- P = processo prejudicado;
- VE = Liminar deferida (norma impugnada válida e eficaz);
- C = Norma impugnada constitucional (ação julgada improcedente);
- S = Cautelar deferida (norma impugnada suspensa);
- I = Norma impugnada inconstitucional (ADI procedente);
- Total = número total de ações e recursos analisados.

Cada coluna poderá conter, então, até 17 cores, demonstrando a proporção respectiva de ADI, RE e demais ações/recursos ali relacionados.

Gráfico 71: Ação x Juízo.

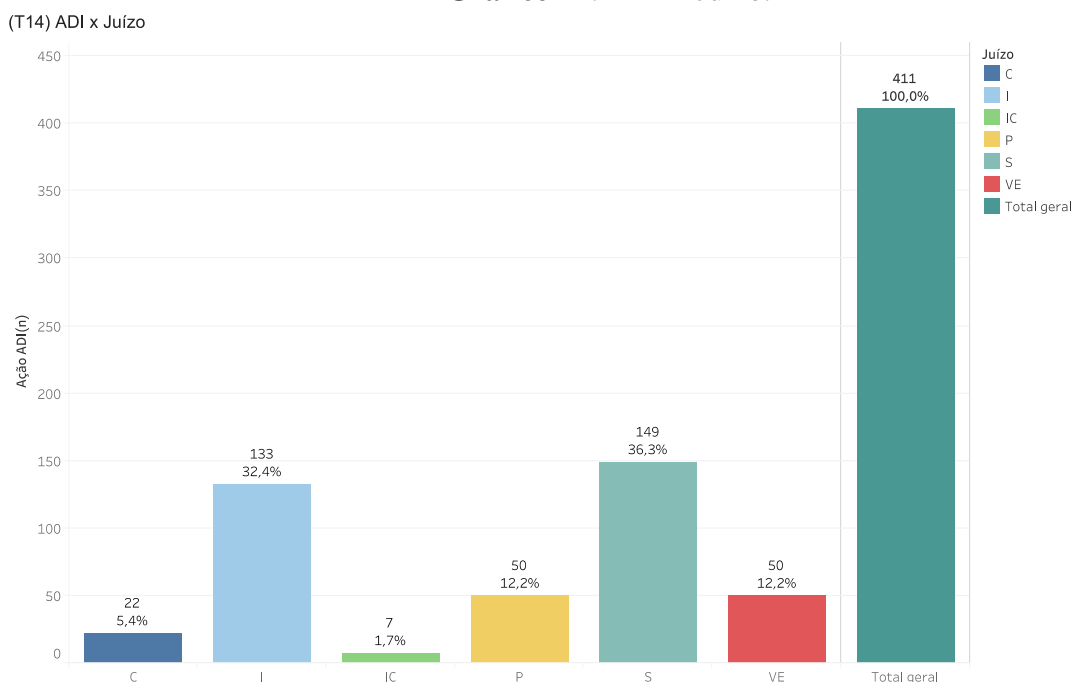
(T13) Ação x Juízo



Fonte: elaborado pelo autor.

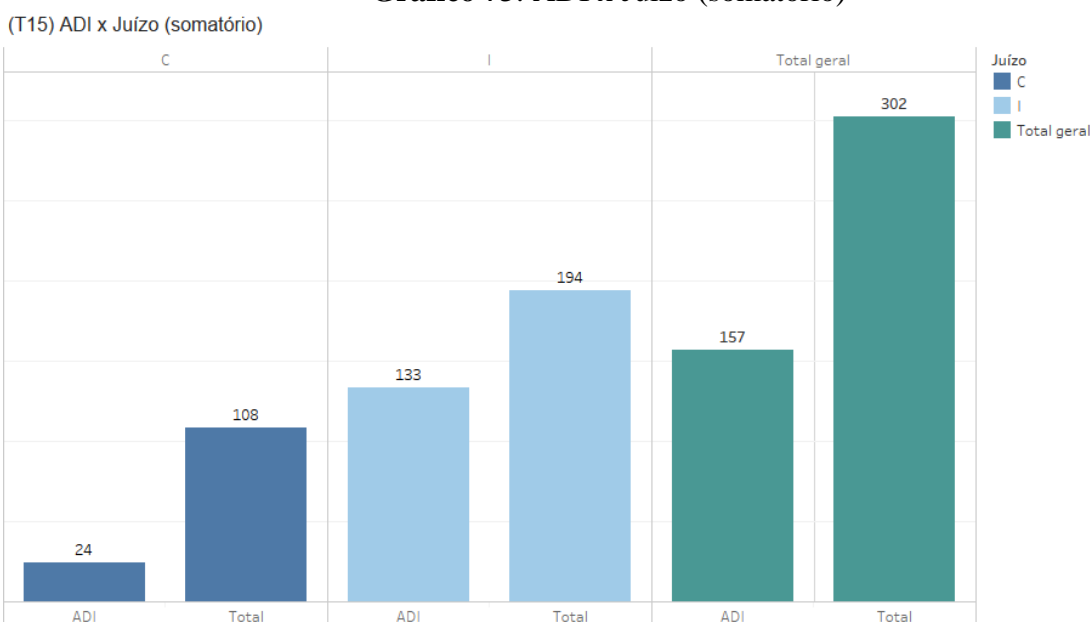
O Gráfico 71 sugere que há mais regularidade no julgamento das ADI (e demais ações concentradas) do que nas decisões envolvendo recurso extraordinário. O Gráfico 72, nesse sentido, demonstra que 70% dos julgamentos foram favoráveis ao autor da ADI, seja porque a ação foi julgada procedente, houve o deferimento de liminar ou de interpretação conforme. Veja-se:

¹⁸⁵ Costa e Benvindo (2014) afirmam que o número de julgamentos de interpretação conforme cresceu entre 1988-2014.

Gráfico 72: ADI x Juízo.

Fonte: elaborado pelo autor.

Considerando apenas os julgamentos de mérito, abstraído, portanto, as cautelares e ações prejudicadas, o Gráfico 73 nos mostra que, dos 194 juízos de *inconstitucionalidade* proferidos pelo STF, 73,3% (133) se deram pela via da ADI¹⁸⁶, enquanto das 107 normas julgadas *constitucionais*, apenas 20,56% (22) se deram pela via abstrata.

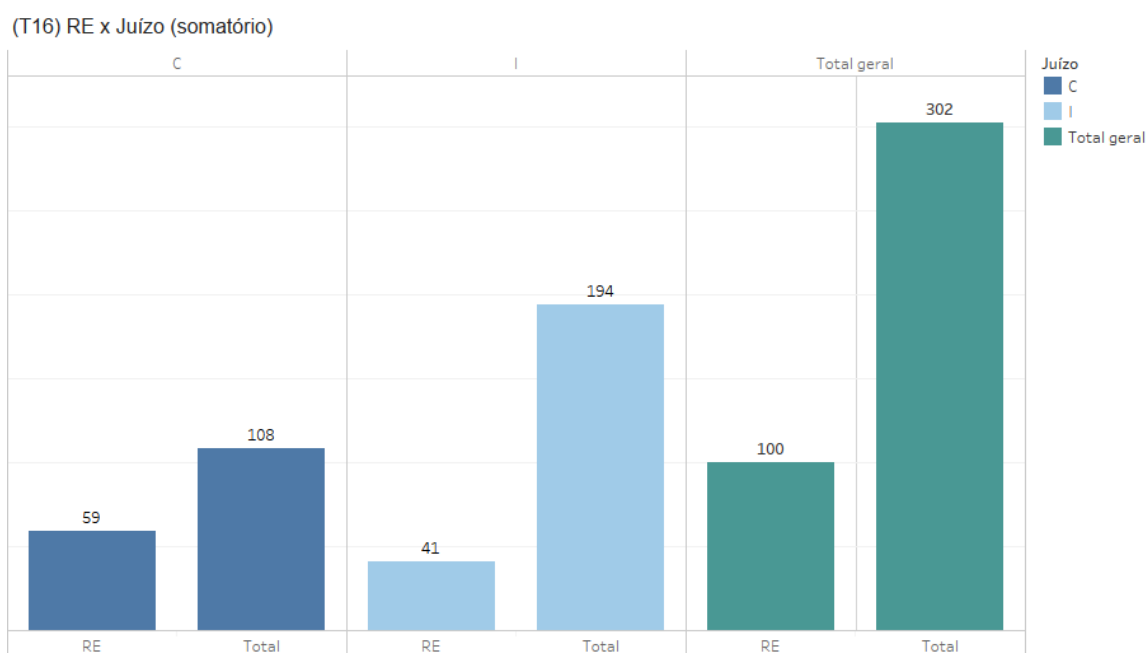
Gráfico 73: ADI x Juízo (somatório)

¹⁸⁶ Ou outra ação abstrata.

Fonte: elaborado pelo autor.

Novamente, o recurso extraordinário se comporta de maneira distinta. O Gráfico 74 mostra que, dos 100 Recursos Extraordinários analisados, 41% (41) tiveram normas julgadas constitucionais, enquanto 59% (99) veicularam juízos de inconstitucionalidade de norma. Isso significa que dos 107 juízos de constitucionalidade proferidos pelo STF, 55% deles (59) se deram em RE, enquanto dos 194 juízos de inconstitucionalidade apenas 41 deles (21%) por essa via difusa¹⁸⁷. Veja-se:

Gráfico 74: RE x Juízo (somatório)



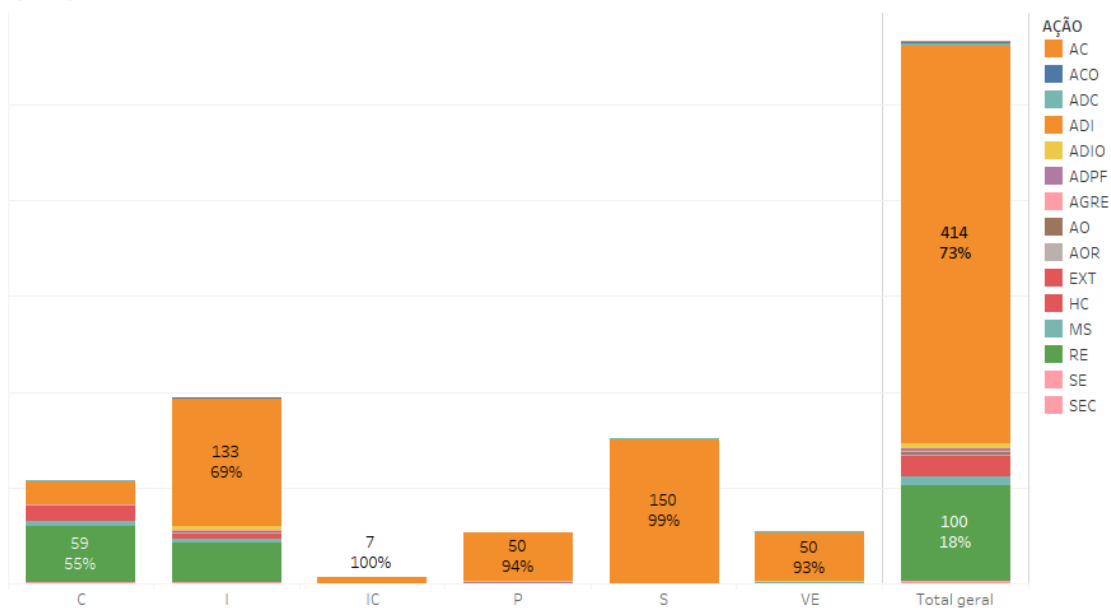
Fonte: elaborado pelo autor.

O Gráfico 75 apresenta as mesmas informações, mas deixa mais evidente a diferença dos juízos em relação ao RE e ao ADI – tratados isoladamente para permitir comparação mais clara entre os institutos. O juízo de constitucionalidade está à esquerda (C), seguido do de inconstitucionalidade (I), da interpretação conforme (IC), das ações prejudicadas (P), dos cautelares deferidas (S) e das cautelares indeferidas (VE). Veja-se:

¹⁸⁷ Reiterando-se que estão sendo tratados, neste momento, apenas os juízos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, excluindo-se as demais categorias possíveis.

Gráfico 75: Ação x Juízo x Origem (2).

(T17) Ação x Juízo x Origem



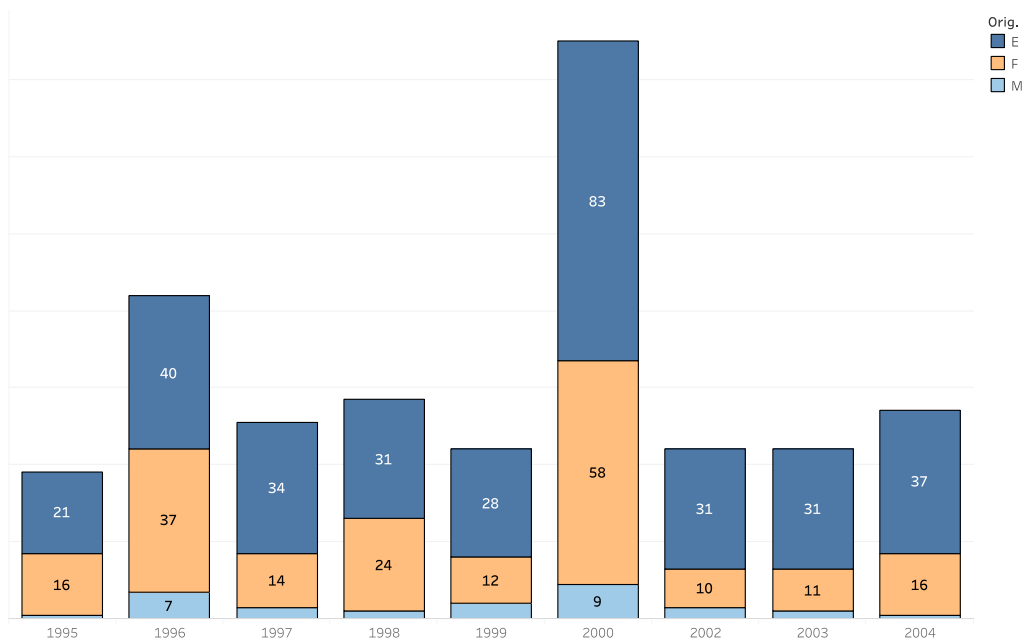
Fonte: elaborado pelo autor.

5.3.8 Tipo de ação/recurso e sua relação com a origem da norma impugnada

Os gráficos seguintes buscam identificar a origem da norma impugnada. O Gráfico 76 organiza as Informações por ano¹⁸⁸. Veja-se:

Gráfico 76: Origem X Ano.

(T18) Origem x Ano

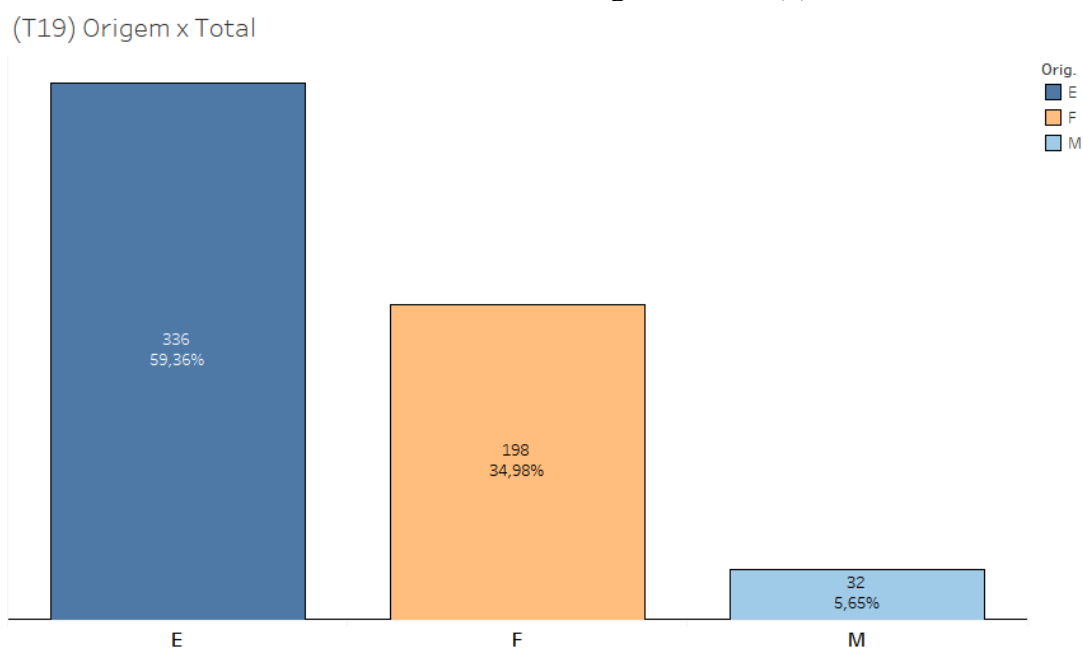


Fonte: elaborado pelo autor.

¹⁸⁸ Como explicado na metodologia, para facilitar a visualização das informações, os *Informativos* foram organizados em razão do ano de sua publicação.

O Gráfico 77 apresenta o somatório dos julgados, considerando todo o período 1995-2004. Constata-se que o controle da atividade legislativa dos estados parece ter sido, também, o núcleo do exercício do controle de constitucionalidade pelo STF.

Gráfico 77: Origem x Total (2).

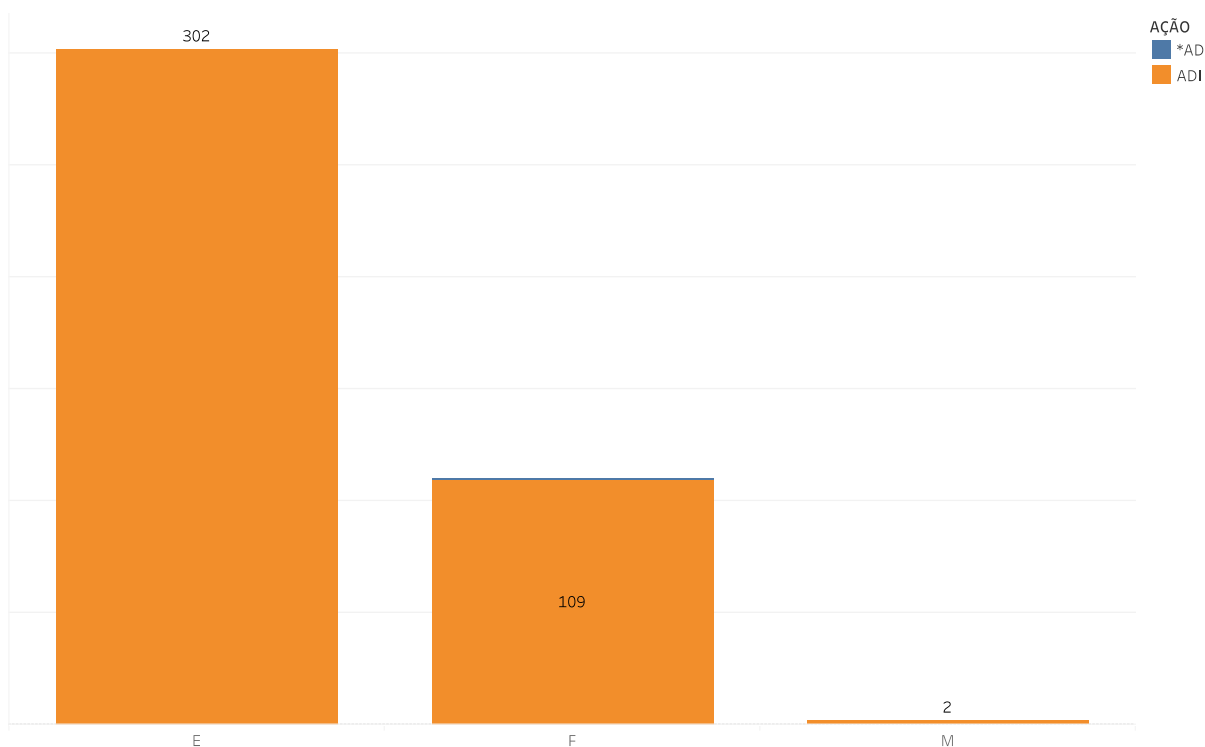


Fonte: elaborado pelo autor.

