



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

RODRIGO ALESSANDRO SARTOTI

DIREITO E EXCEÇÃO:

Os Atos Institucionais da ditadura militar na interpretação do STF (1964-1978)

Florianópolis

2026

RODRIGO ALESSANDRO SARTOTI

DIREITO E EXCEÇÃO:

Os Atos Institucionais da ditadura militar na interpretação do STF (1964-1978)

Tese de Doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito, Estado e Sociedade.

Linha de Pesquisa: Historicismo, Conhecimento Crítico e Subjetividade

Orientadora: Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis

2026

Sartoti, Rodrigo Alessandro

Direito e Exceção : Os Atos Institucionais da ditadura militar na interpretação do STF (1964-1978) / Rodrigo Alessandro Sartoti ; orientadora, Jeanine Nicolazzi Philippi, 2026.

266 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2026.

Inclui referências.

1. Direito. 2. direito e ditadura militar. 3. atos institucionais. 4. estado de exceção. 5. Supremo Tribunal Federal. I. Philippi, Jeanine Nicolazzi . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Rodrigo Alessandro Sartoti

DIREITO E EXCEÇÃO:

Os Atos Institucionais da ditadura militar na interpretação do STF (1964-1978)

O presente trabalho em nível de Doutorado foi avaliado e aprovado, em 28 de março de 2023, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Adailton Pires Costa

Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região – TRT-12

Prof. Dr. Eliton Felipe de Souza

Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof. Dr. Samuel Martins dos Santos

Faculdade CESUSC

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Doutor em Direito.

Prof. Dr. Clarindo Epaminondas de Sá Neto

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi

Orientadora

Florianópolis

2026

*Às minhas amigas e aos meus amigos,
suportes emocionais das páginas que seguem.
Minha dedicatória e agradecimento!*



Dilma Vana Rousseff, em novembro de 1970, aos 22 anos, depondo na Auditoria Militar do Rio de Janeiro, acusada de subversão. Dilma havia sido torturada por mais de trinta dias, mesmo assim não delatou seus companheiros. Foi condenada e cumpriu pena de prisão por mais de dois anos. Em 31 de outubro de 2010, foi eleita Presidenta do Brasil com mais de 55 milhões de votos. (AMARAL, Ricardo B. *A vida quer é coragem*)



Composição do STF em 1965 após o Ato Institucional n. 2, que aumentou o número de ministros para 16, de modo que os militares pudessem exercer maior controle sobre o Tribunal.

*“Nas ‘situações excepcionais’, os juristas
da ditadura sempre arranjam uma
fórmula para resolver as coisas...”*
(Carta da ALN e do MR-8 em 1969)

*“Você que inventou esse Estado
Que inventou de inventar toda a escuridão
Você que inventou o pecado
Esqueceu-se de inventar o perdão.”*
(Chico Buarque, 1978)

RESUMO

A ditadura militar instaurada no Brasil com o golpe civil-militar de 1º de abril de 1964 utilizou um extenso e complexo sistema de normas jurídicas, buscando, desde o início, uma suposta legitimação a partir do direito. Entre 1964 e 1985, o regime lançou mão de diversas espécies normativas, dentre as quais se destaca a figura do Ato Institucional (AI), inovação jurídica do regime, situada acima das Constituições de 1946 e de 1967 e outorgada por ato unilateral da Chefia do Poder Executivo Federal. Ao todo, a ditadura editou 17 Atos Institucionais, de 1964 a 1969, além de 104 Atos Complementares, de 1965 a 1977. Por meio dos AIs, os militares alteravam a ordem constitucional sem qualquer participação do Poder Legislativo, e as ações da ditadura neles fundadas não poderiam, em tese, ser objeto de análise pelo Poder Judiciário. Ainda assim, inúmeros casos chegaram ao Supremo Tribunal Federal, que, provocado, precisou se manifestar. Investigar essas decisões é uma das formas de entender a figura do AI e, sobretudo, de compreender a dimensão e o caráter do uso do direito pela ditadura. Como o Supremo interpretou os Atos Institucionais durante a ditadura? Tratou-se de uma interpretação ratificadora da natureza autoritária dos Atos? Este é o problema da pesquisa. A hipótese inicial é a de que o STF não conheceu da maioria das ações e dos recursos relacionados aos Atos Institucionais e, quando os conheceu, teve postura de apoio à ditadura em seu uso autoritário do direito. O objetivo é averiguar se o STF conferiu legitimidade aos Atos Institucionais, sedimentando esse uso autoritário do direito. Sustenta-se que o Ato Institucional operou como espécie de norma fundamental, no sentido kelseniano, do ordenamento da ditadura, e que o regime governou através do direito, e não à margem dele. A análise dos acórdãos, contudo, revela um Supremo complexo e palco de disputas entre os ministros, o que afasta leituras maniqueístas: o Tribunal legitimou a figura jurídica do Ato Institucional, mas não foi simplesmente subserviente ao regime. A tese divide-se em duas partes. A primeira, “O Direito e a Exceção”, reúne dois capítulos: no capítulo 1, define-se o conceito de *estado de exceção* a partir de Giorgio Agamben, em relação com a *legalidade autoritária* de Anthony W. Pereira, a *utopia autoritária* de Carlos Fico e a *textura aberta da exceção* de Cristiano Paixão; no capítulo 2, apresenta-se o debate sobre o estado de exceção na doutrina constitucional brasileira em dois momentos, do início do século XX até 1964 e, no presente, entre 2010 e 2020. A segunda parte, “A Exceção e o Direito”, discute como a exceção iniciada em 1964 utilizou o direito: no capítulo 3 analisam-se os textos integrais dos 17 Atos Institucionais e a sua interpretação pelos manuais entre 1964 e 1985; e, no capítulo 4, examinam-se as decisões do STF, entre 1964 e 1978, nos casos relacionados aos Atos Institucionais, mediante análise quantitativa e qualitativa dos acórdãos.

Palavras-chave: direito; ditadura; atos institucionais; legalidade autoritária; estado de exceção; Supremo Tribunal Federal.

RIASSUNTO

La dittatura militare instaurata in Brasile con il colpo di Stato civile-militare del 1° aprile 1964 si servì di un esteso e complesso sistema di norme giuridiche, cercando, fin dall'inizio, una presunta legittimazione a partire dal diritto. Tra il 1964 e il 1985, il regime ricorse a diverse specie normative, tra le quali spicca la figura dell'Atto Istituzionale (AI), innovazione giuridica del regime, collocata al di sopra delle Costituzioni del 1946 e del 1967 e concessa con atto unilaterale del Capo del Potere Esecutivo Federale. Complessivamente, la dittatura emanò 17 Atti Istituzionali, dal 1964 al 1969, oltre a 104 Atti Complementari, dal 1965 al 1977. Per mezzo degli AI, i militari modificavano l'ordine costituzionale senza alcuna partecipazione del Potere Legislativo, e le azioni della dittatura su di essi fondate non potevano, in teoria, essere oggetto di analisi da parte del Potere Giudiziario. Ciononostante, innumerevoli casi giunsero al Supremo Tribunale Federale che, sollecitato, dovette pronunciarsi. Indagare tali decisioni è uno dei modi per comprendere la figura dell'AI e, soprattutto, per cogliere la dimensione e il carattere dell'uso del diritto da parte della dittatura. Come interpretò il Supremo gli Atti Istituzionali durante la dittatura? Si trattò di un'interpretazione che ratificava la natura autoritaria degli Atti? È questo il problema della ricerca. L'ipotesi iniziale è che il STF non abbia esaminato la maggior parte delle azioni e dei ricorsi relativi agli Atti Istituzionali e che, quando li esaminò, abbia assunto un atteggiamento di sostegno alla dittatura nel suo uso autoritario del diritto. L'obiettivo è accertare se il STF abbia conferito legittimità agli Atti Istituzionali, consolidando tale uso autoritario del diritto. Si sostiene che l'Atto Istituzionale operò come una sorta di norma fondamentale, in senso kelseniano, dell'ordinamento della dittatura, e che il regime governò attraverso il diritto, e non al suo margine. L'analisi delle sentenze, tuttavia, rivela un Supremo complesso e teatro di dispute tra i ministri, il che allontana letture manichee: il Tribunale legittimò la figura giuridica dell'Atto Istituzionale, ma non fu semplicemente subordinato al regime. La tesi si divide in due parti. La prima, "Il Diritto e l'Eccezione", riunisce due capitoli: nel capitolo 1 si definisce il concetto di stato di eccezione a partire da Giorgio Agamben, in relazione con la legalità autoritaria di Anthony W. Pereira, l'utopia autoritaria di Carlos Fico e la cosiddetta trama aperta dell'eccezione di Cristiano Paixão; nel capitolo 2 si presenta il dibattito sullo stato di eccezione nella dottrina costituzionale brasiliana in due momenti, dall'inizio del XX secolo fino al 1964 e, nel presente, tra il 2010 e il 2020. La seconda parte, "L'Eccezione e il Diritto", discute come l'eccezione iniziata nel 1964 si servì del diritto: nel capitolo 3 si analizzano i testi integrali dei 17 Atti Istituzionali e la loro interpretazione da parte dei manuali tra il 1964 e il 1985; e, nel capitolo 4, si esaminano le decisioni del STF, tra il 1964 e il 1978, nei casi relativi agli Atti Istituzionali, mediante un'analisi quantitativa e qualitativa delle sentenze.