Interessante notar que o número de normas federais impugnadas teve considerável aumento em relação aos períodos anteriores. O Gráfico 78 demonstra a proporção de normas estaduais e federais veiculadas em sede de ADI, nos informativos analisados.

Gráfico 78: Origem x ADI.

(T20) Origem x ADI



Fonte: elaborado pelo autor.

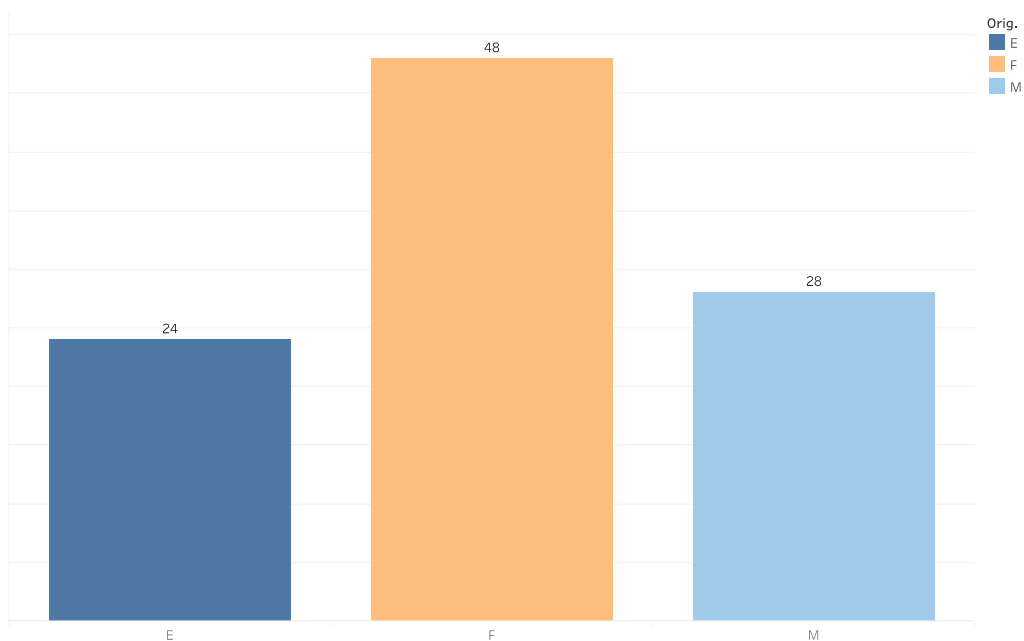
A tendência sugerida pela amostra utilizada nesta tese foi confirmada pela análise quantitativa realizada por Costa e Benvindo. Contudo, nos *Informativos*, foram veiculadas proporcionalmente mais ações impugnando normas estaduais (2016: 35), embora a diferença provavelmente tenha se dado porque as normas do MP e do Judiciário foram analisadas, aqui, também a partir de sua origem, diferentemente do que parece ter se dado em “A quem interessa o controle abstrato de constitucionalidade?”:

Salta aos olhos que a imensa maioria dos processo (sic) buscou impugnar atos de natureza legislativa, especialmente a legislação produzida pelos estados. **As ADIs voltadas contra leis estaduais somam mais de duas vezes o número de ações que impugnam legislação federal e mais de dez vezes o número de ações que solicitam a declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do poder judiciário e do MPU.** Mesmo assim chama atenção o fato de que existe um expressivo número de ADIs voltadas contra atos do Judiciário ou do Ministério Público, que foram impugnados em número maior do que os atos normativos do poder executivo tanto no âmbito federal como no estadual (COSTA; BENVINDO (2014, p. 35, grifo nosso).

O Gráfico 79, por outro lado, sugere que o recurso extraordinário permitia uma maior “democratização” da origem da norma impugnada. Veja-se:

Gráfico 79: RE x Origem (2).

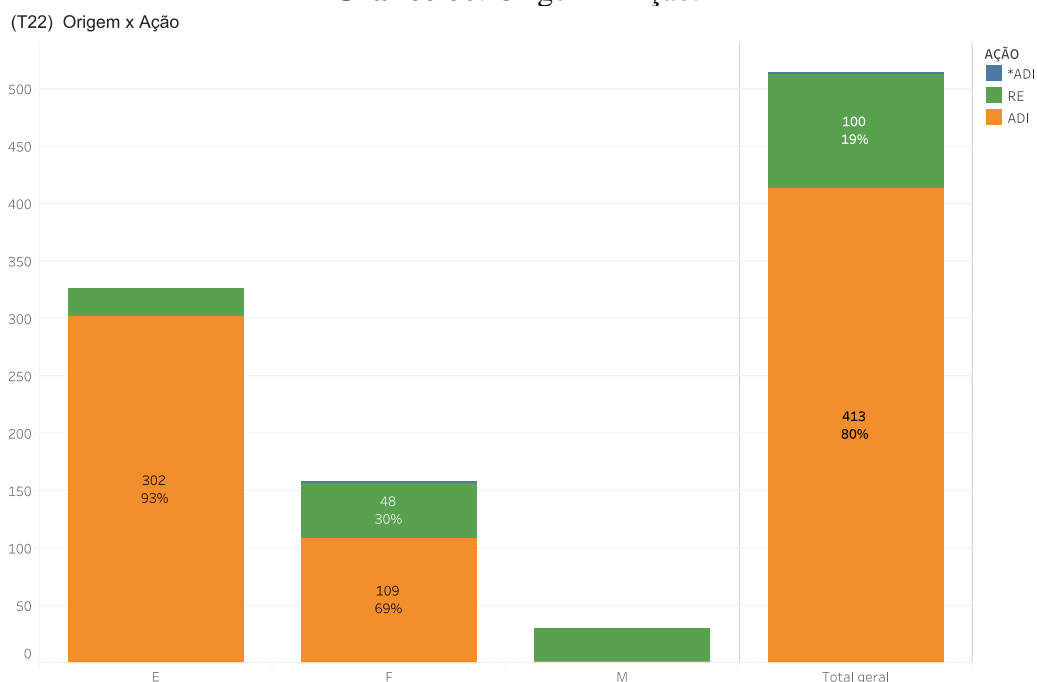
(T21) RE x Origem



Fonte: elaborado pelo autor.

O Gráfico 80, novamente centrando a análise nas ADI e no RE, busca demonstrar as diferenças ora apontadas por outro ângulo. No lado esquerdo, enquanto 24 RE e 302 ADI veicularam normas estaduais, 48 RE e 109 ADI trataram da constitucionalidade de normas federais. Com efeito, as ADI corresponderam a 89,88% das impugnações à lei estadual¹⁸⁹ e a 55% das impugnações a leis federais, enquanto os RE representaram 7,14% dos juízos exercidos sobre normas estaduais e a 24% dos juízos exercidos sobre normas federais.

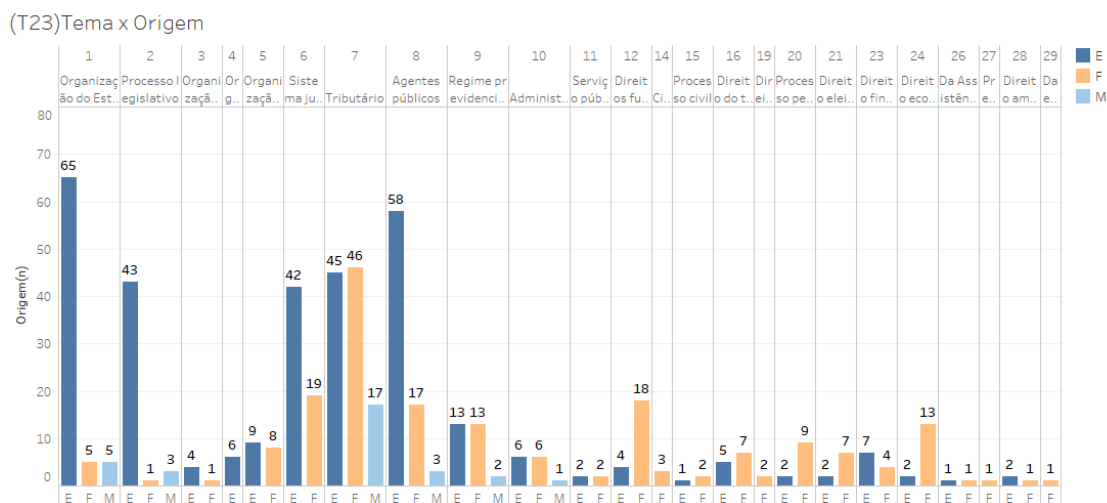
¹⁸⁹ O Gráfico 77 demonstra que, no total, foram veiculadas 336 análises de constitucionalidade de normas estaduais.

Gráfico 80: Origem x Ação.

Fonte: elaborado pelo autor.

5.3.9 Qual a origem das normas considerando os temas tratados pelo STF?

O Gráfico 81 vincula a classificação apresentada dos temas no Gráfico 63 à origem das normas. Veja-se:

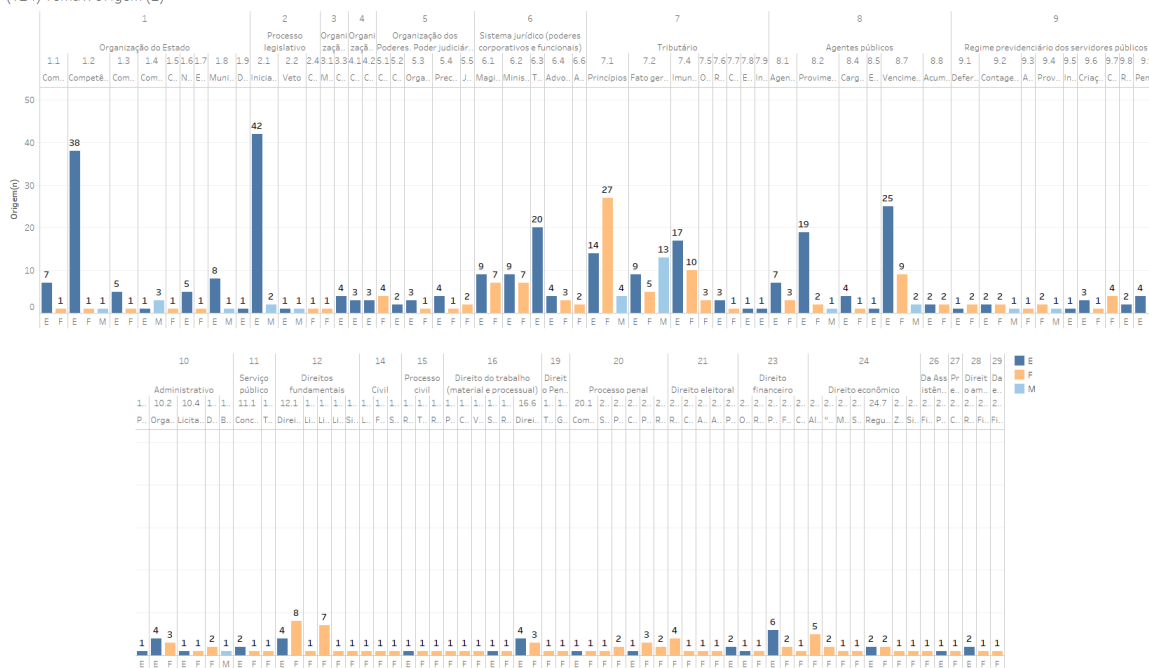
Gráfico 81: Tema x Origem (5).

Fonte: elaborado pelo autor.

Utilizando os mesmos subníveis do Gráfico 64, é possível observar detalhadamente, no Gráfico 82, a relação entre “tema” e “origem da norma”.

Gráfico 82: Tema x origem (6).

(T24) Tema x Origem (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Assim, tratando-se novamente dos temas mais relevantes em sede de controle de constitucionalidade, vê-se que a organização do Estado e dos poderes é veiculada em sua grande maioria por ADI e tem como objeto normas estaduais, fenômeno muito semelhante às representações de inconstitucionalidade. Essa semelhança não parece ter sido, apenas, coincidência histórica. De outro modo, a dinâmica estabelecida pelas ações concentradas e abstratas, em oposição ao controle difuso, parece ser a justificativa mais plausível ao fenômeno.

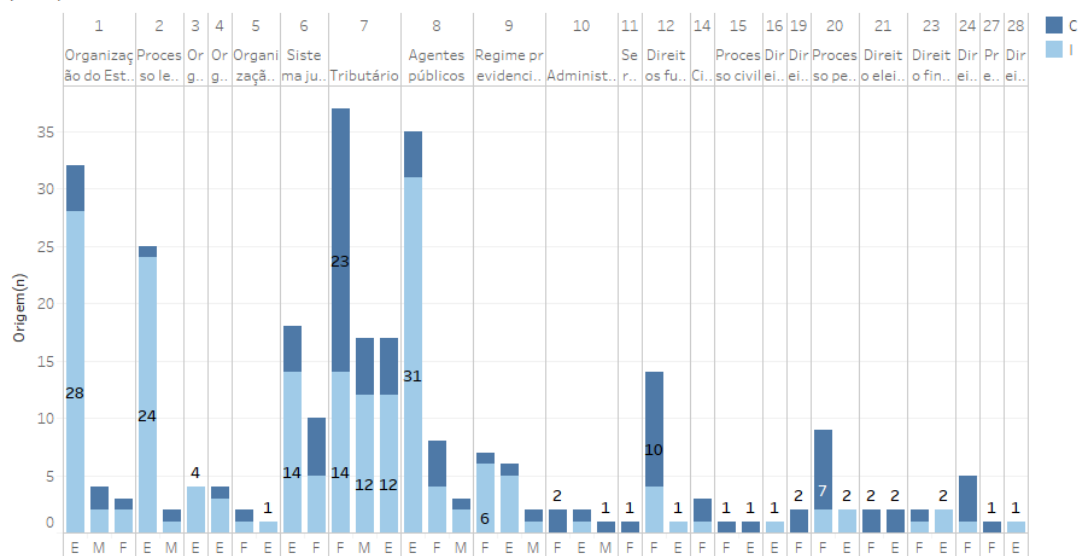
Nota-se, ainda, que o controle de constitucionalidade, versando sobre direitos fundamentais, veiculou, sobretudo, normas federais como objeto. Também as matérias de competência privativa da União, como o processo penal, o direito do trabalho, o direito eleitoral, o direito econômico e o empresarial foram veiculadas, por óbvio, por normas federais.

5.3.10 Há influência no juízo proferido pelo STF a depender do tema e da origem da norma?

No Gráfico 83, busca-se enfatizar o juízo de constitucionalidade proferido pelo STF a partir das variáveis “origem da norma” e “tema”. Assim, tratando a Corte de organização do Estado e dos poderes, haveria variação no julgamento a depender da origem da norma? Observe que o azul-claro representa o juízo de inconstitucionalidade e o escuro o de constitucionalidade.

Gráfico 83: Tema x Origem x Juízo (3).

(T25) Tema x Origem x Juízo



Fonte: elaborado pelo autor.

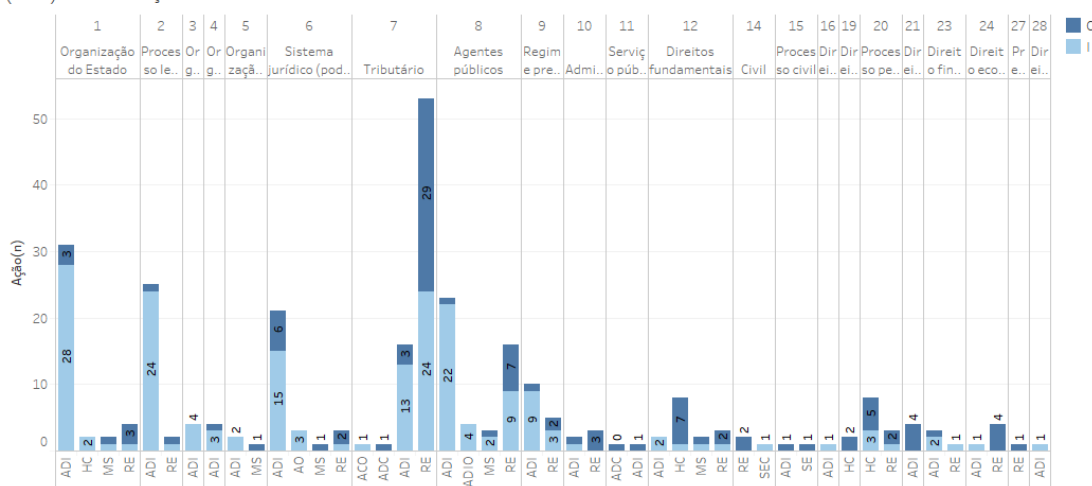
Também por esse ângulo, vê-se que as normas oriundas dos estados, veiculando organização do Estado e dos poderes, foram prioritariamente julgadas inconstitucionais. Mesma recorrência observada em relação aos agentes públicos e ao sistema jurídico. Já em matéria tributária, houve um equilíbrio das decisões do STF.

5.3.11 Dentro de um mesmo tema, como variou o juízo de constitucionalidade a depender da ação/recurso apreciado?

O Gráfico 84 busca analisar, a partir da classificação dos temas já apresentada, como foram os juízos de constitucionalidade prolatados pelo STF a depender da ação/recurso. Veja-se:

Gráfico 84: Tema x Ação x Juízo (3).

(T26) Tema x Ação x Juízo



Fonte: elaborado pelo autor.

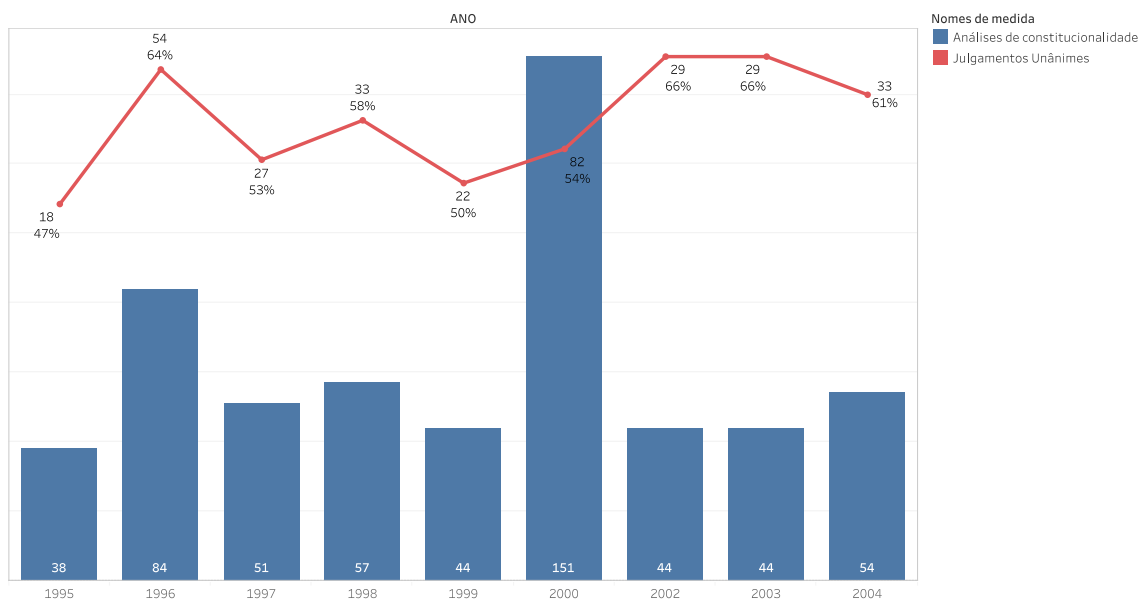
Nota-se, pois, também a partir do presente gráfico, que os temas organização do Estado e dos poderes foram veiculados, sobretudo, por meio de ADI. Ademais, as normas impugnadas eram, em sua grande maioria, estaduais. Por fim, o julgamento da demanda abstrata foi, em regra, procedente. O julgamento das ADI foi, como nas representações de inconstitucionalidade, mais “seguro” quanto ao seu resultado.

5.3.12 Qual a porcentagem de julgados unânimes? O STF altera o resultado de seu posicionamento a depender do tipo de ação e/ou da matéria debatida?

Entre 1995-2004, embora o STF também tenha deliberado, prioritariamente, de forma unânime, esse quantitativo foi menor, em comparação aos períodos anteriormente analisados. Veja-se o Gráfico 85, que analisa a variação de julgamentos unânimes por *RTJ*:

Gráfico 85: Resultado x Ano.

(T27) Resultado x Ano

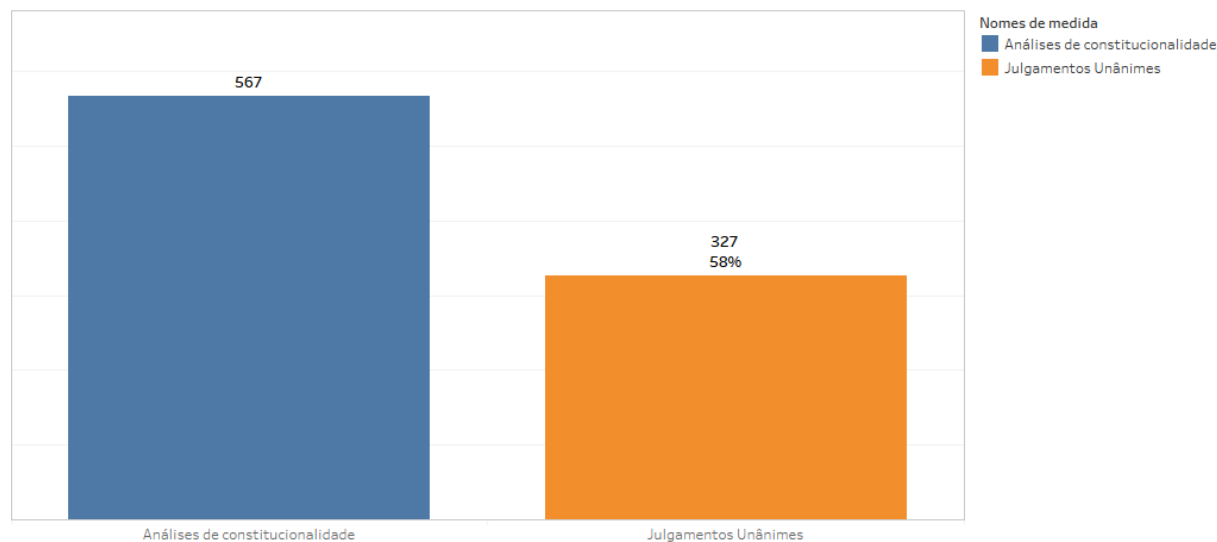


Fonte: elaborado pelo autor.

Em números absolutos, foram 327 julgados unânimes em 567 analisados (Gráfico 86).

Gráfico 86: Julgamentos unânimes.

(T28) Julgamentos Unânimes



Fonte: elaborado pelo autor.

5.4 2012-2016: consolidação e sofisticação do discurso abstrativista

5.4.1 Breve explicação metodológica relativa à análise dos Informativos de 2012-16

Os *Informativos de Jurisprudência*, pós-Constituição de 1988, foram classificados em dois momentos. O ano de 2004 foi considerado um recorte relevante em razão da EC 45/2004. A importante mudança constitucional positivou uma série de institutos que representaram e

ampliaram esse caminho que a Corte vem tomando rumo à “tutela objetiva da ordem constitucional”, ou seja, na crença intersubjetivamente compartilhada no campo do direito de que a jurisdição constitucional deve se afastar do julgamento de casos concretos e se aproximar do controle da esfera normativa do Estado.

A súmula vinculante e a repercussão geral, nesse sentido, foram institutos pensados para que, também em relação às ações/recursos de natureza subjetiva, fosse possível dotar as decisões do Supremo de natureza vinculante. Busca-se permitir que o STF possa emitir juízos normativos que, embora partam de um caso concreto, possam se desvincular dele. Em caso de desrespeito à decisão, será possível à parte ajuizar reclamação diretamente no STF.

Segundo TAVARES (2007), a especificidade da súmula vinculante, em relação aos tradicionais enunciados da Corte, seria a vinculação das instâncias ordinárias e da Administração ao seu cumprimento, sendo possível garantir a autoridade da decisão do STF por meio de reclamação. Já a repercussão geral consistiria em preliminar recursal em que a parte, sob pena de não conhecimento de seu RE, deve demonstrar que o objeto de sua causa extrapola seu direito subjetivo, havendo interesse social, econômico, político ou jurídico em seu julgamento. Segundo Gilmar Mendes:

Tem-se (com a repercussão geral) mudança radical do modelo de controle incidental, uma vez que os recursos extraordinários terão de passar pelo crivo de admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a **feição objetiva do recurso extraordinário**. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1.237, grifo nosso).

A tendência ao perfil objetivo repercutiu, de fato, nos *Informativos de Jurisprudência* do período (2012-16) e, segundo o “Supremo em Números” (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011), em toda a jurisprudência da Corte. Nota-se que as publicações passaram a se centrar em julgados mais relevantes, ocupando-se o Tribunal mais na descrição detalhada desses debates do que na quantidade de julgamentos, como se dava entre 1995-2004. Em termos objetivos, o número de precedentes diminuiu, embora o tamanho dos Informativos tenha ficado o mesmo.

Em termos metodológicos, considerando a redução do número de julgados, além das mudanças operadas na jurisprudência da Corte, a disposição do índice no Apêndice 4 foi alterada. Até então, as *RTJ* e *Informativos* eram lidos, e feita uma seleção daqueles julgados em que fora realizado controle de constitucionalidade. Em seguida, a partir do tema respectivo, o precedente era classificado e, assim, constituía-se o “índice” para cada um dos períodos – apresentados nos Apêndices 1, 2 e 3. No período 2012-2016, os Temas de Repercussão Geral,

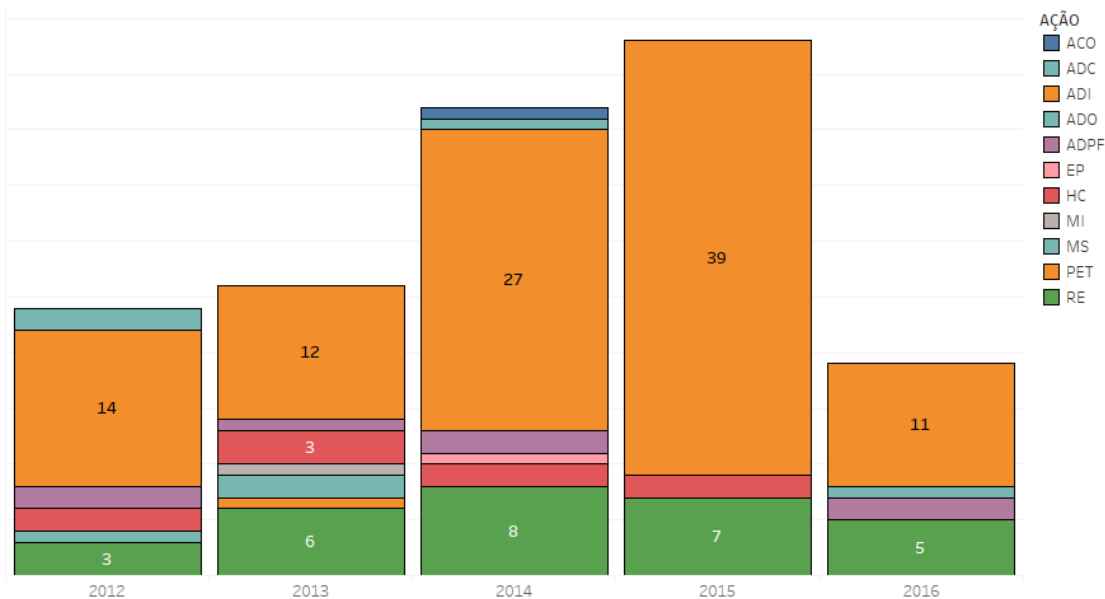
independentemente de encerrarem juízo de constitucionalidade, foram utilizados no desenvolvimento do “índice”. O tratamento específico em questão se deu não apenas em razão da importância do novo instituto, mas também porque ele encerra juízos normativos, ainda quando não importam em controle de constitucionalidade de normas. O STF se concede amplos poderes para fixar enunciados gerais que não necessariamente estão vinculados, apenas, ao caso concreto – daí sua importância à presente tese.

5.4.2 Por quais ações/recursos o STF apreciou a constitucionalidade das normas?

No período de 2012-2016, como se deu desde a positivação da representação de inconstitucionalidade, o controle de constitucionalidade foi veiculado nos Informativos de Jurisprudência, prioritariamente, pela ADI. Veja-se:

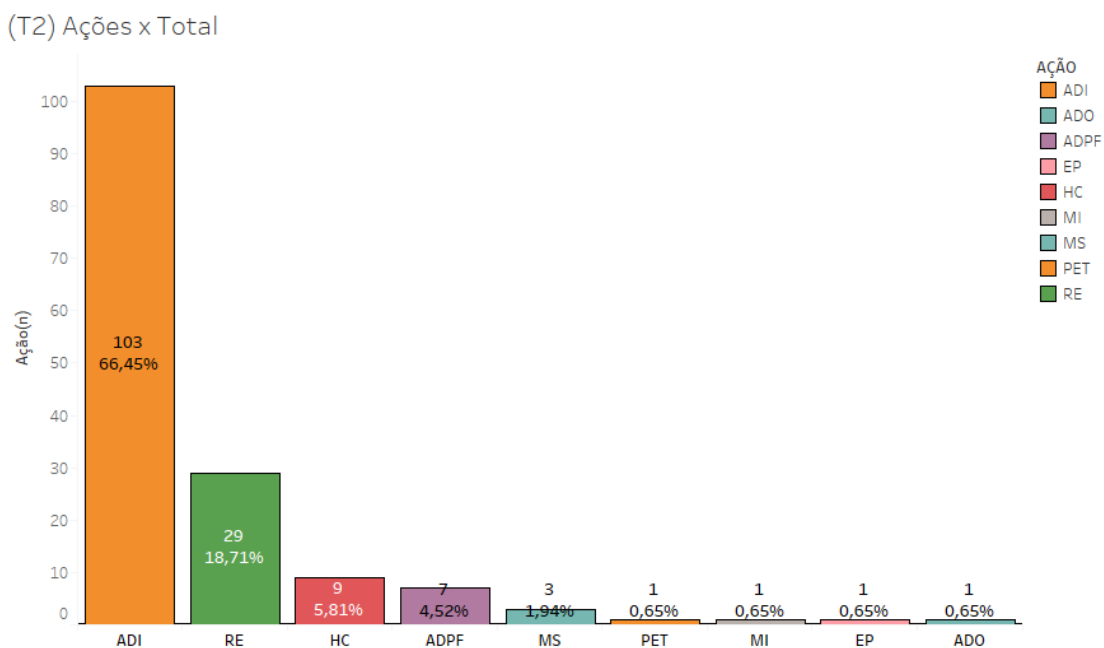
Gráfico 87: Ações x RTJ (ano)

(T1) Ações x RTJ (ano)



Fonte: elaborado pelo autor.

No Gráfico 88, destaca-se o número total de ações e recursos apreciado pelo STF no período, desconsiderando-se a divisão em informativos. Interessante notar como o percentual de recursos extraordinários, veiculando controle de constitucionalidade de normas, manteve-se estável em relação ao período 1995-2004.

Gráfico 88: Ações x Total (3).

Fonte: elaborado pelo autor.

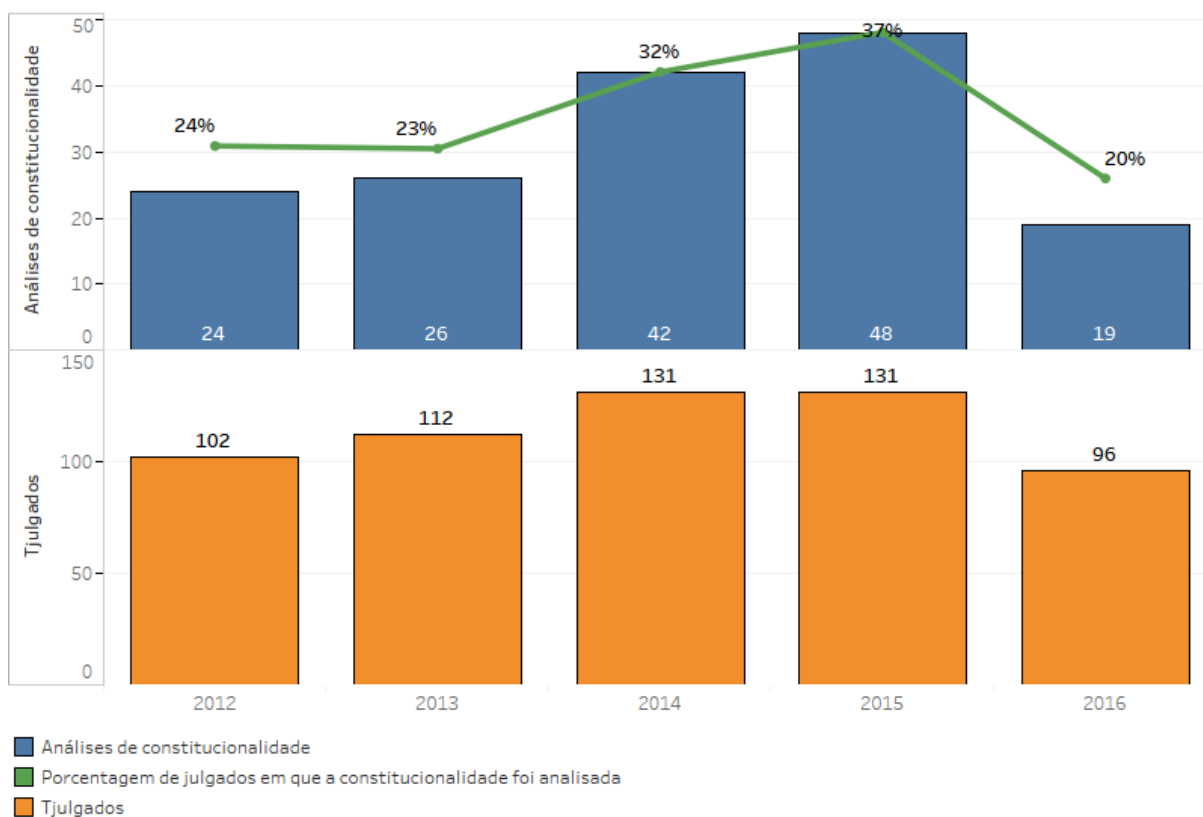
Como explicado pelo “Supremo em Números”, o número de RE reduziu sensivelmente após 2007, com a disciplina, pelo CPC, da repercussão geral (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 31). O presente gráfico, sob outra perspectiva, analisa apenas o número de recursos, constante nos Informativos, em que a constitucionalidade de norma foi veiculada pelo mencionado apelo.

5.4.3 O STF analisava a constitucionalidade de normas com qual frequência?

O Gráfico 89 relaciona o número total de julgados veiculados nos Informativos com a quantidade de julgamentos em que se discute a constitucionalidade de norma:

Gráfico 89: Juízos x Julgados (ano) (2).

(T3) Juízo x Julgados (ano)



Fonte: elaborado pelo autor.

O período 2012-2016, assim como em 1995-2004, veiculou, proporcionalmente, quantitativo muito superior de juízos de constitucionalidade do que se dava nas *Revistas Trimestrais de Jurisprudência* (1957-1964 e 1985-1989). Com efeito, o presente gráfico confirma que, após a Constituição de 1988, o controle da atividade normativa é uma marca na jurisprudência do STF. Contudo, é interessante notar que, entre 2012-2016, houve queda considerável do número de ações/recursos que veiculou juízos de constitucionalidade, se comparado com o período de 1995-2004. Em uma análise perfunctória, uma das possíveis razões para essa mudança parece ser a repercussão geral, que permite ao STF formular juízos normativos que, embora partam de um caso concreto, podem disciplinar de forma ampla a matéria.

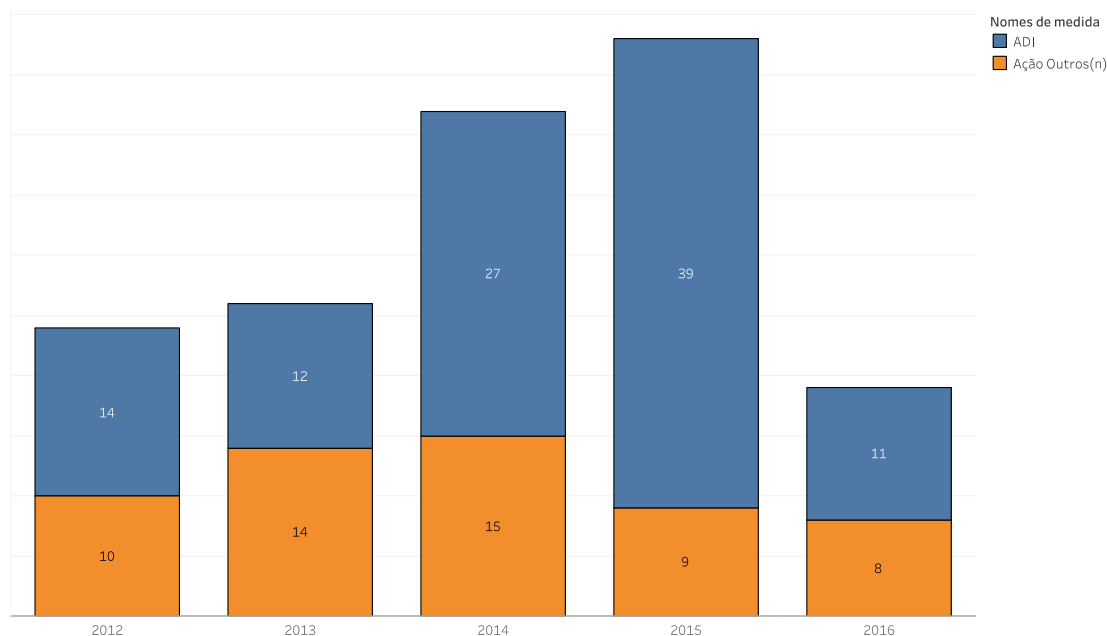
5.4.4 Controle concentrado x difuso

Também no período observado, o julgamento de inconstitucionalidade de norma foi veiculado, sobretudo, pela via da ADI – ainda que o STF receba substancialmente mais RE do que qualquer outro tipo de ação/recurso, mesmo após a repercussão geral, segundo o “Supremo em Números”. O Gráfico 90 busca evidenciar a diferença numérica entre o controle de

constitucionalidade exercido pela via difusa e pela via concentrada, demonstrando a prevalência, no período, das ações diretas de inconstitucionalidade.

Gráfico 90: ADI x Difuso (ano) (2).

(T4) ADI x Difuso (ano)



Fonte: elaborado pelo autor.