Parole chiave: diritto; dittatura; atti istituzionali; legalità autoritaria; stato di eccezione; Supremo Tribunale Federale.

ABSTRACT

The military dictatorship established in Brazil by the civil-military coup of April 1, 1964, relied on an extensive and complex system of legal norms, seeking, from the outset, a purported legitimation grounded in law. Between 1964 and 1985, the regime resorted to various types of norms, among which the figure of the Institutional Act (IA) stands out, a legal innovation of the regime, placed above the Constitutions of 1946 and 1967 and issued by unilateral act of the Head of the Federal Executive Branch. In all, the dictatorship enacted 17 Institutional Acts, from 1964 to 1969, in addition to 104 Complementary Acts, from 1965 to 1977. By means of the IAs, the military altered the constitutional order without any participation of the Legislative Branch, and the actions of the dictatorship grounded in them could not, in theory, be reviewed by the Judiciary. Even so, countless cases reached the Federal Supreme Court (STF), which, once called upon, had to rule. Investigating these decisions is one of the ways to understand the figure of the IA and, above all, to grasp the scale and character of the dictatorship's use of law. How did the Supreme Court interpret the Institutional Acts during the dictatorship? Was it an interpretation that ratified the authoritarian nature of the Acts? This is the problem of the research. The initial hypothesis is that the STF did not hear most of the suits and appeals related to the Institutional Acts and that, when it did hear them, it adopted a stance supportive of the dictatorship in its authoritarian use of law. The aim is to ascertain whether the STF conferred legitimacy on the Institutional Acts, thereby consolidating this authoritarian use of law. It is argued that the Institutional Act operated as a kind of fundamental norm, in the Kelsenian sense, of the dictatorship's legal order, and that the regime governed through law, and not outside it. The analysis of the rulings, however, reveals a complex Supreme Court and a stage of disputes among its justices, which precludes Manichaean readings: the Court legitimized the legal figure of the Institutional Act, but it was not simply subservient to the regime. The thesis is divided into two parts. The first, "Law and the Exception," comprises two chapters: chapter 1 defines the concept of the state of exception drawing on Giorgio Agamben, in relation to Anthony W. Pereira's authoritarian legality, Carlos Fico's authoritarian utopia, and Cristiano Paixão's so-called open texture of the exception; chapter 2 presents the debate on the state of exception in Brazilian constitutional doctrine in two moments, from the early twentieth century until 1964 and, in the present, between 2010 and 2020. The second part, "The Exception and Law," discusses how the exception that began in 1964 made use of law: chapter 3 analyzes the full texts of the 17 Institutional Acts and their interpretation by the manuals between 1964 and 1985; and chapter 4 examines the decisions of the STF, between 1964 and 1978, in the cases related to the Institutional Acts, through a quantitative and qualitative analysis of the rulings.

Keywords: law; dictatorship; institutional acts; authoritarian legality; state of exception; Federal Supreme Court.

RESUMEN

La dictadura militar instaurada en Brasil con el golpe cívico-militar del 1º de abril de 1964 se valió de un extenso y complejo sistema de normas jurídicas, buscando, desde el principio, una supuesta legitimación a partir del derecho. Entre 1964 y 1985, el régimen recurrió a diversas especies normativas, entre las cuales se destaca la figura del Acto Institucional (AI), innovación jurídica del régimen, situada por encima de las Constituciones de 1946 y de 1967 y otorgada por acto unilateral de la Jefatura del Poder Ejecutivo Federal. En total, la dictadura dictó 17 Actos Institucionales, de 1964 a 1969, además de 104 Actos Complementarios, de 1965 a 1977. Por medio de los AI, los militares alteraban el orden constitucional sin participación alguna del Poder Legislativo, y las acciones de la dictadura fundadas en ellos no podían, en teoría, ser objeto de análisis por el Poder Judicial. Aun así, innumerables casos llegaron al Supremo Tribunal Federal que, requerido, tuvo que pronunciarse. Investigar esas decisiones es una de las formas de entender la figura del AI y, sobre todo, de comprender la dimensión y el carácter del uso del derecho por la dictadura. ¿Cómo interpretó el Supremo los Actos Institucionales durante la dictadura? ¿Se trató de una interpretación que ratificaba la naturaleza autoritaria de los Actos? Este es el problema de la investigación. La hipótesis inicial es que el STF no conoció de la mayoría de las acciones y de los recursos relacionados con los Actos Institucionales y que, cuando los conoció, adoptó una postura de apoyo a la dictadura en su uso autoritario del derecho. El objetivo es averiguar si el STF confirió legitimidad a los Actos Institucionales, consolidando ese uso autoritario del derecho. Se sostiene que el Acto Institucional operó como una especie de norma fundamental, en sentido kelseniano, del ordenamiento de la dictadura, y que el régimen gobernó a través del derecho, y no al margen de él. El análisis de las sentencias, sin embargo, revela un Supremo complejo y escenario de disputas entre los ministros, lo que aleja lecturas maniqueas: el Tribunal legitimó la figura jurídica del Acto Institucional, pero no fue simplemente subordinado al régimen. La tesis se divide en dos partes. La primera, "El Derecho y la Excepción", reúne dos capítulos: en el capítulo 1 se define el concepto de estado de excepción a partir de Giorgio Agamben, en relación con la legalidad autoritaria de Anthony W. Pereira, la utopía autoritaria de Carlos Fico y la llamada textura abierta de la excepción de Cristiano Paixão; en el capítulo 2 se presenta el debate sobre el estado de excepción en la doctrina constitucional brasileña en dos momentos, desde inicios del siglo XX hasta 1964 y, en el presente, entre 2010 y 2020. La segunda parte, "La Excepción y el Derecho", discute cómo la excepción iniciada en 1964 se sirvió del derecho: en el capítulo 3 se analizan los textos íntegros de los 17 Actos Institucionales y su interpretación por los manuales entre 1964 y 1985; y, en el capítulo 4, se examinan las decisiones del STF, entre 1964 y 1978, en los casos relacionados con los Actos Institucionales, mediante un análisis cuantitativo y cualitativo de las sentencias.

Palabras clave: derecho; dictadura; actos institucionales; legalidad autoritaria; estado de excepción; Supremo Tribunal Federal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI – Ato Institucional

AI-1 – Ato Institucional n. 1

AI-2 – Ato Institucional n. 2

AI-3 – Ato Institucional n. 3

AI-4 – Ato Institucional n. 4

AI-5 – Ato Institucional n. 5

AI-6 – Ato Institucional n. 6

AI-7 – Ato Institucional n. 7

AI-8 – Ato Institucional n. 8

AI-9 – Ato Institucional n. 9

AI-10 – Ato Institucional n. 10

AI-11 – Ato Institucional n. 11

AI-12 – Ato Institucional n. 12

AI-13 – Ato Institucional n. 13

AI-14 – Ato Institucional n. 14

AI-15 – Ato Institucional n. 15

AI-16 – Ato Institucional n. 16

AI-17 – Ato Institucional n. 17

ALN – Aliança Libertadora Nacional

ARENA – Aliança Renovadora Nacional

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CJM – Circunscrição Judiciária Militar

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DOI-CODI – Destacamento de Operação Interna – Centro de Operação e Defesa Interna