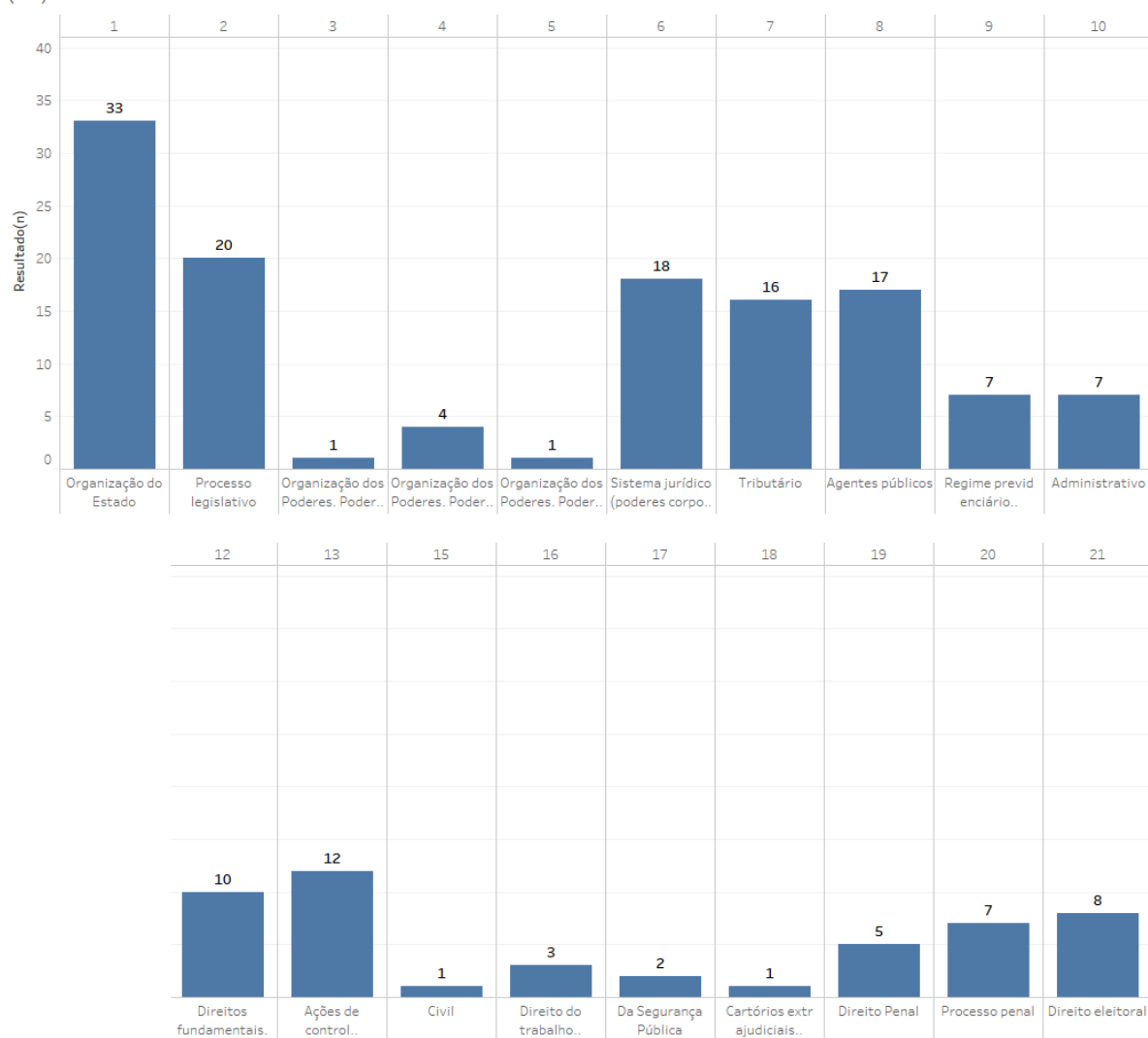
Interessante observar que a diferença entre controle concentrado e difuso reduziu no período analisado. Mais uma vez, aparentemente, parece ter sido a disciplina da repercussão geral uma das possíveis causas dessa mudança.

5.4.5 Quais temas são veiculados em sede de controle de constitucionalidade?

O Gráfico 91, obtido a partir da classificação apresentada no Apêndice 4, reforça a observação nos outros três períodos analisados: a organização do Estado e dos poderes são os temas centrais veiculados pela Corte no exercício do controle de constitucionalidade, seguidos de perto pelo direito tributário e pela disciplina dos agentes públicos. O tema “sistema jurídico”, que atravessa a fronteira entre a disciplina dos poderes e dos agentes públicos, atesta a afirmação ora apresentada.

Gráfico 91: Temas (7).

(T5) Temas



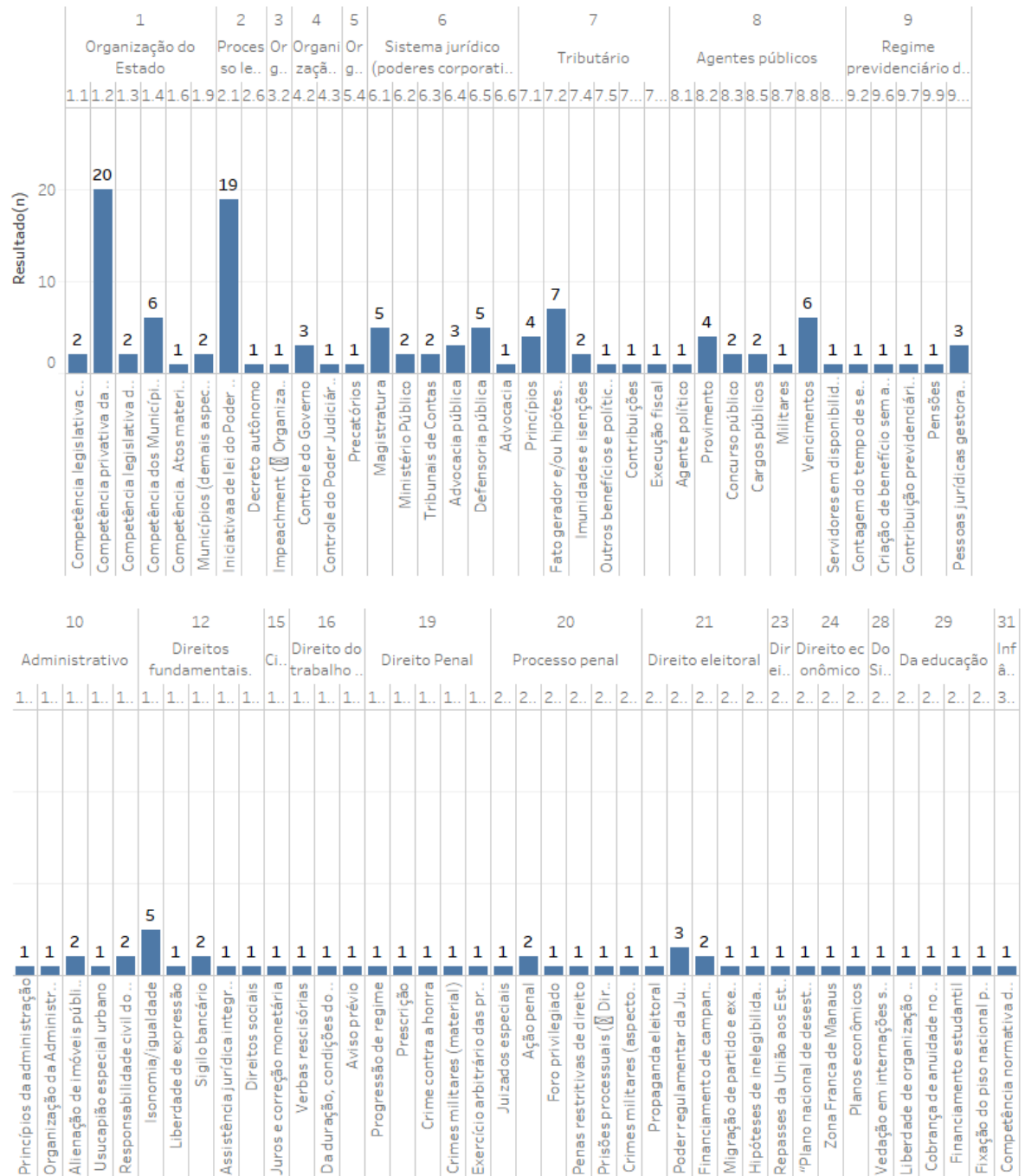
Fonte: elaborado pelo autor.

Ao ampliar a observação sobre os temas, descendo um nível na classificação apresentada no Apêndice 4, tem-se Gráfico 92¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Para facilitar a visualização, foram retirados os itens 13, 17, 18, 22, 25 e 30 constantes no índice do apêndice 4.

Gráfico 92: Temas (8)

(T6) Temas (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Os itens 1.2, “competência legislativa privativa da União”, e 2.1, “iniciativa de lei do chefe do Executivo”, novamente, concentraram a grande maioria dos juízos de constitucionalidade, versando sobre organização do Estado e dos poderes. Dos 53 processos analisados no período, 39 trataram desses dois temas, correspondendo a 67,92% dos julgados.

Mas é interessante notar, sobretudo em relação à competência legislativa concorrente,

uma *possível* nova visão do STF que amplia a autonomia municipal. Em julgamentos mais extensos, utilizando-se argumentação mais principiológica, o Tribunal foi mais flexível em relação aos seus posicionamentos adotados nos períodos anteriores, em que impunha com mais rigor a disciplina formal da competência legislativa. Foi possível observar precedentes nesse sentido em meio ambiente¹⁹¹ e educação:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. PARTILHA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO (CRFB, ART. 24, IX). LEI ESTADUAL DE SANTA CATARINA QUE FIXA NÚMERO MÁXIMO DE ALUNOS EM SALA DE AULA. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE NORMAS GERAIS. COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (CRFB, ART. 1º, V). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA AO DETALHAR A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 25 DA LEI Nº 9.394/94 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V) 2. A invasão da competência legislativa da União invocada no caso sub judice envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006. 3. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas

¹⁹¹ Também nesse sentido: “EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 13.113/2001 E DECRETO 41.788/2002, QUE DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO DE MATERIAIS, ELEMENTOS CONSTRUTIVOS E EQUIPAMENTOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL CONSTITUÍDOS DE AMIANTO NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA SUPLEMENTAREM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, não invade a competência da União prevista nos arts. 24, V, VI e XII, da Constituição da República, a legislação municipal que, suplementando a lei federal, impõe regra restritiva de comercialização do amianto. 2. Trata-se de competência concorrente atribuída à União, aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre produção, consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde, tendo os Municípios competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber. 3. Espaço constitucional deferido ao sentido do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição Federal de 1988. É possível que Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, no exercício da competência que lhes são próprias, legislem com o fito de expungirem vácuos normativos para atender a interesses que lhe são peculiares, haja vista que à União cabe editar apenas normas gerais na espécie. 4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada improcedente, com a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95” (ADPF 109, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019. Grifei).

regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988. 4. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (CRFB, art. 24, IX) autoriza a fixação, por lei local, do número máximo de alunos em sala de aula, no afã de viabilizar o adequado aproveitamento dos estudantes. 5. O limite máximo de alunos em sala de aula não ostenta natureza de norma geral, uma vez que dependente das circunstâncias peculiares a cada ente da federação, tais como o número de escola colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao desenvolvimento tecnológico nas áreas de educação e ensino. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (ADI 4060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2015 PUBLIC 04-05-2015 RTJ VOL-00238-01 PP-00046, grifo nosso).

Contudo, em relação à legislação trabalhista, o STF não aplica sua aparente mudança de jurisprudência, com vistas a um federalismo mais “axiológico e pluralista”, nos dizeres de Luiz Fux. Nesse sentido, julgou inconstitucional lei paulista que impusera a perda da inscrição estadual a empresa que exigisse a laqueadura às suas empregadas. Veja-se:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual (SP) nº 10.849/2001. **Punição, com a perda da inscrição estadual, para aquelas empresas que exijam a realização de teste de gravidez ou a apresentação de atestado de laqueadura no momento de admissão de mulheres no trabalho. Inconstitucionalidade formal.** Competência privativa da União. Direito do trabalho. 1. Inconstitucionalidade formal da Lei nº 10.849/01 do Estado de São Paulo, a qual pune, com a perda da inscrição estadual, as empresas que, no ato de admissão, exijam que a mulher se submeta a teste de gravidez ou apresente atestado de laqueadura. 2. Competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, consoante disposto no art. 22, inciso I, da Constituição Federal. A lei estadual, ao atribuir sanções administrativas pela inobservância da norma, também contraria a competência exclusiva da União para “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho” (art. 21, XXIV, CF/88). Precedentes: ADI nº 2.487/SC; ADI nº 953/DF; ADI nº 3.587/DF; ADI nº 3.251/RO. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3165, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016, grifo nosso).

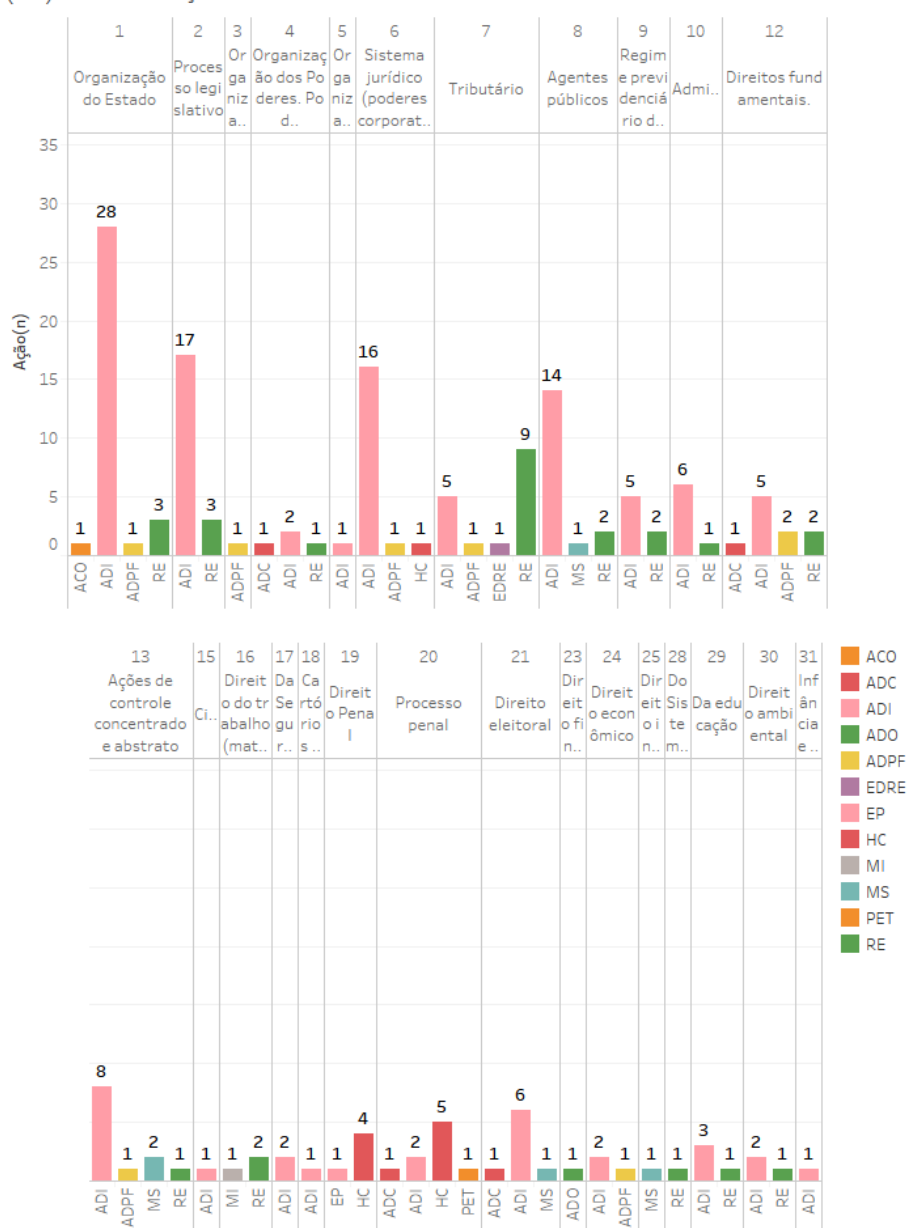
Vê-se, pois, com clareza, como não é possível haver um conflito federativo sem que um correspondente conflito de poderes se estabeleça, quando as crises entre pessoas políticas são resolvidas pelo Judiciário – como argumentado longamente em relação às representações interventivas. Com efeito, o Supremo não apenas se empodera, ao estabelecer as fronteiras entre as pessoas políticas, como necessita viabilizar uma solução de viés nitidamente administrativo, em que lhe é imposto solucionar a disputa por meio de decisão que assegure a adequada gestão da coisa pública. Ampliar, ou não, a competência municipal para legislar sobre meio ambiente não implica, apenas, uma decisão de maior ou menor respeito ao federalismo. Significa, também, participar de soluções estabelecidas pelo Estado para a sua (supostamente adequada) gestão.

5.4.6 Há vínculo entre o tipo de ação/recurso e o tema veiculado pela norma analisada pelo STF?

O Gráfico 93 relaciona “temas” e “tipos de ação/recurso” e, novamente, demonstra a relação indissociável entre “controle abstrato e concentrado” e a “organização do Estado e dos poderes”. Veja-se:

Gráfico 93: Temas x Ação (7).

(T7) Temas x Ação



Fonte: elaborado pelo autor.

Interessante notar que, embora o STF tenha novamente atuado prioritariamente por meio da ADI, para analisar conflitos federativos e entre poderes, proferiu duas importantes decisões

pela via do recurso extraordinário¹⁹². O fenômeno *parece*, também, estar associado à objetivação do controle difuso, em que a Corte se utiliza de um instituto concreto para atuar na esfera normativa. Isso porque todas as características que o controle abstrato trouxe às decisões do STF, relativas à maior segurança, estabilidade e “liberdade discursiva”, são asseguradas ao controle difuso, tornando pouco relevante, de fato, a forma com que o Tribunal analisa o caso. Essa nova “feição” do recurso extraordinário é defendida por Gilmar Mendes nos seguintes termos:

Esse novo modelo constitucional traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. **Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.** Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Härbele segundo a qual a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo, dotado de uma dupla função, objetiva e subjetiva, consistindo esta última em assegurar o direito constitucional objetivo”. RE 376852 MC / SC - SANTA CATARINA MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 27/03/2003. Publicação: 13/06/2003. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 13-06-2003 PP-00017 EMENT VOL-02114-05 PP-00853.

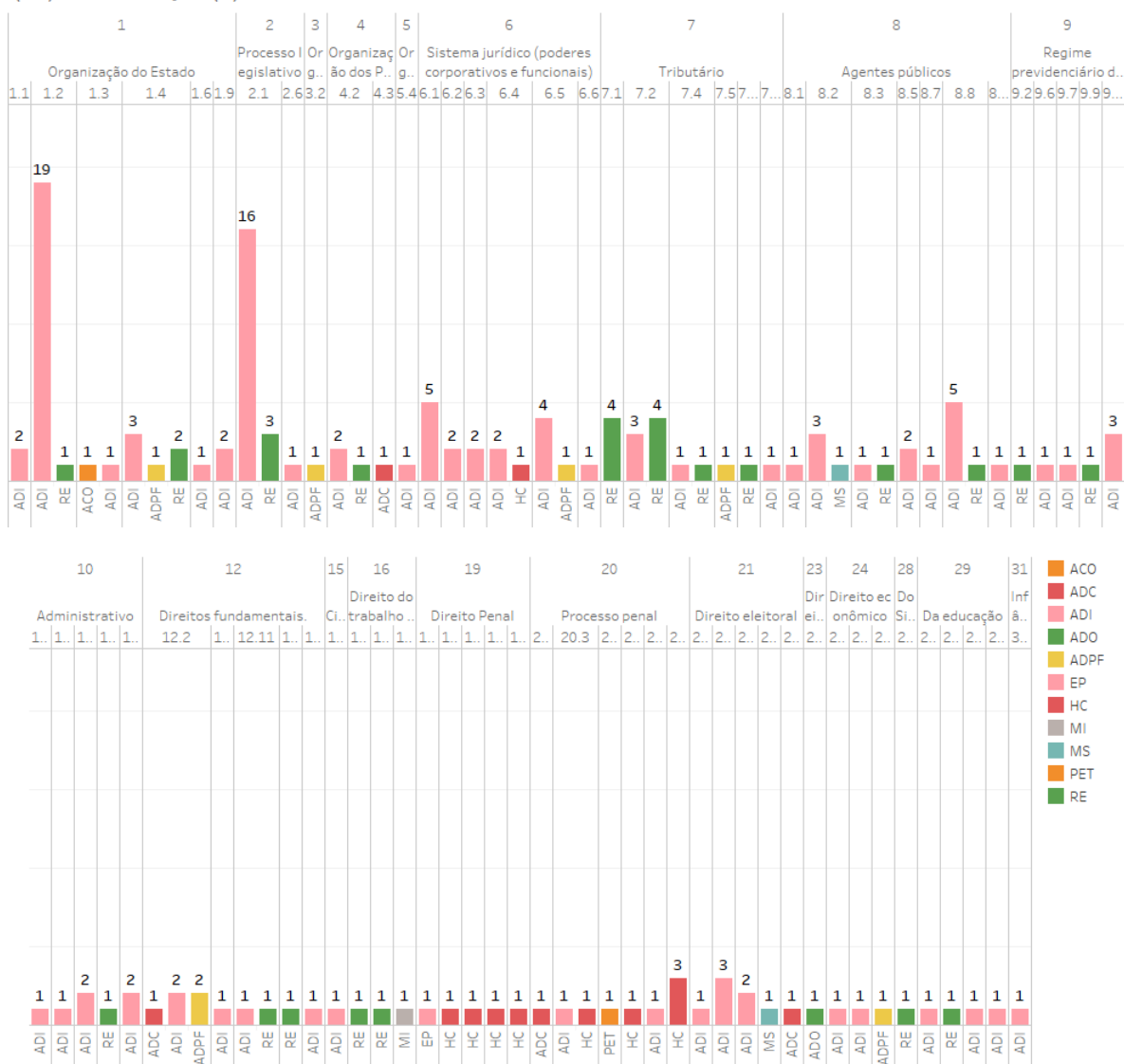
Ampliando-se o Gráfico 93 em mais um nível, nos termos da classificação utilizada no Apêndice 4, obtém-se o Gráfico 94¹⁹³. Veja-se:

Gráfico 94: Temas x Ação (8).

¹⁹² “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI MUNICIPAL 4.253/85 DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. **PREVISÃO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA DECORRENTE DA EMISSÃO DE FUMAÇA ACIMA DOS PADRÕES ACEITOS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA À REGRA CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS. INOCORRÊNCIA.** NORMA RECEPCIONADA PELO TEXTO VIGENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (presumption against preemption). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (clear statement rule), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. 3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (clear statement rule), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 194704, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-261 DIVULG 16-11-2017 PUBLIC 17-11-2017, grifei).

¹⁹³ “Como consequência da dificuldade de visibilidade, foram excluídos do presente gráfico os itens 13, 17, 18, 22, 25 e 30 que compõem o índice do Anexo 3.

(T8) Temas x Ação (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

Como se deu nos demais períodos analisados, os temas 1.1 e 2.1, “competência privativa da União” e “iniciativa privativa do chefe do Executivo”, foram veiculados pela via da ação direta de inconstitucionalidade e, como demonstrado pelo Gráfico 92, representaram a maioria dos julgamentos da Corte sobre o controle de constitucionalidade.

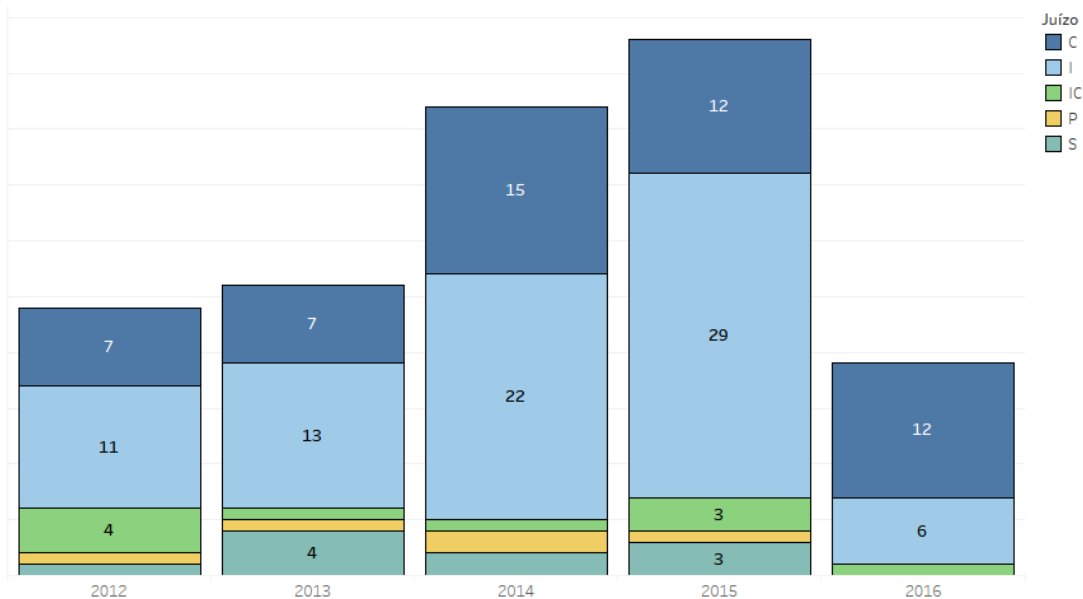
5.4.7 Qual a influência do “tema” nos “juízos” proferidos pela Corte? Há vínculos entre o tipo de ação/recurso e a matéria veiculada na ação ou recurso?

A classificação dos “juízos” seguirá os mesmos critérios adotados para o período 1985-1989 e 1995-2004¹⁹⁴. Fazendo-se a análise por Informativo, por ano, obtém-se o Gráfico 95:

¹⁹⁴ - (C) Constitucionalidade; - (I): Inconstitucionalidade; - (S): Cautelar deferida- (VE): Cautelar indeferida - (P):

Gráfico 95: Juízo x Ano.

(T9) Juízo x Ano

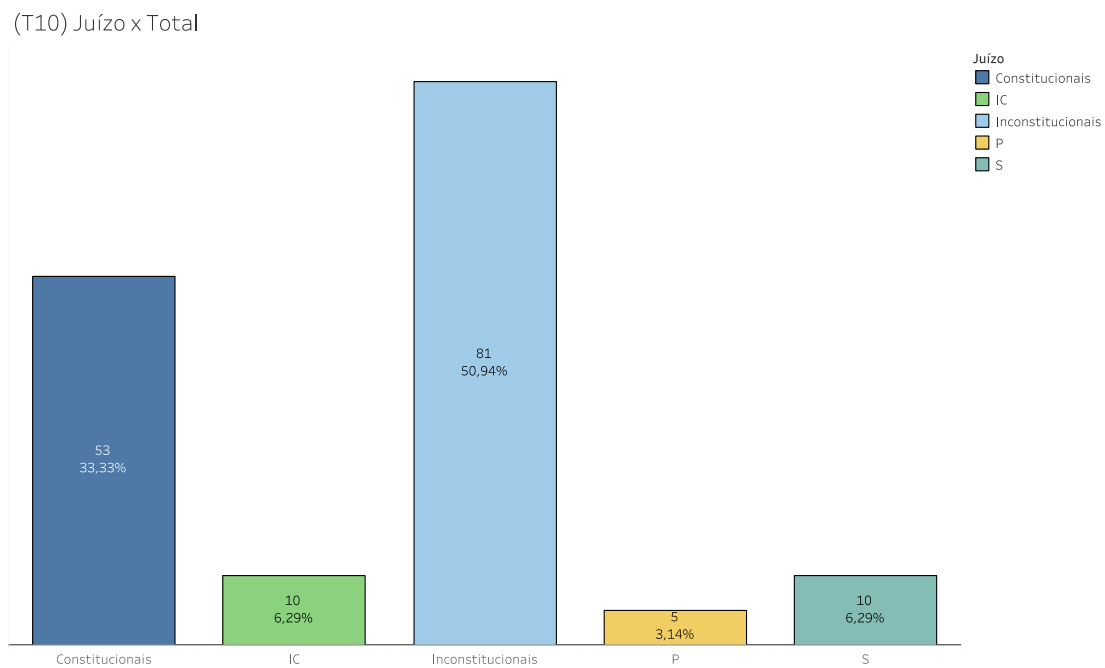


Fonte: elaborado pelo autor.

A observação dos juízos proferidos pela Corte, considerando todo o período analisado, nos leva ao Gráfico 96, que mostra que o STF julgou inconstitucional, suspendeu a eficácia ou declarou a interpretação conforme em 63,52% das normas a ele submetidas. Apenas 33,33% das normas foram julgadas constitucionais. Veja-se:

Gráfico 96: Juízo x Total (3).

 Representação prejudicada.

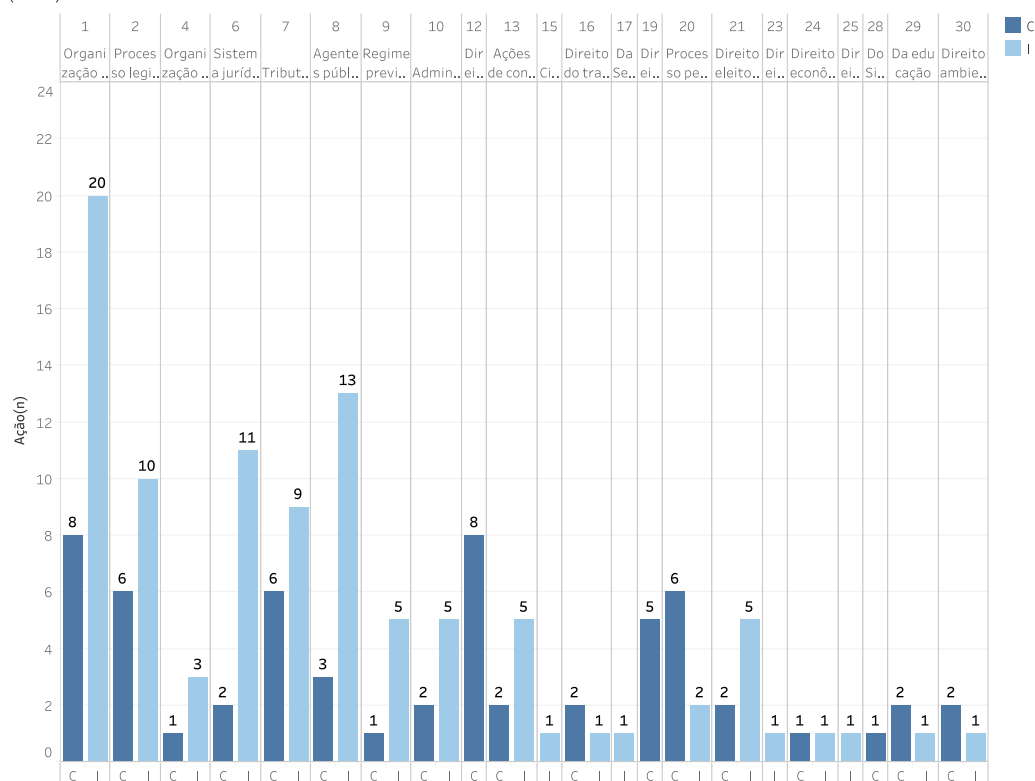


Fonte: elaborado pelo autor.

Novamente, reiterando-se a indagação feita para os períodos anteriores, haveria uma relação entre o “juízo” proferido pelo STF e o “tema” abordado? O Gráfico 97 enfrenta o problema. Veja-se:

Gráfico 97: Tema x Juízo (4).

(T11) Tema x Juízo



Fonte: elaborado pelo autor.

Prevalece, novamente no período observado, o juízo de inconstitucionalidade em relação aos temas organização do Estado, processo legislativo, sistema Jurídico e agentes públicos. Contudo, a diferença aparece consideravelmente menor no item 2 (processo legislativo), se comparado com o período 1995-2004¹⁹⁵, havendo uma recorrência maior de normas impugnadas consideradas constitucionais pelo STF.

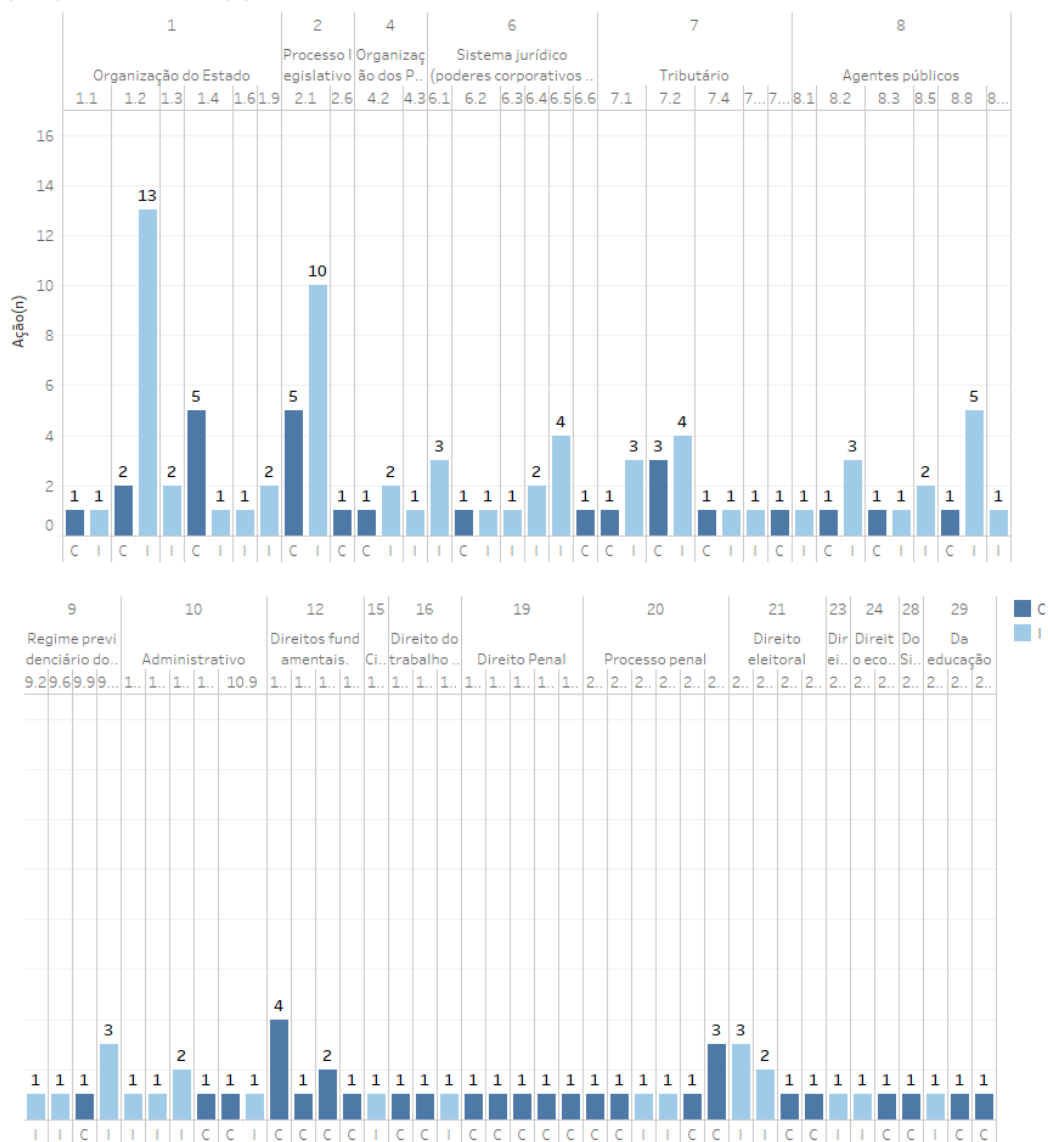
Refinando-se a classificação, nos termos dos subníveis descritos no Anexo 2, chega-se ao Gráfico 98¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Entre 1995-2004, houve 25 juízos de inconstitucionalidade e apenas dois de constitucionalidade.

¹⁹⁶ Como consequência da dificuldade de visibilidade, foram excluídos do presente gráfico os itens 3, 5, 11, 13, 14, 17, 18, 22, 25, 26 e 30, constantes no apêndice do Anexo 4.

Gráfico 98: Tema x Juízo (5).

(T12) Tema x Juízo (2)



Fonte: elaborado pelo autor.

No Gráfico 98, chama novamente atenção os itens 1.2 (competência privativa da União) e 2.1 (iniciativa de lei do chefe do poder Executivo). Em ambos os casos, prevalece amplamente o juízo de inconstitucionalidade de normas. Ademais, as cinco cautelares deferidas no tema “organização do Estado” e duas no “processo legislativo” disseram respeito aos mencionados itens.

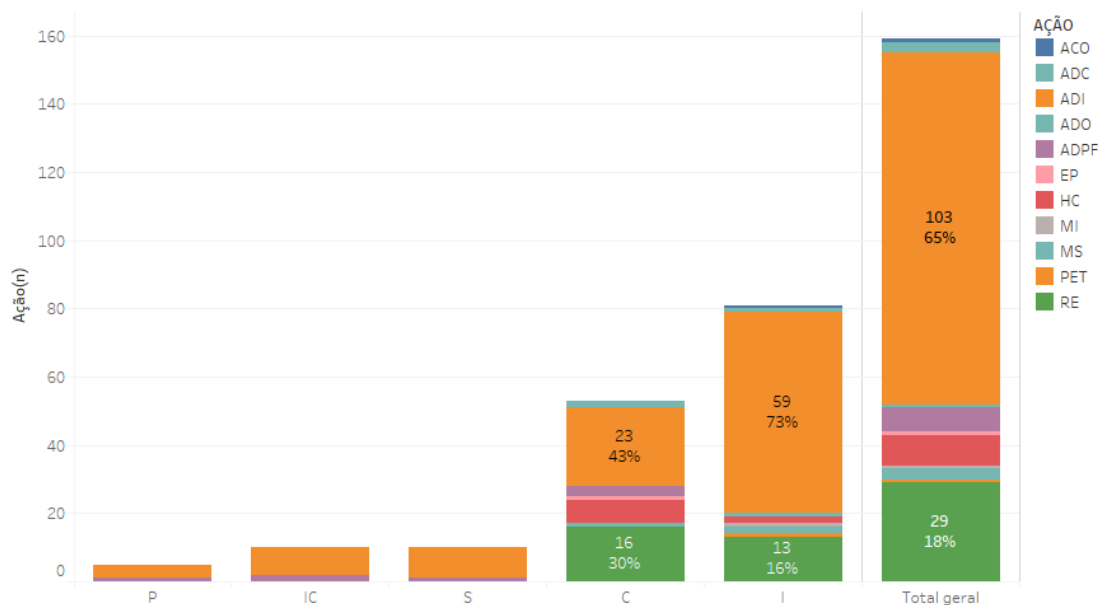
5.4.8 Os juízos de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) variaram a depender da ação/recurso apreciados?

Os gráficos seguintes buscam relacionar os “juízos” proferidos pelo STF com o tipo de

ação e recurso, para analisar se é possível observar regularidades nos julgamentos proferidos pela Corte. No Gráfico 99, o número total de análises de constitucionalidade em cada Informativo é separado em seis colunas, de acordo com a classificação dos “juízos¹⁹⁷” já apresentada nesta tese.

Gráfico 99: Ação x Juízo (2).

(T13) Ação x Juízo



Fonte: elaborado pelo autor.