DOPS – Delegacia de Ordem Política e Social

ESG – Escola Superior de Guerra

IPM – Inquérito Policial Militar

LSN – Lei de Segurança Nacional

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

MR-8 – Movimento Revolucionário 8 de outubro

MS – Mandado de Segurança

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PTN – Partido Trabalhista Nacional

PTB – Partido Trabalhista Brasileiro

RE – Recurso Extraordinário

RM – Região Militar

SNI – Serviço Nacional de Informações

STF – Supremo Tribunal Federal

STM – Superior Tribunal Militar

TPD – Teoria Pura do Direito

UDN – União Democrática Nacional

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

RESUMO.....	9
RIASSUNTO	10
ABSTRACT	11
RESUMEN.....	12
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	13
SUMÁRIO	14
INTRODUÇÃO.....	16
Por que a ditadura militar?	23
Mas, foi uma ditadura militar ou uma ditadura civil-militar?	28
Ineditismo e originalidade: precisamos falar sobre o direito na ditadura	31
1ª. PARTE: O DIREITO E A EXCEÇÃO.....	33
CAPÍTULO 1 – O DIREITO E O PARADIGMA DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	34
1.1. Introdução: conceitos iniciais desta Tese	34
1.2. É possível um direito autoritário?	46
CAPÍTULO 2 – O ESTADO DE EXCEÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	54
2.1. Introdução	54
2.2. O estado de sítio como expressão da exceção	55
2.3. Os manuais de Direito Constitucional até 1964	67
2.4. O que diz a doutrina brasileira atualmente sobre a exceção	98
2ª. PARTE: A EXCEÇÃO E O DIREITO.....	104
CAPÍTULO 3 – O DIREITO DA DITADURA: OS ATOS INSTITUCIONAIS.....	105
3.1. Introdução	105
3.2. Os dezessete Atos Institucionais da ditadura militar	105
3.3. O artífice do Ato Institucional n. 1: Francisco Campos.....	136
3.4. Os manuais de direito constitucional pós-1964.....	139
3.5. Em busca de um conceito jurídico-histórico de “Ato Institucional”	170
CAPÍTULO 4 – AS DECISÕES DO STF SOBRE OS ATOS INSTITUCIONAIS.....	181

4.1 Introdução: o Supremo entre a adesão e a resistência	181
4.2 Os mandados de segurança contra o presidente da República	183
4.3 A Representação n. 602 e a tese da autolimitação federal	188
4.4 Conflitos de competência e a retroatividade do AI-2	191
4.5 A competência para julgar ex-presidentes: o Caso João Goulart.....	196
4.6 “Creio que há injustiça”: o direito de defesa e os limites autoimpostos.....	200
4.7 O ex-militar, Jellinek e os limites da cassação	205
4.8 Jânio Quadros e o confinamento sem lei	207
4.9 O AI-5 e o fechamento do controle jurisdicional.....	209
4.10 O entulho autoritário: as decisões de 1º de janeiro de 1979 a 2003	211
4.11 Por uma análise quantitativa das decisões	218
4.11.1 <i>Volume e tipos de processo</i>	218
4.11.2 <i>Discussão sobre a natureza jurídica dos Atos Institucionais.....</i>	220
4.11.3 <i>Perfil dos sujeitos atingidos</i>	221
4.11.4 <i>Orientação das decisões em face dos interesses do regime</i>	222
4.11.5 <i>Análise geral dos acórdãos</i>	223
4.12 Afinal, o que era o Ato Institucional segundo as decisões do STF?	227
<u>CONCLUSÃO</u>	<u>234</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>244</u>

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país com uma História de violência e autoritarismo. Por quase quatro séculos, nosso país foi construído com base na mão de obra escravizada, inicialmente os povos indígenas e, após, das pessoas trazidas à força de África, práticas chanceladas pela legislação do Império Português, então vigente no Brasil Colonial, e, posteriormente, pelas leis do Império Brasileiro. Em que pese a distância no tempo histórico, ainda temos dificuldade de compreender como a violência se perpetrou em nosso país por meio da lei e de seus intérpretes ao longo dos séculos, bem como por meio de um uso autoritário do direito. Talvez, haja uma boa dose de verdade quando dizem que *o povo brasileiro desconhece a própria História* – ou, então, ignora a reflexão crítica sobre a sua História.

As manifestações populares que tomaram as ruas do país a partir de 2013 e o contexto das eleições de 2018 deixaram ainda mais evidente o quanto o desconhecimento histórico é nocivo à sociedade e como isso, inevitavelmente, gera uma série de discursos negacionistas sobre a História. Em meio às manifestações políticas dos últimos anos, não foram raras as pessoas que empunhavam cartazes pedindo, literalmente, a volta da ditadura militar, um novo AI-5, o fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, exigindo uma intervenção militar – não é mero acaso que a pauta antidemocrática desses manifestantes estava diretamente ligada ao direito, assim como não é obra do acaso que essas pessoas foram às ruas pedindo leis autoritárias. Esses pedidos denotam, de um lado, o desconhecimento da História recente do Brasil ou até mesmo um desprezo e, de outro lado – e mais grave –, a concordância explícita ou silenciosa de parcela da população com os expedientes da ditadura militar iniciada em 1964. O impacto desse recurso antidemocrático no imaginário social tem tornado ainda mais urgente e necessária a compreensão de como o direito no Brasil foi (e ainda é) utilizado para legitimar a violência do Estado.

Nesse sentido, a compreensão do discurso jurídico legitimador dos períodos mais autoritários e violentos não pode prescindir de uma profunda compreensão da História do Brasil. Isso, porque o Direito e a História são campos de conhecimento que precisam caminhar conjuntamente, sob pena de continuarmos reproduzindo um discurso jurídico autoritário e negando um passado de violências que ainda se faz presente.

Necessária, portanto, uma análise histórica da formação do pensamento jurídico brasileiro, principalmente compreendendo como os períodos mais autoritários da História brasileira influenciaram a produção jurídica e/ou foram legitimados pelo direito. É nesta

urgência histórica do tempo presente que esta Tese de Doutorado em Direito busca analisar o uso do direito na ditadura militar brasileira, tomando como objeto de estudo a figura jurídica do Ato Institucional, buscando compreender como esse instituto legal foi usado e interpretado no período entre os anos de 1964 e 1978 pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas, por que a ditadura militar?

Embora sejam vários os períodos¹ na História do Brasil que podem ajudar a compreender o uso autoritário do direito, a ditadura militar iniciada em 1964 tem algumas peculiaridades no campo jurídico, principalmente porque se ocupou do direito desde o início com a imposição de um Ato Institucional decretado pelo autodenominado “Comando Supremo da Revolução”, inicialmente sem número, mas que passou a ser denominado como AI-1 após a edição do AI-2. Além disso, trata-se de um período ditatorial de mais de 20 anos. Mesmo sendo um regime que se impôs a partir de um golpe de estado civil-militar, com uso da força física e se denominando como “revolução”, a ditadura militar, logo nos seus primeiros dias, criou um argumento jurídico para se legitimar, expressado nos seis parágrafos introdutórios do Ato Institucional de 9 de abril de 1964.

Pelo Poder Executivo da ditadura foram impostos outros dezesseis Atos Institucionais que se seguiram até 1969. Foram editados, também, 104 Atos Complementares pelo Presidente da República entre 1965 e 1977, além de vários Decretos-Lei, numa intensa concentração de poder nas mãos do Chefe do Executivo Federal. Demais disso, houve a outorga de uma nova Constituição em 1967, a qual foi quase integralmente modificada em 1969 por meio da Emenda Constitucional n. 1, com a chancela de um Congresso totalmente controlado, além de várias outras leis que objetivavam o fortalecimento e a manutenção do regime. Claramente, houve uma inflação legislativa com uso reiterado e sistemático do Direito pela ditadura militar.

Observando o uso dessa nova figura da exceção criada em 1964 – o Ato Institucional –, é possível afirmar, segundo Cristiano Paixão, que a ditadura militar instaurada

¹ A recente historiografia jurídica no Brasil tem se dedicado, por exemplo, a estudar o longo período de escravidão no país, analisando, a partir disso, processos judiciais, institutos jurídicos, além da influência da escravidão na elaboração de leis. Cito, como exemplos: a Tese de Doutorado de Mariana Armond Dias Paes, intitulada *Escravos e terras entre posses e títulos: a construção social do direito de propriedade no Brasil (1835-1889)*, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que analisou processos judiciais que discutiam a posse e o domínio sobre escravos; a Tese de Doutorado de Adailton Pires Costa, intitulada *Os sinais da escravidão na identidade do trabalhador: a legislação neoescravista da caderneta policial de trabalho e a resistência dos trabalhadores do comércio no Rio de Janeiro da 1ª República (DF, anos 20)*, defendida na Faculdade de Direito da UFSC, que analisou a “especificidade histórica de um modelo de regulação das relações de trabalho que se dissemina por diversas cidades na transição do trabalho escravo para o trabalho ‘livre’ no Brasil.”

em 1964 “não existiria sem o conjunto de textos, símbolos e ritos do direito”². O direito na ditadura não foi uma mera fachada, um véu de pretensa legitimidade, mas sim um instrumento central e definitivo ao regime e à forma como os militares compreendiam a resolução dos “problemas nacionais”.

Paixão observa que, “ao contrário do que afirmava a retórica do regime, os atos de exceção foram praticados ao longo de toda a ditadura, desde o ato institucional de abril de 1964 até as medidas de emergência decretadas em abril de 1984”³. Diante dessa constatação, para o autor, “é plausível e recomendável, então, afirmar que a ditadura militar imposta ao Brasil por 21 anos foi um regime de exceção, que praticou atos de exceção e que procurou explorar vários mecanismos de exceção”.

A ditadura militar foi além da clássica receita da exceção – baseada no estado de sítio, instituto muito utilizado no Brasil durante a Primeira República –, criando um formato jurídico próprio para implantar a exceção a partir de 9 de abril de 1964, data da decretação do AI-1, até a passagem do poder aos civis em 15 de março de 1985. E se diferenciou da ditadura do Estado Novo, que teve seu marco inicial com a outorga da Constituição de 1937, já que a ditadura de 1964 optou por editar um Ato Institucional e manter a Constituição de 1946.

Além dessa centralidade do direito na ditadura, o período histórico escolhido nesta Tese é imediatamente anterior à atual ordem constitucional vigente no país, tendo-a influenciado diretamente. Trata-se de um período ainda pouco estudado no âmbito da História do Direito, mesmo diante das marcas que a ditadura militar deixou no direito brasileiro – sem perder de vista, é claro, que o discurso jurídico autoritário no Brasil possui uma gênese muito mais remota, bem como a violência estatal – com o uso sistemático da tortura – não foi uma invenção da ditadura militar iniciada em 1964. Pode-se dizer, inclusive, que a violência do Estado perpetrada sob o signo da lei é uma marca nestas terras desde a invasão europeia no início do século XVI.

A necessidade desse estudo também se dá porque a última ditadura militar é muito recente na História do Brasil, persistindo ainda em nossos dias vários resquícios jurídicos desse período, seja na legislação ainda em vigor e, a princípio, recepcionada pela Constituição de 1988, seja na hodierna doutrina jurídica, na jurisprudência atual dos tribunais, no ensino do direito ou, ainda, na mentalidade popular sobre o que é a lei e o próprio direito. Esta pesquisa,

² PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*. Curitiba, v. 1, jul-dez 2020, p. 239.

³ PAIXÃO, p. 239.

todavia, não tem como objetivo verificar *o que resta da ditadura*, cuida-se aqui de uma Tese de História do Direito de um período histórico específico.

A historiografia sobre a ditadura militar no Brasil, apesar de vasta, não tem se ocupado muito do direito como um tema central, especificamente no campo da História do Direito. Há poucos trabalhos que se dedicaram a compreender profundamente o papel do direito na ditadura militar brasileira. Esse cenário se deve a dois motivos principais: (i) a necessidade de utilização dos textos jurídicos (legislação, decisões judiciais e doutrina) para a análise do papel do direito na ditadura; (ii) o fato de a História do Direito ser relegada à disciplina “secundária” nas faculdades, uma disciplina “propedêutica”, ou seja, uma disciplina introdutória – é como se, num curso de direito, primeiro você adentrasse a antessala para, depois, entrar de fato no curso, para efetivamente estudar o direito.

A História do Direito, assim, não é considerada por alguns como uma disciplina eminentemente jurídica, mas apenas uma espécie de “adendo intelectual”, uma forma do jurista⁴ demonstrar erudição ou, como alguns dizem, uma mera “perfumaria” dentre as disciplinas do currículo de um curso de direito. Nas últimas duas décadas, contudo, a História do Direito no Brasil, em especial nos cursos jurídicos, tem ressurgido com muita força, afirmando-se como efetiva disciplina jurídica e indo de encontro ao uso da “introdução histórica”, muito comum nos manuais jurídicos, nos quais, geralmente, há um primeiro capítulo dedicado a demonstrar a *evolução* histórica daquele ramo do direito ou daquele instituto jurídico. Não raramente, vemos nesses capítulos de *evolução* histórica um resumo que começa no Código de Hamurábi e termina na Constituição de 1988, tudo isso em pouquíssimas páginas. Esse tipo de capítulo não está fazendo, necessariamente, História do Direito, visto que não se dedicou à análise das principais fontes do historiador do direito⁵.

Essa abordagem histórica também costuma trazer uma visão equivocada do conceito de História, pois a compreende como evolução. Trata-se de uma concepção de História superada há quase um século pelo movimento da Escola dos *Annales*, que teve nomes como Marc Bloch, Lucien Febvre, Fernand Braudel e Jacques Le Goff como seus precursores. A Escola dos *Annales* representou uma virada na historiografia ao encarar a História como

⁴ Nesta tese, será usado o termo “jurista” para se referir os profissionais bacharéis em direito e que trabalham com o direito, desempenhando atividades jurídicas. Aqui, consideram-se como juristas os professores de direito e os doutrinadores autores de obras jurídicas, mais ligados à produção do pensamento jurídico por meio do ensino e da produção de leis e discursos jurídicos. São, também, considerados como juristas por esta pesquisa os advogados, juízes e promotores, estes mais voltados à aplicação do direito.

⁵ SABADELL, Ana Lucia. Reflexões metodológicas na História do Direito. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, vol. 2, n. 4, 2003, p. 25-39.

movimento, como transformação. De acordo com Bloch, na leitura que faz sobre Le Goff, “a história é busca, portanto escolha”. O passado não é o objeto da História: “‘a própria noção segundo a qual o passado enquanto tal possa ser objeto de ciência é absurda.’ Seu objeto é ‘o homem’, ou melhor, ‘os homens’, e mais precisamente ‘homens no tempo’”⁶.

Embora ainda muito presente nos manuais jurídicos e em monografias de conclusão de cursos de direito, essas abordagens com grandes sínteses da História do Direito têm perdido espaço para uma nova historiografia jurídica, mais analítica e preocupada em compreender a posição do Direito na História do Brasil a partir do estudo sistemático das fontes primárias, consubstanciadas nas fontes jurídicas do espaço temporal analisado. Nas duas primeiras décadas do século XXI, as faculdades de direito, em especial os seus programas de pós-graduação em direito, têm operado uma verdadeira profusão de pesquisas inéditas sobre História do Direito, com análise de variadas fontes primárias, rigor metodológico e preocupadas em analisar períodos históricos muito delimitados, além de institutos jurídicos, processos judiciais específicos e, até mesmo, determinados juristas e suas obras.

Por outro lado, a História do Direito também tem ganhado espaço em outras áreas, em especial na própria História e na Sociologia, de onde têm surgido importantes contribuições historiográficas sobre o direito, num intenso intercâmbio acadêmico entre historiadores do direito nos cursos de direito e historiadores do direito nos cursos de história, cada qual contribuindo com suas próprias abordagens, metodologias e conceitos. Na alegoria de Ricardo Marcelo Fonseca, atualmente, a História do Direito no Brasil tem abandonado o “*deserto* histórico-jurídico” de insucessos da disciplina e está vivendo um “renascimento”, aquilo que seria um “*vulcão* em grande atividade”, belo e vistoso⁷.

Nesse passo, é necessário e fundamental que a História do Direito no Brasil se ocupe da análise sobre a última ditadura militar, que perdurou por mais de 20 anos e abundantemente usou o direito para levar a cabo seu projeto autoritário. Não se pode ignorar que a experiência ditatorial iniciada em 1964 trouxe inovações quanto ao uso do direito como meio para legitimar aquela nova ordem, haja vista que, desde o golpe civil-militar, houve um cuidado com o uso e com a forma do direito. E a maior inovação jurídica da ditadura militar foi justamente a figura do Ato Institucional.