O gráfico em análise reforça a possível existência de maior regularidade no julgamento das ADI (e demais ações concentradas) do que nas decisões envolvendo recurso extraordinário. O Gráfico 100, nesse sentido, demonstra que 73,4% dos julgamentos foram ao menos parcialmente favoráveis ao autor da ADI, seja porque a ação foi julgada procedente, houve o deferimento de liminar ou de interpretação conforme. Veja-se:

¹⁹⁷ - IC = Interpretação conforme, considerada, nesta tese, como hipótese de julgamento procedente da ADI;

- P = processo prejudicado

- VE = Liminar deferida (norma impugnada válida e eficaz)

- C = Norma impugnada constitucional (ação julgada improcedente)

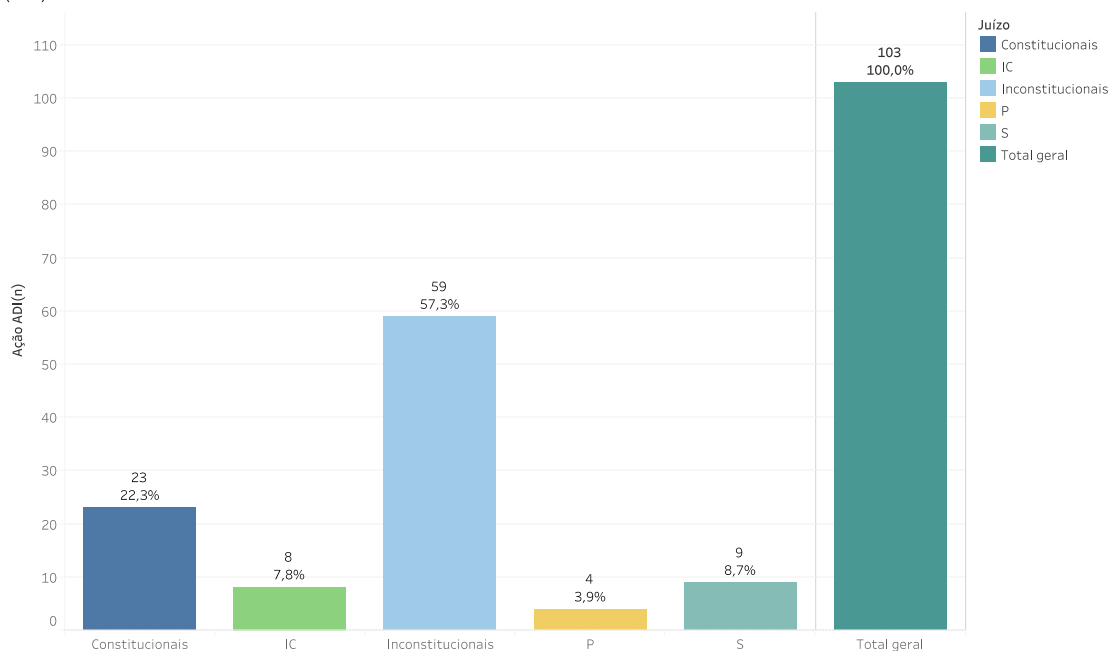
- S = Cautelar deferida (norma impugnada suspensa)

- I = Norma impugnada inconstitucional (ADI procedente)

- Total = número total de ações e recursos analisados.

Gráfico 100: ADI x Juízo.

(T14) ADI x Juízo

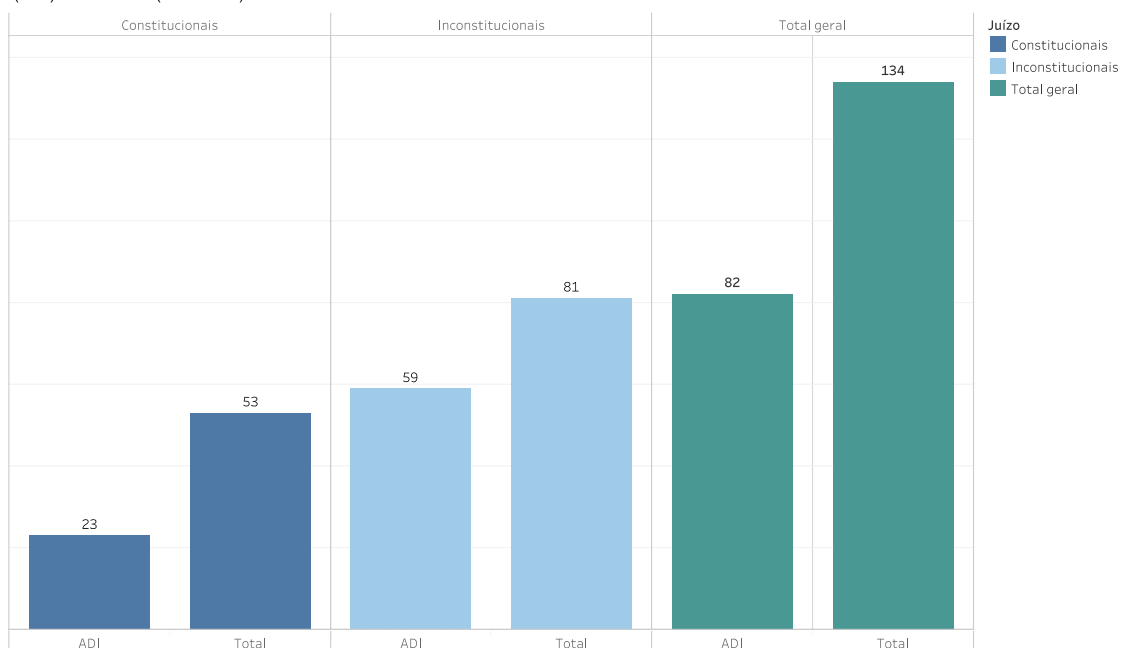


Fonte: elaborado pelo autor.

Considerando-se apenas os julgamentos de mérito, abstraindo, portanto, as cautelares e ações prejudicadas, o Gráfico 101 nos mostra que, dos 81 juízos de *inconstitucionalidade* proferidos pelo STF, 59 (72,83%) se deram pela via da ADI, enquanto das 53 normas julgadas *constitucionais*, apenas 23 (43,3%) foram veiculados pela via abstrata.

Gráfico 101: ADI x Juízo (somatório) (2).

(T15) ADI x Juízo (somatório)



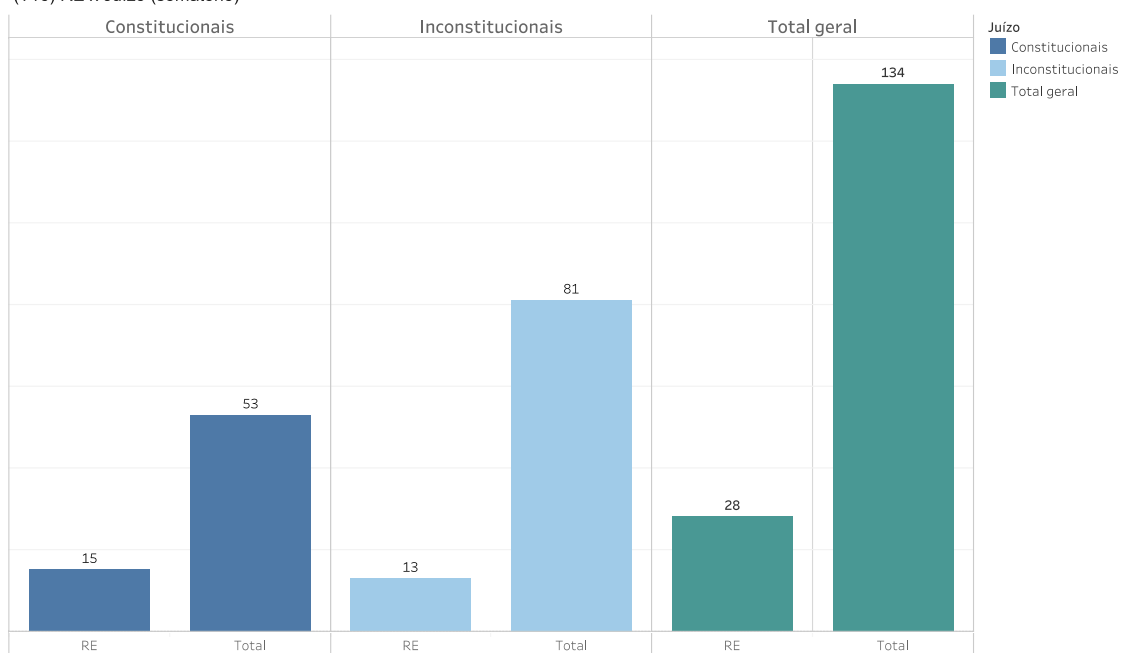
Fonte: elaborado pelo autor.

O recurso extraordinário se comporta, também no período analisado, de maneira distinta. O Gráfico 102 mostra que, dos 27 recursos extraordinários analisados, 55,5% (15) tiveram normas julgadas constitucionais, enquanto 45,4% (12) veicularam juízos de inconstitucionalidade de norma. Isso significa que dos 81 juízos de inconstitucionalidade proferidos pelo STF, 16% deles (13) se deram em RE, enquanto dos 53 juízos de constitucionalidade, 28,8% deles (15) foram analisados pela via difusa¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Reiterando-se que estão sendo tratados, neste momento, apenas os juízos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, excluindo-se as demais categorias possíveis.

Gráfico 102: RE x Juízo (somatório) (2).

(T16) RE x Juízo (somatório)

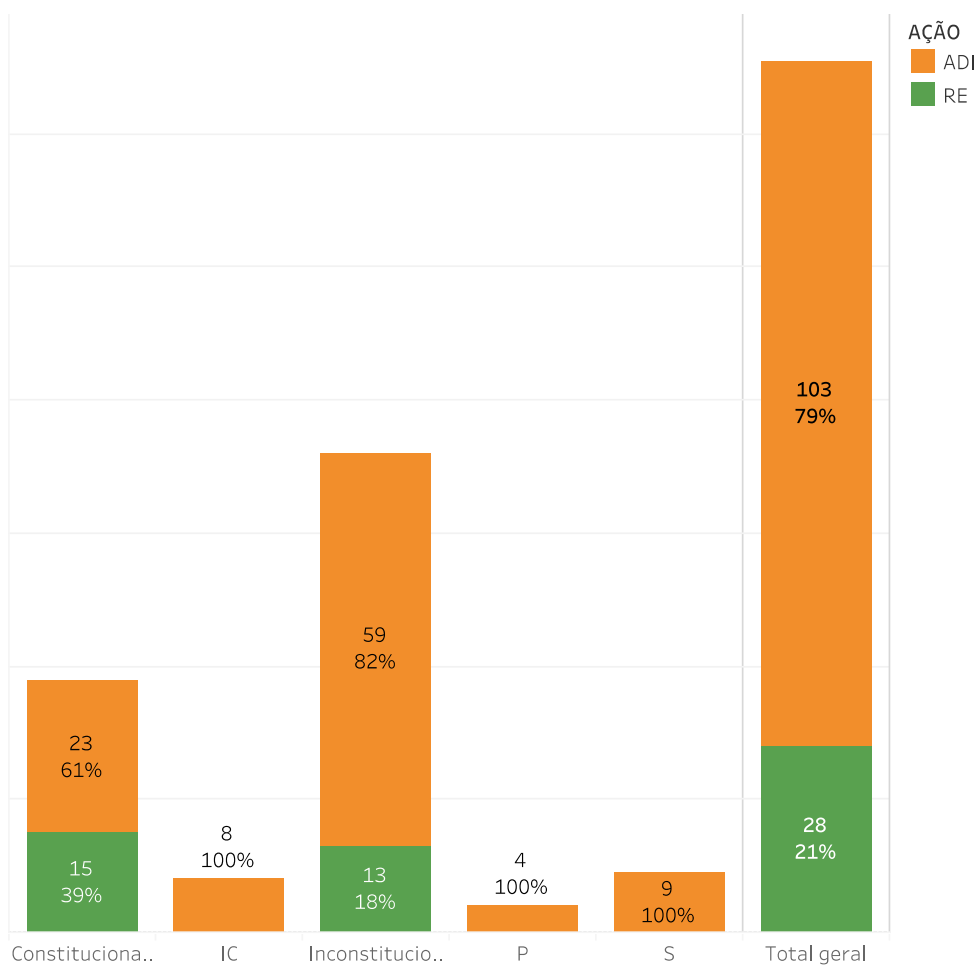


Fonte: elaborado pelo autor.

O Gráfico 103 apresenta as mesmas informações, mas evidencia a diferença dos juízos em relação ao RE e ao ADI. Os juízos de constitucionalidade estão à esquerda; e o de inconstitucionalidade, no centro, enquanto as cores indicam o tipo de ação. Constam, ainda, as hipóteses de interpretação conforme (IC), as demandas julgadas prejudicadas (P) e as cautelares deferidas (S). Veja-se:

Gráfico 103: Ação x Juízo x Origem (2).

(T17) Ação x Juízo x Origem



Fonte: elaborado pelo autor.

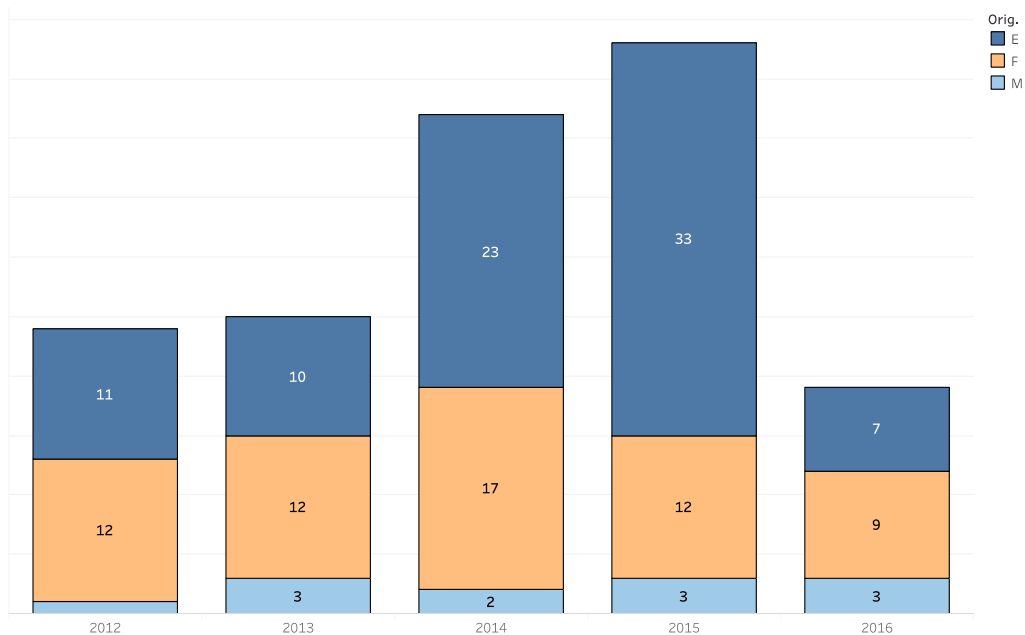
5.4.9 Tipo de ação/recurso e sua relação com a origem da norma impugnada

Os gráficos seguintes chamam a atenção para a origem da norma impugnada. O Gráfico 104 organiza as informações por ano¹⁹⁹. Veja-se:

¹⁹⁹ Como explicado na metodologia, para facilitar a visualização das informações, os informativos foram organizados em razão do ano de sua publicação.

Gráfico 104: Origem x Ano (2).

(T18) Origem x Ano

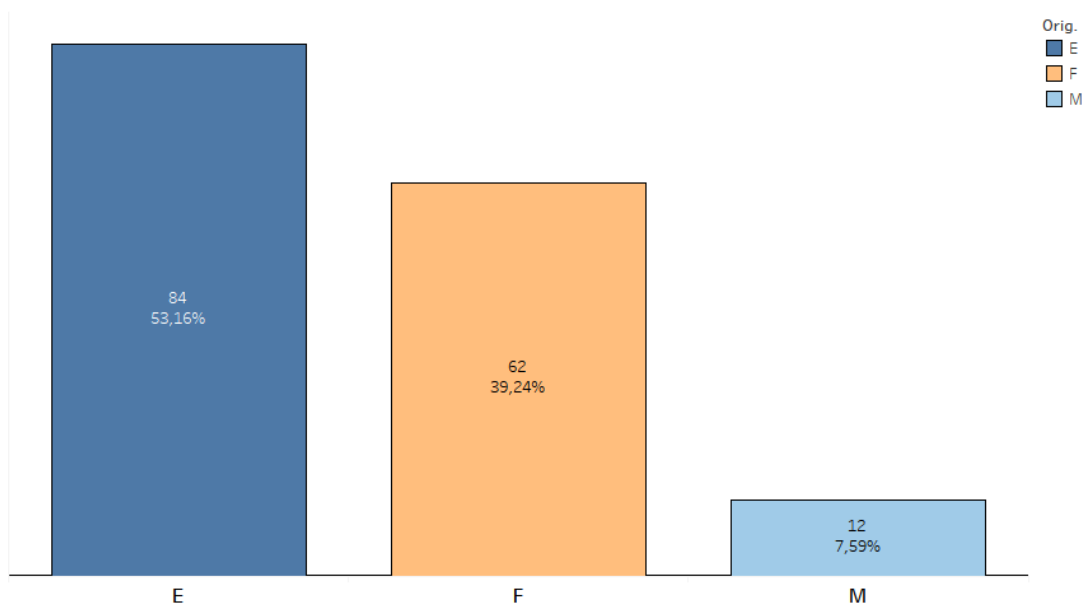


Fonte: elaborado pelo autor.

No Gráfico 105, há o somatório dos julgados, considerando todo o período. Como nos demais momentos observados, constata-se que o controle da atividade legislativa dos estados foi, de fato, o núcleo do exercício do controle de constitucionalidade pelo STF.

Gráfico 105: Origem x Total (3).

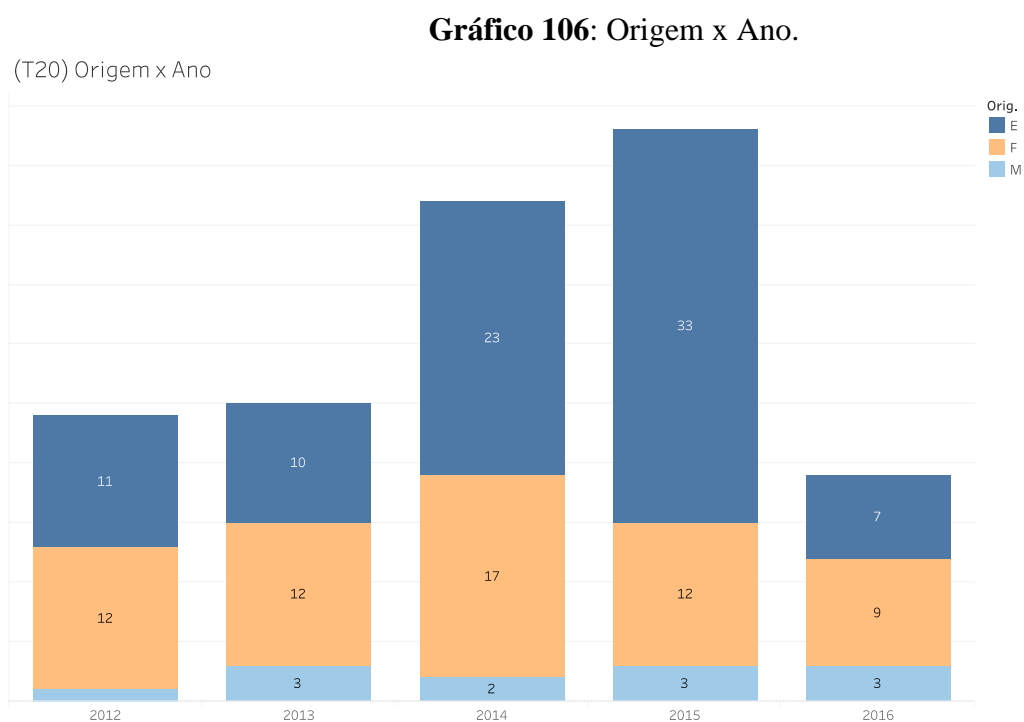
(T19) Origem x Total



Fonte: elaborado pelo autor.

Observa-se que, a despeito da diferença quantitativa do número de julgados analisados nos períodos pós-Constituição de 1988, a proporção entre normas federais e estaduais manteve-se semelhante – lembrando que, de 1995 a 2004, a diferença entre ambos foi de 59,36% para 34,98%.

O Gráfico 106 demonstra a relação de normas estaduais e federais veiculadas em sede de ADI.

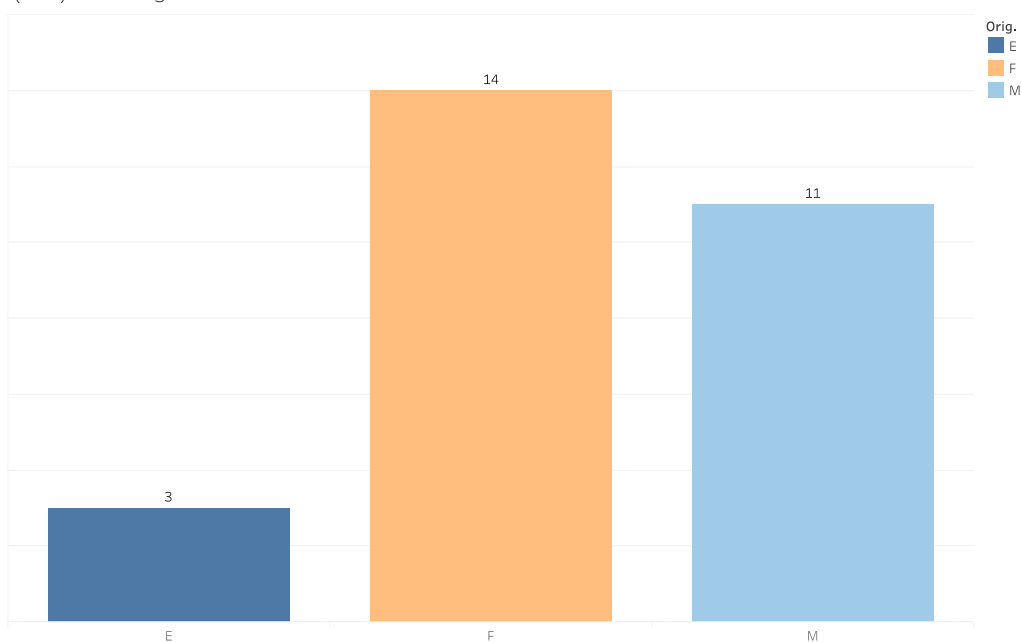


Fonte: elaborado pelo autor.

O Gráfico 107, por outro lado, evidencia que o recurso extraordinário, mais uma vez, viabilizava uma maior “democratização” da origem da norma impugnada. Veja-se:

Gráfico 107: RE x Origem.

(T21) RE x Origem

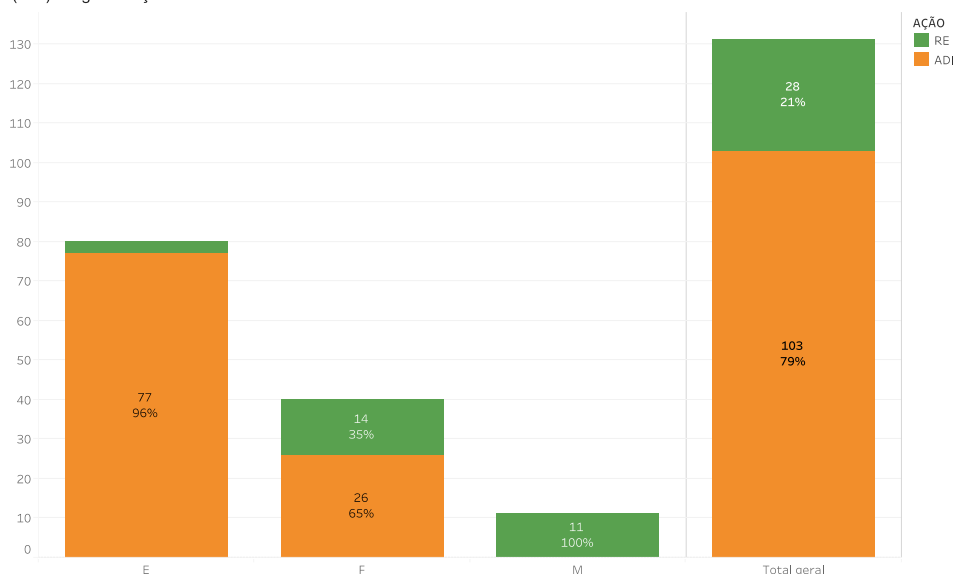


Fonte: elaborado pelo autor.

O Gráfico 108, centrando a análise nas ADI e no RE, busca demonstrar as diferenças ora apontadas por outro ângulo. No lado esquerdo, enquanto 2 RE e 77 ADI veicularam normas estaduais, 14 RE e 26 ADI trataram da constitucionalidade de normas federais. Com efeito, as ADI corresponderam a 96% das impugnações à lei estadual e a 65% das impugnações a leis federais, enquanto os RE representaram 3% dos juízos exercidos sobre normas estaduais e a 35% dos juízos exercidos sobre normas federais. Veja-se:

Gráfico 108: Origem x Ação (2).

(T22) Origem x Ação

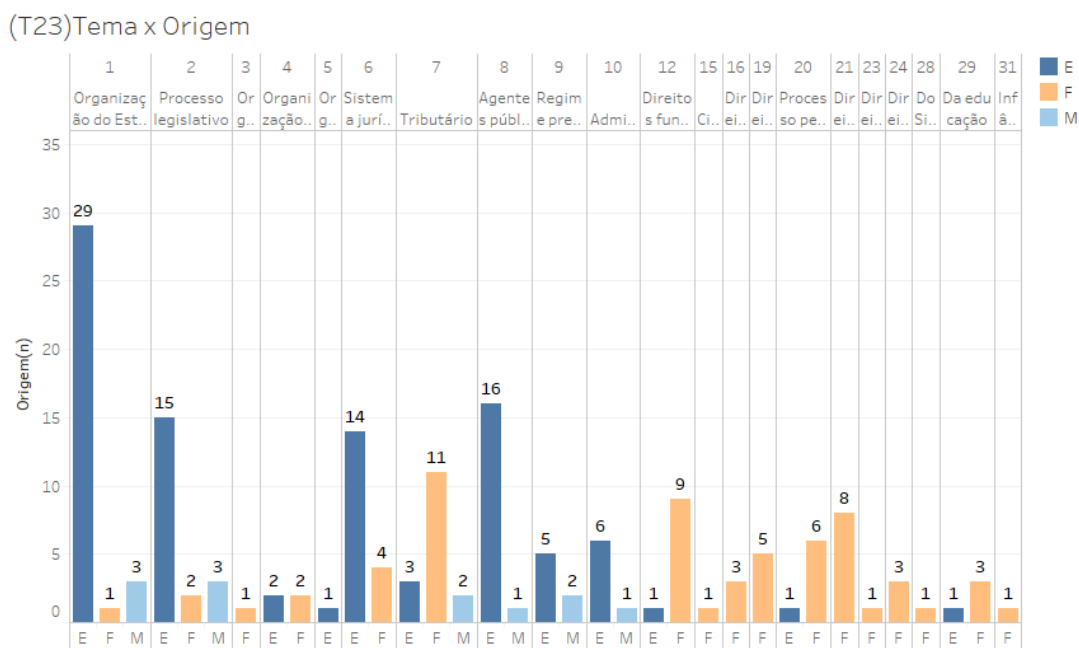


Fonte: elaborado pelo autor.

5.4.10 Qual a origem das normas considerando os temas tratados pelo STF?

O Gráfico 109²⁰⁰ vincula a classificação dos temas apresentada no gráfico T5 à origem das normas. Veja-se:

Gráfico 109: Tema x Origem (7).



Fonte: elaborado pelo autor.

Utilizando-se os mesmos subníveis do Gráfico 92, é possível observar com mais detalhes a relação entre “tema” e “origem da norma”. Veja o Gráfico 110²⁰¹:

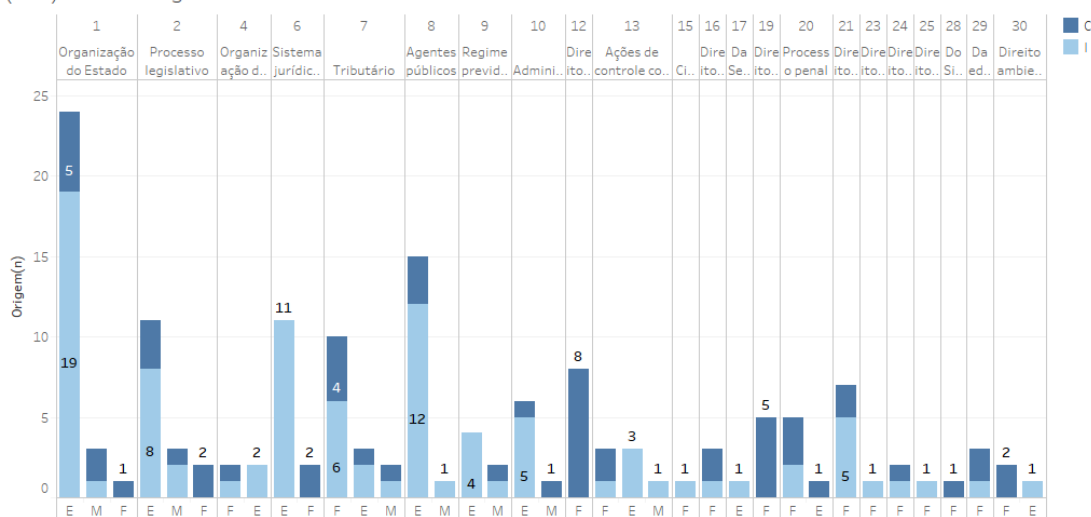
²⁰⁰ Os itens 11, 13, 14, 17, 18, 22, 25, 26, 27 e 30, constantes no índice do apêndice 4, foram retirados para melhorar a visualização.

²⁰¹ Os itens 11, 13, 14, 17, 18, 22, 25, 26, 27 e 30, constantes no índice do apêndice 4, foram retirados para melhorar a visualização.

que o tema organização do Estado, dos poderes e agentes públicos veiculam normas estaduais que, majoritariamente, são julgadas improcedentes – notadamente se a compararmos com as normas federais.

Gráfico 111: Tema x Origem x Juízo (4).

(T25) Tema x Origem x Juízo



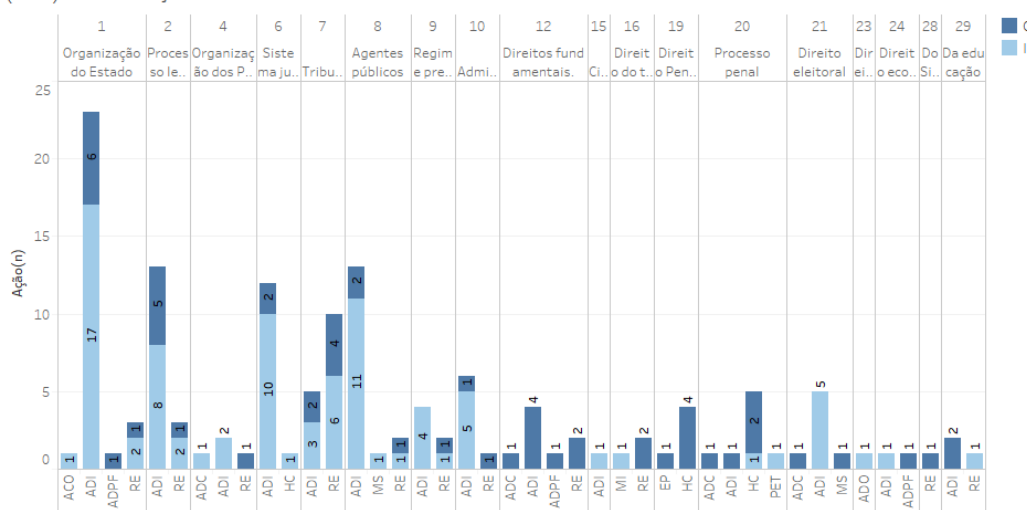
Fonte: elaborado pelo autor.

5.4.12 Dentro de um mesmo tema, como variou o juízo de constitucionalidade a depender da ação/recurso apreciado?

O Gráfico 112 substitui a análise da origem da norma pelo tipo de ação/recurso. Assim, vê-se que os temas organização do Estado e dos poderes, e agentes públicos veiculam normas preponderantemente estaduais, pela via da ação direta, que é julgada majoritariamente procedente. Veja-se:

Gráfico 112: Tema x Ação x Juízo (4).

(T26) Tema x Ação x Juízo



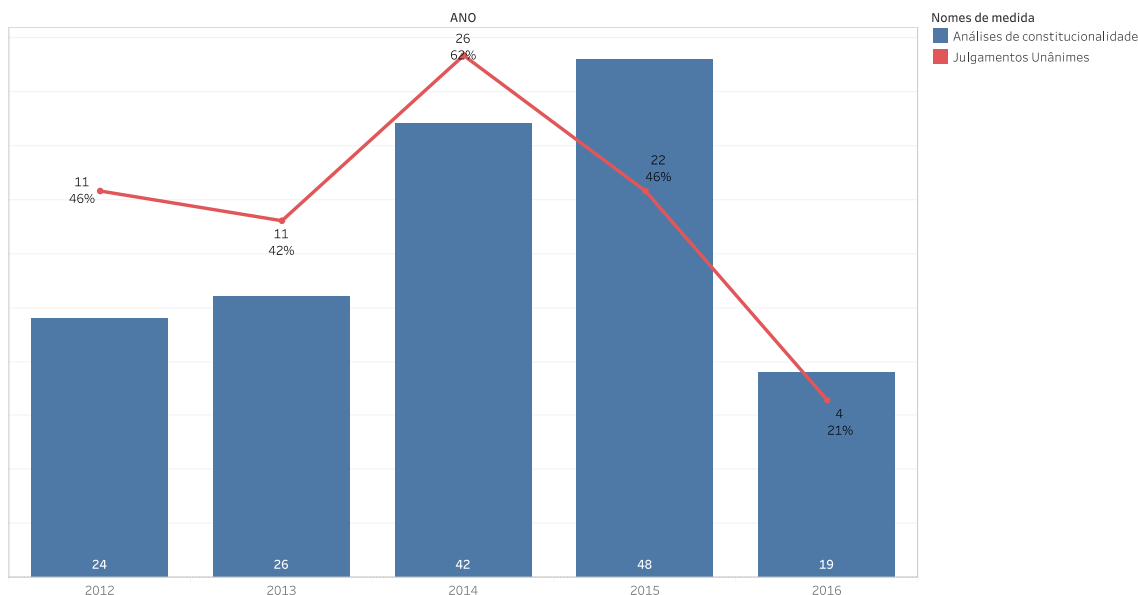
Fonte: elaborado pelo autor.

5.4.13 Qual a porcentagem de julgados unânimes?

A porcentagem de decisões unânimes já havia caído, entre 1995-2004, se comparado a 1985-1989. No período analisado, a quantidade de juízos por unanimidade observou nova queda. Veja-se:

Gráfico 113: Resultado x Ano (2).

(T27) Resultado x Ano

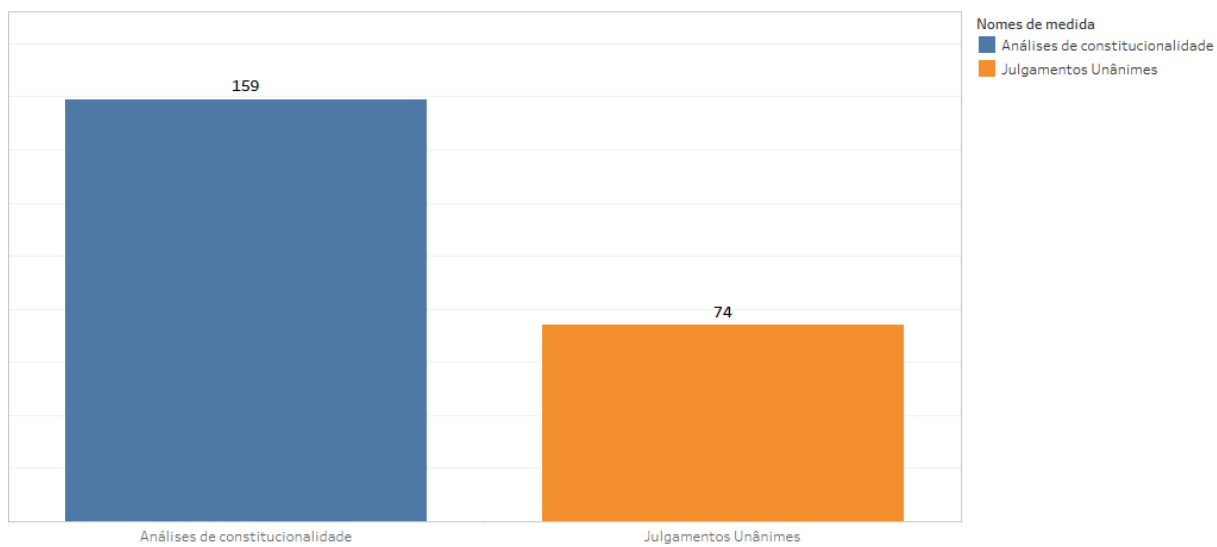


Fonte: elaborado pelo autor.

Em números absolutos, foram 74 julgados unânimes em 159 analisados (47%). Veja-se o Gráfico 114:

Gráfico 114: Julgamentos unânimes (2).

(T28) Julgamentos Unânicos



Fonte: elaborado pelo autor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

6.1 Breve síntese da interlocução entre os dois recortes observados: a) a ampliação da função jurisdicional para a gestão do Estado, por meio do controle abstrato de constitucionalidade; b) a alteração do *habitus* dos ministros pós-Constituição de 1988 e um “novo início” para a tutela objetiva da ordem constitucional

(...) o problema é que as normas gerais isoladas não esgotam a complexidade da vida. Se em examinarmos a Constituição e o ordenamento jurídico, veremos que há princípios contrários que são densificados em regras e que transmitem a tensão originária entre eles e todo o ordenamento que, nesse sentido, não se fecha aos eventos da vida cotidiana, como uma realidade perfeita em si, mas, ao contrário, requer a concretude e a individualidade dos eventos para a configuração normativa adequada a reger aquela situação determinada, sempre específica e datada (CARVALHO NETTO, 2003, p. 157, grifo nosso).

A representação interventiva inaugurou um novo capítulo no direito brasileiro: o juízo, pelo STF, incidente sobre a validade de normas, independentemente do julgamento do caso concreto. Ou, nos dizeres dos então ministros, no julgamento de “lei em tese” pelo Judiciário. A Corte irá enfrentar, então, o problema de legitimar suas decisões incidentes, agora, sobre a ordem objetiva, o que pressuporá o desenvolvimento de categorias profundamente distintas daquelas utilizadas até então – a despeito, é claro, de importantes continuidades.

Desde Ruy Barbosa, a Corte construía os limites de seus poderes para declarar uma norma inconstitucional por meio da diáde “questões políticas x direitos individuais²⁰²”, em que a fronteira entre as esferas se centrava, a partir do julgamento do caso concreto, na existência de direito individual a ser tutelado pelo Judiciário, que exercia função marcadamente limitadora dos demais Poderes. A declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente poderia se dar quando necessária ao julgamento da demanda, além de se ater, necessariamente, ao caso concreto – a norma impugnada continuaria válida e eficaz, até a manifestação do Senado Federal.

Segundo os próprios ministros, o que os legitimaria romper com essa antiga tradição do direito brasileiro seria a previsão constitucional contida no artigo 7º, inciso VII, CF/1946, que autorizaria essa atuação excepcional do Tribunal na esfera normativa, lócus, por definição, do sistema político. Com efeito, se é o próprio Poder Constituinte que fixara essa atribuição ao Supremo, não haveria dúvidas sobre sua validade. Mas, por outro lado, estava subjacente a essa “autorização” o desenvolvimento de repertório argumentativo específico, em que o caráter

²⁰² Como visto, a formulação da diáde “questões políticas x direitos individuais” tem como objetivo representar como o STF lidava com o conflito entre direito e política e como fundamentava os limites de sua atuação – por meio do reconhecimento, ou não, da existência de direitos individuais em uma demanda.

excepcional do controle *constituísse* a própria prática discursiva. Daí ser indissociável das decisões a menção constante aos princípios da presunção de constitucionalidade das leis e da separação dos Poderes, em uma leitura tipicamente neopositivista.