⁶ BLOCH, Marc. **Apologia da história**. Ou o ofício do historiador. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 26.

⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. O deserto e o vulcão: reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil, in **Forum Historiae Iuris**. Frankfurt-am-Main, 2012. Disponível em: <<http://www.forhistiur.de/zitat/1206fonseca.html>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Parece-nos inegável que a compreensão das estratégias jurídicas da ditadura, que habilmente manipulou todo um “arsenal de conceitos, símbolos e institutos, é também compreender as potencialidades e as deficiências do constitucionalismo contemporâneo – não só na ditadura, mas nos processos que a antecederam e no legado que ela própria nos deixou”.⁸

Foram editados, ao todo, dezessete Atos Institucionais de 1964 a 1969 – e é curioso que uma ditadura, regime normalmente baseado na violência física, tenha criado tantas normas para formalizar suas ações. Por meio de AI, os militares podiam alterar a ordem constitucional sem qualquer participação do Poder Legislativo, bastava tão somente um ato de vontade da chefia do Poder Executivo Federal. Além disso, os AIs afastaram a jurisdição do seu espectro, ou seja, as ações da ditadura baseadas nos AIs não poderiam ser objeto de análise pelo Poder Judiciário. Entretanto, em que pese esse afastamento da jurisdição, inúmeros casos foram parar no Judiciário e vários chegaram ao Supremo Tribunal Federal – STF, que, provocado, precisou se manifestar. Desse modo, investigar essas decisões do STF é uma das principais formas de entender a figura do AI e, a partir disso, compreender a dimensão e o caráter do uso do direito pela ditadura.

Ora, como o Supremo interpretou os Atos Institucionais durante a ditadura? Tratou-se de uma interpretação ratificadora da natureza autoritária dos Atos? Este é o problema desta pesquisa.

A hipótese inicial é de que o STF não conheceu⁹ da maioria das ações e dos recursos relacionados aos AIs e, quando conheceu, teve uma postura de apoio à ditadura em seu uso autoritário do direito.

O objetivo desta Tese, portanto, é comprovar que o STF conferiu legitimidade jurídica aos AIs, ajudando a sedimentar o uso autoritário do Direito durante a ditadura militar.

A Tese está dividida em duas partes: a primeira, “O Direito e a Exceção”, e a segunda, “A Exceção e o Direito”. A primeira parte, dividida em dois capítulos, aborda, no Capítulo 1, a definição do conceito de *estado de exceção*, tendo Giorgio Agamben como referencial teórico, e a relação desse conceito com três perspectivas teóricas, quais sejam, a

⁸ PAIXÃO, 2020, p. 239.

⁹ Juridicamente, o conhecimento de um recurso ou o recebimento de uma ação (de competência originária, no caso do STF) significa que o instrumento atende aos requisitos de admissibilidade, tais como tempestividade, adequação, regularidade formal, legitimidade das partes e competência. Se o recurso não for conhecido, significa que o tribunal não discutirá o mérito. Em outras palavras, via de regra, se a forma não estiver correta, o mérito não será analisado. No moderno processo civil brasileiro, há o chamado princípio da instrumentalidade das formas, ou seja, mesmo que o ato processual tenha sido praticado de modo diverso daquele previsto em lei, deverá ser considerado válido pelo juiz se atingidos os objetivos essenciais e não cause prejuízo às partes envolvidas.

ideia de *legalidade autoritária* de Anthony W. Pereira, o conceito de *utopia autoritária* desenvolvido por Carlos Fico e a chamada *textura aberta da exceção* de Cristiano Paixão. Após, no Capítulo 2, será apresentado o debate sobre estado de exceção na doutrina constitucional brasileira, na figura do estado de sítio, isso em dois momentos, do início do século XX até 1964, e, no presente, entre os anos de 2010 e 2020, a partir dos principais manuais de direito constitucional de ambos os períodos, escolhidos a partir de uma metodologia específica para cada um dos dois períodos históricos.

Os autores e manuais do início do século XX até 1964, usados no segundo capítulo, foram escolhidos, inicialmente, com base na lista de ministros do STF entre 1964 e 1985. Depois, verificou-se em quais faculdades de Direito esses ministros se formaram, definindo-se, com isso, as cinco faculdades mais recorrentes: Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (17 ministros), Universidade de São Paulo – USP (7 ministros), Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (6 ministros), Universidade Federal da Bahia – UFBA e Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (ambas com 3 ministros cada). Após, fez-se uma busca na base de dados das bibliotecas dessas faculdades com as palavras-chave “direito constitucional”, “constituição” e “direito público”, listando-se os manuais de direito constitucional publicados entre 1900 e 1963. Por fim, os dados obtidos foram cruzados e os dez autores mais recorrentes foram escolhidos, juntamente com os autores que, notoriamente, participaram da ditadura militar.

Para escolher os contemporâneos manuais de direito constitucional, foram utilizados dois levantamentos dos constitucionalistas mais citados atualmente em decisões do STF, o primeiro realizado por Daniela Urtado e Diego Kubis Jesus¹⁰ e o segundo por Bruno Meneses Lorenzetto e Pedro Henrique Gallotti Kenicke¹¹, definindo-se os 10 autores e manuais de direito constitucional mais recorrentes. A par disso, foi feita uma busca nos *sites* das dez principais editoras jurídicas do país, elencando-se os 10 autores e manuais de direito constitucional mais vendidos. A partir do cruzamento desses três levantamentos, foram definidos os 10 autores e manuais utilizados na elaboração do Capítulo 2 desta Tese. Optou-se por essa metodologia porque são os autores e livros mais usados, atualmente, pelo Supremo em matéria constitucional, e porque são os autores mais usados nas graduações em direito e entre

¹⁰ URTADO, Daniela; JESUS, Diego Kubis. Pesquisa mostra nomes dos constitucionalistas mais citados pelo STF. **Migalhas**, mar/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/341201/pesquisa-mostra-nomes-dos-constitucionalistas-mais-citados-pelo-stf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

¹¹ LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF. **Consultor Jurídico**, jul/2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>. Acesso em: 10 dez. 2022.

os postulantes a cargos públicos no âmbito jurídico, ou seja, refletem, a nosso ver, a doutrina jurídica constitucional produzida e praticada em nossos dias.

Após discutir o que é o estado de exceção e como o direito brasileiro trata esse tema, inicia-se a segunda parte da Tese, “A Exceção e o Direito”, na qual se discute como a ditadura militar iniciada em 1964 utilizou o direito. Para tanto, no Capítulo 3, serão analisados os textos integrais dos 17 Atos Institucionais decretados pela ditadura militar e como os principais manuais de Direito Constitucional interpretaram essa figura jurídica entre 1964 e 1985. Para definir estes manuais, foi utilizada a mesma metodologia de escolha dos manuais da primeira metade do século XX, trabalhados no Capítulo 2. Ainda, nesse Capítulo, é realizada uma discussão teórica e historiográfica sobre o conceito de “Ato Institucional”, tomando-se o pensamento de Reinhart Koselleck como suporte principal.

Por fim, e com base nas definições teóricas dos três capítulos anteriores, o último capítulo é dedicado à análise das decisões do STF, entre 1964 e 1978, nos casos relacionados aos Atos Institucionais. Para construção deste capítulo, utilizou-se a ferramenta de busca jurisprudencial do *site* do STF, que disponibiliza virtualmente todo o acervo de decisões da Corte. Com base nas palavras-chave “ato institucional” e “atos institucionais” e no período de 1º de março de 1964 a 15 de março de 1985, foram filtradas 601 decisões do STF. Dessas decisões, foram selecionados os casos decididos pelo Plenário do Supremo entre 1964 e 1978, principalmente em mandados de segurança e em recursos extraordinários, num total de 285 acórdãos analisados.

Por que a ditadura militar?

Entender como se portaram os juristas e as instituições jurídicas – inclusive o Supremo Tribunal Federal – durante a ditadura militar é essencial para a compreensão do direito no Brasil. No âmbito jurídico, entretanto, ainda há um *silêncio* sobre esses comportamentos. As decisões judiciais proferidas por tribunais durante a ditadura continuam nos arquivos históricos. As obras jurídicas que sustentaram o *direito da ditadura* e que foram escritas por juristas que fizeram parte do regime foram esquecidas nas prateleiras dos setores de obras raras das bibliotecas jurídicas ou, simplesmente, foram atualizadas, ganhando novas edições *post mortem*

que, supostamente, esqueceram dos mais de vinte anos de ditadura militar. Apesar das incipientes pesquisas de História do Direito sobre este período, ainda há muito silêncio¹².

De acordo com Edson Teles, há um *duplo silêncio* na democracia brasileira no que diz respeito à ditadura militar. O primeiro decorrente do silêncio de muitas vítimas, perseguidos e sobreviventes, seja pela dificuldade de “dizer o indizível” e falar sobre a tortura sofrida, ou pela “ausência de uma dimensão pública para a narrativa”. O segundo é aquele silêncio geral da sociedade brasileira, que, segundo Teles, “se nega a falar ou ouvir sobre o trauma, não assumindo a responsabilidade que todo o povo, governo e instituições têm com o coletivo do qual fazem parte”¹³.

Por outro lado, é possível perceber que esse silêncio geral, hoje, tem permitido, tanto nas ruas quanto nas redes sociais, uma profusão de pedidos pela volta da ditadura, por um novo AI-5 ou por uma intervenção militar. Ou seja, o silêncio sobre a violência da ditadura tem dado espaço ao clamor – aos berros – pela volta dessa mesma ditadura.

Para Teles, o consenso que caracterizou a transição da ditadura militar para a democracia negou o caráter público à memória da violência cometida pelo Estado e suas instituições, limitando o repertório social sobre a memória para que fosse possível a compreensão do passado recente.¹⁴

Este silêncio insiste em permanecer como uma herança autoritária, por vezes como uma verdadeira política de Estado para silenciar e esquecer o passado. Um silêncio que, caso consentido pela sociedade, acarreta uma repetição do passado como farsa ou como uma *tragédia ainda mais terrível*¹⁵, além de uma “renúncia de valores de tolerância e respeito, destruídos pela repressão”. Compreender a violência da ditadura se faz importante porque as marcas não ficaram apenas nos corpos e mentes das vítimas individualmente, mas em toda a sociedade brasileira, interditando a confiança nas instituições públicas, bem como dificultando a tarefa de concretização dos valores democráticos dentro do estado de direito.¹⁶

¹² SARTOTI, Rodrigo. **Juristas e ditadura**. Repressão e resistência na Faculdade de Direito da UFSC. Florianópolis, Insular, 2019. Parte deste tópico é uma releitura ampliada da dissertação de mestrado do autor, publicada no livro aqui referido.

¹³ TELES, Edson. **Democracia e estado de exceção**: transição e memória política no Brasil e na África do Sul. São Paulo: FAP-UNIFESP, 2015, p. 59-60.

¹⁴ TELES, Edson, p. 60

¹⁵ Em 1965, após ver e viver o horror do fascismo na Europa do século XX, Herbert Marcuse, ao comentar a obra “O 18 Brumário de Luís Bonaparte”, de Karl Marx, faz um adendo: “Tudo isso já é século XX – mas é século XX na perspectiva do século XIX, que ainda não conhece o horror do período fascista e pós-fascista. Esse horror exige uma correção das sentenças introdutórias de O 18 de Brumário: os ‘fatos e personagens da história mundial’ que ocorrem, ‘por assim dizer, duas vezes’, na segunda vez, não ocorrem mais como ‘farsa’. Ou melhor: a farsa é mais terrível do que a tragédia à qual ela segue.” (in: MARX, Karl. **O 18 Brumário de Luís Bonaparte**. Trad. Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 8)

¹⁶ TELES, Edson, 2015, p. 132.

Jeanne Marie Gagnebin afirma que uma das tarefas do historiador é a transmissão daquilo que é inenarrável e a conservação viva da memória dos sem-nomes, daqueles que foram vítimas de violência, especialmente a violência estatal. Trata-se, segundo a autora, de uma tarefa política: “lutar contra o esquecimento e a denegação é também lutar contra a repetição do horror (que, infelizmente, se reproduz constantemente)”¹⁷. Como diz Herbert Marcuse, “a farsa é mais terrível do que a tragédia à qual ela segue”¹⁸.

Em sua Tese VIII “Sobre o conceito de História”, Walter Benjamin alerta que a regra geral da História é “a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores”, criticando aqueles que ainda se espantavam com a possibilidade da violência fascista em pleno século XX. Benjamin afirma que uma das vantagens do fascismo é justamente essa incompreensão histórica da exceção – e da violência – como regra, que encara tal fenômeno como se fosse apenas um acidente de percurso do “progresso” histórico¹⁹. É como dizer que o uso do direito na (e pela) ditadura militar, que garantiu as bases do regime e a sua violência, jamais se repetirá, afinal, esse progresso daria conta de impedir a repetição da barbárie – trata-se de um expediente absolutamente perigoso.

Além disso, é necessário “escovar a História a contrapelo”, como diz Benjamin em sua Tese VII, recusando a “se juntar, de uma maneira ou de outra, ao cortejo triunfal que continua, ainda hoje, a marchar sobre aqueles que jazem por terra”²⁰, ou seja, “ir contra a corrente da versão oficial da História, opondo-lhe a tradição dos oprimidos”.²¹ Desse modo, a leitura e compreensão crítica das decisões do STF, embora sejam escritas pelos opressores, permite-nos encontrar a História dos oprimidos em suas linhas e entrelinhas.

Essa compreensão equivocada da História, inclusive, está muito presente nos manuais de direito constitucional quando tratam da “evolução” do constitucionalismo brasileiro, uma compreensão que ignora o recente passado autoritário na História do Brasil. Por conta disso, a pesquisa histórica sobre o direito em nosso país é essencial para a compreensão não apenas do passado, mas, sobretudo, para entender a formação do pensamento jurídico brasileiro, doutrinário e jurisprudencial. E, no caso do marco temporal desta Tese, compreender

¹⁷ GAGNEBIN, Jeanne Marie. **Lembrar, esquecer, escrever**. São Paulo: Editora 34, 2006, p. 47.

¹⁸ MARCUSE, 2011, p. 8.

¹⁹ LÖWY, Michel. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant; [trad. das teses] Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 83-85.

²⁰ LOWY, Michel. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant. Jeanne-Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 73.

²¹ LOWY, p. 74

as relações entre o direito e os regimes de exceção, consubstanciadas nas decisões do STF e na doutrina constitucional sobre os Atos Institucionais.

Para Ailton Seelaender, “a discussão sobre o papel dos juristas e do pensamento jurídico nas ditaduras brasileiras merece a atenção dos estudiosos da história do direito”²². Este estudo histórico, segundo Seelaender, torna-se necessário à compreensão de qual foi a função do direito e dos juristas nos períodos ditatoriais²³, principalmente porque as instituições jurídicas passaram inalteradas pela transição, sem nenhum tipo de revisão de seus atos e produção. A ditadura militar terminou, promulgou-se uma nova Constituição – considerada a mais democrática da nossa História Constitucional – e os tribunais continuaram trabalhando normalmente, intactos, apenas arquivando a Constituição outorgada de 1967 e começando a interpretação da Constituição *cidadã* de 1988.

Segundo Cristiano Paixão, inclusive, não é correto “falar em ‘transição para a democracia’, como é usual nas narrativas históricas sobre o fim do regime militar”²⁴. Para o autor, “houve, evidentemente, um importante movimento de resistência e mobilização na sociedade contra o regime militar, especialmente após os assassinatos de Vladimir Herzog e Manoel Fiel Filho”²⁵. E essa resistência, lembra Paixão, foi duramente reprimida pela ditadura, “que procurou manter o controle sobre a política institucional – e não economizou recursos para isso”²⁶. Diante disso, “a narrativa da transição, portanto, pode ser enganosa. Houve confronto, combate, disposição para a mudança. E houve também repressão, manipulação das regras do jogo, uso de artifícios jurídicos para a manutenção do regime autoritário”²⁷.

A transição – *lenta, gradual e segura* – foi uma passagem da ditadura para um regime democrático. Mas, a ausência de responsabilização daqueles que cometeram crimes de lesa-humanidade em nome do Estado, a falta de abertura e acesso aos arquivos do regime, a dificuldade para constituir uma comissão nacional de memória e verdade e a interdição do debate público sobre como e por que passamos por mais de vinte anos de ditadura são marcas da nossa transição, uma transição sem democracia, tornando impossível, assim, falar em uma transição democrática. A transição brasileira foi forçada e antidemocrática.²⁸

²² SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. **Juristas e ditaduras:** uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (orgs.). *História do Direito em perspectiva. Do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 429-430.