Situando o repertório argumentativo utilizado pelo STF, a partir do marco teórico adotado nesta tese, é possível conceituar a expressão genérica “*ethos limitado*” que os ministros se reconheciam como “*habitus* restritivo”. *Habitus*, segundo Bourdieu, significa a *história incorporada*, nos agentes, da estrutura do espaço social que ocupam, engendrando, neles, a retradução de seu lugar de origem (BOURDIEU, 2010). Em outros termos, as estruturas simbólicas do espaço social são inculcadas nos indivíduos, de forma que as representações, discursos, sentidos por eles incorporados *tendem* a ser reproduzidos nas relações sociais. Há, no conceito, questão fundamental para se pensar a construção dos regimes de verdade no direito: a articulação necessária entre a realidade objetiva do campo e como ela é a “subjetivada²⁰³” nos agentes.

Com efeito, não apenas a ordem objetiva continha restrições à atuação dos ministros do STF, de que são exemplos a falta de previsão legal para a modulação dos efeitos, a restrição dos legitimados para propor representação, a limitação do parâmetro de controle (artigo 7º, inciso VII, CF/46), a inexistência de ação direta de constitucionalidade por omissão ou súmula vinculante. É fundamental analisar o que se chama aqui de *habitus* restritivo a partir da articulação dessa realidade objetiva limitadora com as práticas que ela induz na formação do jurista, que tende a reproduzi-las.

A importância conferida por esta tese à representação interventiva não é aleatória – e, também aqui, o conceito de *habitus* será determinante para explicá-la. A ação marca o início fundamental de uma prática que, hoje, é uma característica determinante da jurisprudência do STF: o controle abstrato. “Fazer ressurgir o arbítrio dos inícios²⁰⁴” (BOURDIEU, 2015) é um caminho importante para se desvelar a naturalização e inexorabilidade com que a atuação na esfera normativa, pelo Supremo, é imposta pelo próprio Estado – que tem o poder de ritualizar sua própria legitimidade, universalizando práticas que ele mesmo impõe.

Nesse sentido, a análise empírica desse “início” demonstrou que o núcleo das matérias veiculadas em sede de representação tendeu a se repetir em todos os períodos analisados – 1985-

²⁰³ Subjetivação é conceito utilizado, de forma recorrente, por Foucault, mas, aqui, parece adequado adotá-lo para o presente contexto.

²⁰⁴ O pensamento genético, tal como o defino, tenta **fazer ressurgir**, de certo modo, **o arbitrário dos inícios**: ele se opõe [então] aos usos mais ordinários da história ordinária. Os usos ordinários do pensamento histórico ordinário tendem a cumprir, mesmo sem o conhecimento dos que os praticam, uma **função de legitimação** o que é um dos usos mais comuns da história (BOURDIEU, 2015, p. 166, grifos nossos).

1989, 1995-2004 e 2012-2016 —, por meio da representação de inconstitucionalidade e da ADI: a organização do Estado e dos Poderes e o regime jurídico dos servidores públicos. O STF, assim, deixou de analisar a constitucionalidade da norma, sob o argumento de afronta a direitos individuais, para participar da gestão da máquina pública, fixando, a partir de um discurso que articula meios e fins, questões determinantes à gestão Estado. A representação cumpriu, pois, papel determinante na judicialização de determinados conflitos que antes eram solucionados em outras esferas.

Observa-se, pois, a partir da representação interventiva, que as ações abstratas promovem o esvaziamento do conteúdo da jurisdição constitucional, que passa a se qualificar não mais pela defesa de um direito (“individual”), mas, sim, por uma determinada “forma” por meio da qual se acessa a Corte. Em outros termos, estava pressuposto à díade “questões políticas x direitos individuais” a fundamentação, no caso concreto, de que a norma impugnada continha lesão a direito individual. Já o discurso de “compatibilidade vertical da norma”, que pressupõe um juízo de subsunção da lei impugnada à Constituição, não comporta um conteúdo, tornando-se toda lei passível de “tutela²⁰⁵” pelo Supremo.

Contudo, ainda segundo a análise empírica, os diferentes *habitus* dos ministros do STF, nos distintos períodos observados, são descontinuidades determinantes para se compreender essa possível incursão do Judiciário na atividade parlamentar. No período pré-constitucional, o *ethos* restritivo no qual se formava o jurista *constituía* as práticas judiciais perpetradas pelo STF. A *crença* compartilhada em torno dos limites do sistema jurídico em relação ao político criava realidades e tornava a invalidação de leis prática realmente excepcional da Corte, o que será alterado profundamente após a Constituição de 1988.

A ampliação do escopo do controle abstrato pela Constituição de 1988, que foi reforçada por alterações legislativas e jurisprudenciais subsequentes, pressupõe e é formadora de um novo *habitus* dos ministros do STF, que deixam de tratar a atuação na esfera normativa como hipótese excepcional de interferência do Judiciário na esfera política, para concebê-la como a essência da jurisdição constitucional. Essa mudança pode ser observada, novamente, por meio da construção de novas categorias utilizadas pelo Supremo para construir o discurso de legitimação de seus poderes normativos: os princípios da presunção de constitucionalidade das leis e da separação dos Poderes cedem lugar aos discursos de “máxima efetividade da Constituição” (e congêneres).

A conjugação desse novo *habitus* dos ministros com um “direito sem conteúdo”, que

²⁰⁵ Lembrando-se que tutela, expressão que se naturalizou nos manuais de direito constitucional, significa a representação de um incapaz por alguém habilitado perante o direito.

caracteriza as ações abstratas, marca um “*novo início*” (BOURDIEU, 2015) do controle concentrado no direito brasileiro, em que não apenas os limites impostos pelo *ethos* neopositivista à tutela objetiva deixam de existir, como a crença na legitimidade do discurso jurídico se expande. Com efeito, àquela elite habilitada a participar da jurisdição constitucional, torna-se possível demandar ao STF sempre que outras instâncias de poder não responderem aos seus interesses, já que todo problema social se torna passível de ser qualificada como “jurídico”. Cria-se uma dinâmica, assim, em que o Supremo se torna palco quase inexorável das disputas ocorridas em outras esferas.

Segundo Kelsen (2000), a lei tornar-se-ia um ato obrigatório do Estado porque resultado de um compromisso entre os representantes dos mais diferentes grupos sociais. Seria fruto, pois, não da vitória da maioria, mas de um processo dialético em que todos os envolvidos participaram e contribuíram de seu produto. O controle abstrato de constitucionalidade se limitaria, nesse contexto, a recortar os excessos do Parlamento para garantir, a partir da Constituição, a regularidade da aplicação do direito. A sua expansão, a partir desse novo *habitus*, ao fomentar a crença de que toda lei pode ser *tutelada* pelo Supremo, está centrada na permissão de que o mundo social pode ser resolvido pelo discurso racional jurídico. Abdica da ideia de conflito na conformação do sistema normativo, deslocando a uma elite específica ampla prerrogativa de disciplinar, a partir de uma suposta técnica “ubíqua”, todo o mundo social. O próprio código lícito-ilícito do sistema é colocado em xeque, já que o resultado dos pronunciamentos do STF, ao contrário do que se dava nos períodos pré-constitucionais, não é a invalidação de um ato, ainda que normativo. A decisão oriunda do controle abstrato costuma ser a edição de mais uma norma, que será interpretada pelas instâncias ordinárias e pela Administração.

As grandes disputas em torno dos chamados “casos difíceis”, Segundo Dworkin (1999), decorreriam da inexistência de um conceito sólido do que seria “o direito”. Essa disputa pressuporia o debate em torno do *conteúdo* das decisões e da *finalidade* do exercício da jurisdição. Daí o porquê se filiar e defender a tradição liberal, centrada na proteção, pelo Judiciário, aos princípios da liberdade e da igualdade. É possível afirmar, nesse sentido, que o controle abstrato de constitucionalidade, ao excluir do direito um conteúdo e impor ao Judiciário tutelar questões centrais do Estado, fomenta o afastamento do STF de sua função contramajoritária, ainda que decisões relevantíssimas envolvendo direitos fundamentais tenham se dado por essa via. Mas, sobretudo, a tutela objetiva da ordem constitucional parece cumprir um papel ainda mais decisivo na legitimidade e eficiência do exercício da dominação pelo Estado.

Conclusão

O controle abstrato é, para além do debate jurídico que o cerca, uma *dinâmica* que, ao incorporar novas funções ao STF, permitiu a judicialização de questões atreladas à gestão do Estado que, até então, eram inéditas ao Judiciário. Essa dinâmica, que amplia a celeridade e a “segurança” com que conflitos relevantes no interior do Estado são solucionados, altera o fundamento de legitimidade da jurisdição, antes vinculado a um conteúdo específico, a “defesa de direitos individuais”, para deslocá-lo para o “cotejo entre normas”, que autoriza qualquer matéria ser objeto de controle. Ao ampliar o plexo de competências do Judiciário, abdicando-se de vincular a jurisdição a um conteúdo, torna o discurso racional jurídico um significante que admite qualquer significado, enfraquecendo o caráter contramajoritário da jurisdição.

Por outro lado, nos dois primeiros períodos analisados, 1957-1964 e 1985-1989, o julgamento das representações interventivas e de inconstitucionalidade fundamentava-se em uma excepcional intervenção do Judiciário no âmbito normativo, *locus*, por excelência, do campo político. O que se observa após a promulgação da Constituição de 1988 é um apagamento do caráter subsidiário da “tutela objetiva da ordem constitucional” e o desenvolvimento de um repertório argumentativo que a transforma em sinônimo de jurisdição constitucional. A crença em um direito técnico, que tem na lei a sua essência (MAXIMILIANO, 2017) e que seria capaz de garantir uma fronteira sólida entre o direito e a política, cede espaço à ideia de “máxima efetividade da Constituição”, em que o controle exercido pelos ministros do STF sobre a produção legislativa dos demais Poderes seria a forma mais eficaz de se proteger a Constituição. Mas o que o âmbito discursivo revela é o desenvolvimento de um novo *habitus*, em que os ministros do STF incorporam e reproduzem uma nova crença acerca dos limites do direito e de seu papel como agentes do Estado, de forma que a abstrativização reflète e fomenta uma progressiva crença na juridicização do mundo social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Alzira Alves de; LATTMAN-WELTMANN, Fernando. Fechando o cerco: a imprensa e a crise de agosto de 1954 In: GOMES, Ângela de Castro (Org.). **Vargas e a crise dos anos 50**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. O bacharelismo liberal na política brasileira. São Paulo: EDUSP, 2ª edição, 2019.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. Judiciário e Democracia no Brasil. **Novos Estudos**, n. 54, p. 27-41, julho de 1999. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.11997/1301>. Acesso em: 28 maio 2019.

ARINOS, Afonso. Discurso. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata da 341ª Sessão. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, ano II, n. 308, 5 out. 1988.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, p. 63-68, jan. 1991.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Livraria acadêmica, 1933. v.4.

_____. **A Constituição e os Actos Inconstitucionaes**. Do Congresso e do Executivo. Rio de Janeiro: Atlantica Editora, 2ª Edição, 1893.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, out./dez. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217989662018000402171&lang=pt. Acesso em: 5 fev. 2020.

BASILE, Juliano. Carta não autoriza STF a criar norma. **Jornal Valor Econômico**, São Paulo, 23 ago. 2011. Disponível em: <http://www.valor.com.br/impreso/politica/carta-nao-autoriza-stf-criar-norma-diz-moreira-alves>. Acesso em: 16 de out. de 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

BITTENCOURT, Lúcio C.A. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BLACK, Henry Campbell. **American Constitutional Law**. 2nd. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing CO., 1897.

BOURDIEU, Pierre. **La noblesse d'état**. Grandes écoles et esprit de corps. Les Éditions de Minuit, 1989.

_____. **Sobre a televisão**. Trad. de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

_____. **Langage et pouvoir symbolique**. Paris: Éditions Fayard, 2001.

_____. **Razões práticas. Sobre a teoria da ação**. Trad. de Mariza Corrêa. 10a. ed. Campinas: Papyrus, 2010.

_____. **Manet: une Révolution Symbolique**. Cours au Collège de France (1998-2000). Éditions Raison d'agir/Éditions du Seuil, 2013.

_____. **Sobre o Estado**. Trad. de Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

_____. **A produção da crença: contribuição para uma economia dos bens simbólicos**. 3a. ed. Porto Alegre: Zouk, 2015a.

_____. **A distinção: crítica social do julgamento**. Trad. de Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. 2a. ed. rev. Porto Alegre: Zouk, 2015b.

BUTLER, Judith. **Relatar a si mesmo: crítica da violência ética**. Trad. de Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

BRASIL. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm#:~:text=L0221%2D1894&text=LEI%20N%C2%BA%20221%2C%20DE%2020,d a%20Justi%C3%A7a%20Federal%20da%20Republica. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721-7. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>. Acesso em: 1º fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista trimestral de Jurisprudência**, v. 2, jul./ago./set. 1957a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/002_1.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Revista trimestral de Jurisprudência**, v. 3, out./nov./dez. 1957b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/003_1.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 6, jul./ago./set. 1958a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/006_1.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 7, out./nov./dez. 1958b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/007_1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 10, jul./ago./set. 1959a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/010_1.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 11, out./nov./dez. 1959b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/011_1.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 13, abr./maio/jun. 1960. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/013_1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 18, jul./ago./set. 1961a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/018_1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 19, out./nov./dez. 1961b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/019_1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 25, jul./ago./set. 1963a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/025_1.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 26, out./nov./dez. 1963b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/026_1.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 103, n.3, mar. 1983. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/103_3.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 113, jul. 1985. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/113_1.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 125, tomo 2, ago. 1988. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/125_2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 127, tomo 2, fev. 1989. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/127_2.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. HC 300, de 30 de abril 1892. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>. Acesso em : 19 jul. 2019.

_____. HC 1063, de 5 de março de 1898. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC1063.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

_____. HC 3536, de 6 de maio de 1914. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3536.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1958.

CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Constituição de 1946. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A., 1956. v. 2.

CARDOSO, Fernando Henrique. Mandado de injunção provoca polêmica entre governo e Congresso. **Jornal Gazeta Mercantil**, São Paulo, p. 5, 26 set.1988.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial. O teatro de sombras. 12a. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a incerteza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 142-163.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais = Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights. **Social Science Research Network**, New York, p. 1-82, 1 Apr. 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 15 jul. 2015.

COSTA, Edgar. **Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal**. Primeiro Volume. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1964. v. 1.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. São Paulo: Claroenigma, 1ª reimpressão, 2015.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. O governo João Goulart e o Golpe de 1964: memória, história e historiografia. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, jun. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Jus Podium, 2007. v. 3.

DUARTE, Guilherme et al. O Sistema de justiça na ciência política brasileira: uma análise da literatura. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2886646>. Acesso em: 12 fev, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 3a. ed. São Paulo:

Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELIAS, Norbert. **Introdução à Sociologia**. Trad. de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2018.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. O Múltiplo Supremo. **O Supremo em Números**. Rio de Janeiro: FGV, 2011. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2015.

FERREIRA, Jorge. O carnaval da tristeza: os motins urbanos do 24 de agosto. In: GOMES, Ângela de Castro (Org.). **Vargas e a crise dos Anos 50**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 61-94.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

_____. **A arqueologia do Saber**. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 8a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

_____. **As Palavras e as Coisas**. Uma arqueologia das ciências humanas. Trad. de Selma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

GOMES, Ângela Castro. As Marcas do Período. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (Dir.); GOMES, Angela de Castro (Coord.). **Olhando para dentro: 1930-1964**. Rio de Janeiro: Objetiva; Madrid: Fundación MAPFRE, 2014. (História do Brasil nação: 1808-2010, v. 4).

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Trad. de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

KALBERT, Stephen. **Max Weber: uma introdução**. Trad. de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. de Alexandre Krug. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito).

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. In: COSTA, Edgar. **Os Grandes Julgados do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A, 1964.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural I**. Trad. de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Cosac-Naify, 2014.

LOUREIRO JÚNIOR, Luis. **O Controle de Constitucionalidade das Leis**. São Paulo: Max Limonad, 1957.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

MATTOS, Marcelo Badaró. As greves na trajetória da classe trabalhadora brasileira. Conferência de Abertura das IV Jornadas de História do Trabalho, Anpuh, Encontro Regional do GT Mundos do Trabalho/RS, Pelotas, 8.10.2007, p. 422-439.

_____. Greves, sindicatos e repressão policial no Rio de Janeiro (1954-1964). **Revista Brasileira de História**, v. 24, n. 47, 2004, p. 241-270.

MENDES, Gilmar Ferreira. A representação interventiva. **Revista Direito Público**, n. 9, jul./ago./set. 2005. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/1340/807>. Acesso em: 8 ago. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MICELI, Sergio. Materialismo do Simbólico. In: BOURDIEU, P. **Sobre o Estado** – Cursos no Collège de France (1989-92). Trad. de Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Cia das Letras, 2014.

MICHEL FOUCAULT – Naissance de la biopolitique 1. Cours au Collège de France du 10 janvier 1979. 2015. Vídeo (1h19'09''). 2015. Publicado pelo canal Bouts de sagesse. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=U0c4bwrrwcw&feature=youtu.be>. Acesso em: 13 ago. 2019.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000. (Grandes nomes no pensamento brasileiro).

PINTO FERREIRA. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 4a. ed. ampl. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 1.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. 4v.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 25a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de (Org.). **Justiça em foco**: estudos empíricos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Mandado de Injunção**: Suas finalidades, efeitos da

decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimentos. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 5, 2011/2012. Tópicos Especiais. Mandado de Injunção. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/602/405>. Acesso em: 15 out. 2011.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Cia. das Letras, 2018.

SADEK, M. T. Aina; OLIVEIRA, Fabiana L. de. Estudos, pesquisas e dados em Justiça. In: OLIVEIRA, Fabiana Luci de (Org.). **Justiça em foco: estudos empíricos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

SANCHES, Samyra Nasponili; MEYER, Samanta Riberio. O paradigma dogmático da ciência jurídica nos manuais de ensino do direito. **Universitas/JUS**, v. 24, n. 2, p. 1-9, 2013. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/2361/2055>. Acesso em: 7 ago. 2015.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012.

SCHWARCZ, Lilia. **O espetáculo das raças**. 17a. ed. São Paulo: Companhia das Letras; Madrid: Fundación MAPFRE, 2014.

_____. (Dir.). **História do Brasil Nação**. São Paulo: Objetiva, 2019. 4v.

_____. As marcas do Período. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (Dir.). **A abertura para o mundo: 1889-1930**. Rio de Janeiro: Objetiva; Madrid: Fundación MAPFRE, 2014. (Coleção História do Brasil nação: 1808-2010). v. 3.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloísa M. (Org.). **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia. das Letras, 2015.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil Colonial**. Trad. de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. Apresentação da obra. In: BOURDIEU, Pierre. **A produção da crença: contribuição para uma economia dos bens simbólicos**. 3a. ed. Porto Alegre: Zouk, 2015.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Algumas Reflexões Críticas sobre a Tese da "Abstrativização" do Controle Concreto de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). **Sequência**, n. 75, Florianópolis, jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217770552017000100079&lang=pt. Acesso: 25 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luiz Felipe da Mata Machado. **O mandado de injunção e a abstrativização do**

exercício da jurisdição constitucional. 2016. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 5a. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

THOMPSON, J. B. Préface. In: BOURDIEU, Pierre. **Langage e pouvoir symbolique.** Paris. Éditions Fayard, 2001.

WEBER, Max. **Ciência e política:** duas vocações. Prefácio de Manoel T. Berlinck. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18a. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

_____. **Economia e Sociedade.** Trad. de Regis Barbosa e Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 1999. 2 v.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito.** São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.