²³ SEELAENDER, 429-430.

²⁴ PAIXÃO, 2020, p. 239.

²⁵ PAIXÃO, 2020, p. 239.

²⁶ PAIXÃO, 2020, p. 239.

²⁷ PAIXÃO, 2020, p. 239.

²⁸ QUINALHA, Renan. **Justiça de transição:** contornos do conceito. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2013.

Antonio Manuel Hespanha propõe que a História do Direito deve ser compreendida como uma disciplina crítica capaz de retirar o direito de uma posição central e inquestionável, revelando sua precariedade e insuficiência frente à complexidade da vida social. Ao “descentrar” o jurídico, o historiador evidencia como as normas são frequentemente moldadas por circunstâncias externas e políticas, servindo muitas vezes como instrumentos de poder em vez de limites efetivos ao arbítrio. Esse instrumental teórico é essencial para analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal durante a ditadura militar: como veremos, sob a justificativa de manter sua funcionalidade institucional, a Corte aceitou a validade dos Atos Institucionais, ratificando uma “legalidade autoritária” que utilizava a gramática do direito como mera fachada para a rotinização da força.²⁹

A “história do direito como disciplina crítica” é fundamentada como um corretivo essencial ao positivismo e ao dogmatismo jurídicos, buscando retirar o direito de uma posição central e absoluta para revelar sua precariedade, miséria e insuficiência frente à complexidade da vida social. Segundo Paolo Grossi, o historiador deve atuar como a “consciência crítica” do operador do direito positivo, promovendo uma desmistificação da dogmática que frequentemente isola a norma da realidade e das forças históricas. Esse modelo rompe com a historiografia tradicional que tenta “naturalizar” o direito vigente como um progresso linear inevitável, desmascarando o papel da história como mera legitimadora da ordem instituída.³⁰ Para Hespanha, essa abordagem exige a transição da “história-narração” para a “história-problema”, conferindo à disciplina um “sentido libertador” ao demonstrar que os conceitos não são verdades eternas, mas “praças fortes” em constante disputa nas lutas sociais. Em última análise, a história crítica permite ao jurista reconhecer a mutabilidade e a historicidade das normas, combatendo o absolutismo do presente por meio do confronto dialético com as experiências e valores do passado.³¹

A ideia de que o historiador do direito deve atuar como a “consciência crítica” do operador do direito positivo, promovendo uma saudável desmistificação da dogmática jurídica, é a função essencial para desconstruir a crença redutora de que a lei estatal é a única fonte do direito, combatendo a entronização do legislador em um altar de inquestionabilidade que isola a norma da complexa realidade social. Tal perspectiva teórica fornece a base para analisar como regimes autoritários instrumentalizam o “idioma do direito” e sua técnica para conferir um

²⁹ HESPANHA, António Manuel. **História das instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982. p. 35.

³⁰ GROSSI, Paolo. O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 32, p. 138-183, 1999.

³¹ HESPANHA, António Manuel. Categorias: história dos conceitos, história das ideias, história dos dogmas jurídicos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 5-35, 2018.

verniz de legitimidade a atos de força, elevando o Executivo a uma posição de poder absoluto.³² Ao historicizar essas normas, a história do direito revela a precariedade e insuficiência do sistema legal frente à vida social, denunciando quando a legalidade é utilizada como mera fachada para a rotinização do arbítrio. Em suma, o historiador dissolve o “absolutismo do presente” ao situar o direito em uma dimensão de civilização, transformando a disciplina em um corretivo fundamental contra o dogmatismo e a manipulação política das formas jurídicas.³³

É dentro desta perspectiva que as reflexões e resultados da presente Tese de Doutorado em Direito pretendem contribuir com o debate sobre como o direito foi produzido e usado durante a ditadura militar.

Mas, foi uma ditadura militar ou uma ditadura civil-militar?

Embora não seja este o objetivo central, esta Tese apresentará elementos que deixarão ainda mais evidente que o período compreendido entre 1964 e 1985 foi uma ditadura militar. Não há revisionismo histórico ou ginástica hermenêutica capazes de sustentar que não foi uma ditadura.

Por outro lado, não se perde de vista que, há alguns anos, parte dos historiadores desse período e defensores de direitos humanos passaram a adotar o termo “ditadura civil-militar”. Nessa questão – que não é um mero debate conceitual –, existe um debate historiográfico acerca do termo a ser usado para se referir ao período, chegando alguns a falar em “ditadura civil-militar-empresarial”. Esther Kuperman considera o termo “civil-militar” equivocado para se referir ao golpe, pois “poderia levar à compreensão de que o golpe contou com o apoio de todos os setores da sociedade civil, o que não corresponde à realidade”.³⁴ Para ela, a denominação “golpe empresarial-militar” é “mais próxima do verdadeiro caráter do processo”.³⁵ Daniel Aarão Reis Filho, por outro lado, refere-se ao golpe como “civil-militar”.³⁶ Já Carlos Fico entende que é possível chamar de golpe civil-militar, visto que “foi efetivamente dado (não apenas apoiado) por civis e militares”.³⁷

³² GROSSI, Paolo. O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 32, p. 138-183, 1999.

³³ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁴ KUPERMAN, Esther. Revisitando o golpe. *In*: STAMPA, Inez; RODRIGUES, Vicente. **Ditadura e transição democrática no Brasil: o golpe de estado de 1964 e a (re)construção da democracia**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2016, p. 65.

³⁵ KUPERMAN, p. 65.

³⁶ REIS FILHO, Daniel Aarão. **Ditadura e democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 07.

³⁷ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 9, n. 20, p. 05-74, jan./abr. 2017, p. 53.

Ao encontro do que defende Carlos Fico³⁸, nesta Tese será utilizado o termo “ditadura militar” para me referir ao período histórico iniciado no Brasil com o golpe de estado de 1º. de abril de 1964. Apesar do forte apoio popular ao golpe e da inegável participação de importantes setores do empresariado brasileiro³⁹, da cúpula da Igreja Católica e, é claro, dos juristas nas conspirações que culminaram na deposição do presidente João Goulart, o regime ditatorial foi eminentemente militar. É possível afirmar que o golpe, em si, foi civil-militar. Entretanto, no período ditatorial que se abre a partir disso, os militares de alta patente ocuparam os principais cargos do aparato estatal em nível Federal, principalmente a Presidência da República, cargo este sempre ocupado pelos militares até a posse de José Sarney em 15 de março de 1985. Ademais, a doutrina de segurança nacional – desenvolvida pelos militares na Escola Superior de Guerra – imperou como diretriz política em várias ações do regime. Carlos Fico adverte que essa imprecisão na nomenclatura do período tem uma implicação política, pois, “nesse caso, justamente por causa dessa adversatividade, a conotação é de redução da responsabilidade dos militares”.⁴⁰

É possível debater, também, sobre os termos inicial e final da ditadura militar. Quanto ao início da ditadura, a data de 31 de março de 1964 tem sido usada como a data do golpe – tanto que, até hoje, os militares comemoram essa data. Alguns historiadores, por outro lado, afirmam que o golpe militar efetivamente ocorreu em 1º. de abril de 1964. Sobre a controvérsia, Rodrigo Patto Sá Motta diz que a utilização da data de 1º. de abril é apenas uma preferência “da oposição”, como “forma de ridicularizar o evento e recusar a data de 31 de março, a preferida pelos golpistas”⁴¹. Para Motta, essa data da “oposição” apresenta “razões plausíveis”, já que “a movimentação de tropas começou no dia 31”. Como João Goulart ainda estava no governo em 1º. de abril, tendo viajado do Rio de Janeiro para Brasília e, depois, para o Rio Grande do Sul nesse mesmo dia, Motta sustenta que o golpe só se efetivou na madrugada do dia 2 de abril.⁴² Dia 2 de abril é sustentado por Motta porque foi nessa data que o Congresso Nacional decretou que o Presidente da República havia saído do país e abandonado o cargo – “o que não era verdade, pois Jango partiria para o exílio somente dois dias depois”⁴³ –,

³⁸ FICO, p. 53.

³⁹ René Dreifuss fala em ditadura empresarial-militar, haja vista a posição coadjuvante de parte do empresariado brasileiro no golpe para depor João Goulart. (Vide: DREIFUSS, René Armand. **1964: a conquista do estado** - ação política, poder e golpe de classe. Trad. de Else Ribeiro Pires Vieira et al. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986).

⁴⁰ FICO, 2017, p. 53.

⁴¹ MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Passados presentes**: o golpe de 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro: Zahar, 2021, p. 35.

⁴² MOTTA, p. 35.

⁴³ FERREIRA, Jorge. **João Goulart**: uma biografia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 540 *apud* MOTTA, 2021, p. 35.

declarando a vacância⁴⁴ e nomeando interinamente o deputado Paschoal Ranieri Mazzilli, então Presidente da Câmara, para a Presidência da República.

A presente Tese utiliza a data de 1º. de abril de 1964 para delimitar quando ocorreu o golpe militar. Em que pese o general Olímpio Mourão Filho, um dos militares articuladores do golpe, ter decidido marchar com suas tropas na madrugada do dia 31 de março⁴⁵, é fato que o golpe se concretiza quando o presidente João Goulart se vê sem apoio militar e, assim, sem condições de resistir, decidindo sair de Brasília rumo a Porto Alegre em 1º. de abril.

Sobre o fim da ditadura, alguns historiadores consideram a posse do civil José Sarney, ocorrida em 15 de março de 1985, como o último suspiro do regime.⁴⁶ João Paulo Netto lembra que Sarney tomou posse nesse dia como vice-presidente da República, já que Tancredo Neves, eleito presidente em 15 de janeiro do mesmo ano, encontrava-se internado no Hospital de Base de Brasília.⁴⁷ É possível definir como termo final da ditadura, também, o dia 8 de maio de 1985, data da aprovação da Emenda Constitucional n. 25, que alterou a Constituição de 1967 e restabeleceu eleições livres e diretas em todas as esferas, inclusive para Presidente da República, bem como restituiu o pluripartidarismo com livre associação. Por fim, é possível afirmar que a ditadura terminou apenas em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que colocou fim à semioutorgada Constituição de 1967/1969.

Nesta Tese, considera-se a data da posse de José Sarney como termo final da ditadura militar. Ainda que eleito indiretamente após a derrota da Emenda Dante de Oliveira⁴⁸ no Congresso e tendo figurado como vice na chapa então liderada por Tancredo Neves – que

⁴⁴ A sessão foi presidida por Auro de Moura Andrade, que assim a encerrou: “Não podemos permitir que o Brasil fique sem governo, abandonado. (Palmas, tumulto). Há sob a nossa responsabilidade a população do Brasil, o povo, a ordem. Assim sendo, declaro vaga a Presidência da República (palmas prolongadas, protestos) e, nos termos do art. 79 da Constituição, declaro presidente da República o presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli. (Palmas prolongadas e protestos). A sessão se encerra.” (50 ANOS do golpe civil militar. **G1**, Brasília, 31 mar. de 2014. Disponível em: <<http://glo.bo/1hUS3lm>>. Acesso em: 12 dez. de 2022)

Em 21 de novembro de 2013, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Resolução n. 4/2013, que anulou essa sessão de 1964. Na ocasião, vários deputados e senadores se manifestaram a favor da democracia e em repúdio ao golpe militar de 1964, ressaltando a importância histórica daquela anulação simbólica. O então deputado Jair Bolsonaro foi o único parlamentar a se manifestar contra a Resolução, tentando derrubar a proposta e a chamando de “infantil” e “stalinista”. (MENDANHA, Soraya; VILAR, Isabela. Congresso anula sessão que afastou Jango e abriu caminho para o Golpe de 1964. **Agência Senado**, Brasília, 21 nov. de 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/21/congresso-anula-sessao-que-afastou-jango-e-abriu-caminho-para-o-golpe-de-1964>>. Acesso em: 12 dez. de 2022.

⁴⁵ FICO, 2004, p. 16.

⁴⁶ NETTO, João Paulo. **Pequena história da ditadura militar brasileira** (1964-1985). São Paulo: Cortez, 2014, p. 255.

⁴⁷ NETTO, p. 253-254.

⁴⁸ Trata-se da Proposta de Emenda de Emenda Constitucional n. 05, de 2 de março de 1983, que restabelecia eleição direta para a Presidência da República. Foi nesse contexto que ocorreu o movimento político e popular “Diretas Já!”, iniciado em março de 1983, que reivindicava a volta das eleições diretas no Brasil para Presidente, com voto livre e universal, ao encontro do que propugna a Emenda Dante de Oliveira. Por uma diferença de apenas 22 votos, essa PEC foi rejeitada pela Câmara dos Deputados em 25 de abril de 1984, fato que acabou postergando para o ano de 1989 a eleição direta para Presidência.

não pôde tomar posse por um grave problema de saúde que o levou a óbito algumas semanas depois –, os militares oficialmente deixam o poder na data da posse do civil José Sarney. No ocaso da ditadura, o general João Figueiredo, “num gesto infantil”, recusou-se a passar a faixa presidencial a Sarney e se retirou do Palácio do Planalto pela porta lateral, não pela rampa⁴⁹. O general que preferia o cheiro dos cavalos ao cheiro do povo se negou a entregar simbolicamente o poder a um civil.

Ineditismo e originalidade: precisamos falar sobre o direito na ditadura

Esta Tese de Doutorado em Direito se apresenta como inédita e original porque não há um trabalho jurídico em nível de Doutorado que tenha se debruçado sobre a centralidade dos Atos Institucionais no uso e na construção do direito na (e da) ditadura militar, especificamente sobre como esses Atos foram interpretados pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina da época.

Para comprovar o ineditismo, fez-se uma busca no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES e na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações⁵⁰, com as palavras-chave “direito ditadura”, “atos institucionais”, “autoritarismo”, “ato institucional”, “STF” e “Supremo Tribunal Federal”. Foram localizadas 21 teses de doutoramento, a maioria em programas de pós-graduação em Direito, sendo que a maior concentração dessas pesquisas está no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, num total de 5 teses. Localizou-se, ainda, 6 dissertações de mestrado, a maioria também em programas de pós-graduação em Direito, sendo que uma dessas é a dissertação de mestrado em direito deste doutorando, na qual foi discutida a relação entre a ditadura e as faculdades de direito, especificamente o Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, numa pesquisa de micro-história do direito, que tem na presente Tese de Doutorado a sua continuação e aprofundamento.

Nessa busca de teses e dissertações, constatou-se que são trabalhos de alta relevância para a História do Direito no Brasil, a maioria discutindo temas jurídicos da ditadura militar, com ênfase em leis específicas, em determinados juristas e suas obras, no direito penal, na doutrina de segurança nacional, na postura do STF em casos emblemáticos e na atuação de advogados. Entretanto, não fazem a articulação aqui proposta, não cuidam do mesmo problema central desta pesquisa e não utilizaram as mesmas fontes primárias, confirmando-se o

⁴⁹ GASPARI, Elio. **A ditadura acabada**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016, p.17

⁵⁰ Acesso em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/> e <https://bdtd.ibict.br/>.

ineditismo desta Tese. Algumas dessas importantes contribuições à historiografia jurídica serão cotejadas no Capítulo 3 desta Tese.

Embora não seja o objetivo deste trabalho, um olhar minucioso sobre a legislação autoritária e o discurso jurídico produzido pela ditadura militar brasileira poderá contribuir na resposta de algumas das questões atuais mais difíceis no direito brasileiro: em nosso país, por que temos tanta dificuldade para seguir e respeitar as leis democraticamente produzidas? A cultura jurídica brasileira, hoje, pode dar espaço a regimes autoritários e antidemocráticos? Que dispositivo autoriza as pessoas a pedirem, deliberadamente, um golpe de estado após uma eleição democrática? Afinal, o que é o direito no Brasil?

Esta Tese, repete-se, não trata do hoje, é uma pesquisa de História do Direito com marco temporal delimitado – 1º de abril de 1964 a 15 de março de 1985 –, mas, talvez, sejam apresentadas aqui algumas pistas para a resolução dessas perguntas tão complexas.

1^a. PARTE: O DIREITO E A EXCEÇÃO

CAPÍTULO 1 – O DIREITO E O PARADIGMA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

1.1. Introdução: conceitos iniciais desta Tese

A Modernidade consolidou o estado de direito como o sistema da lei. A vida pacífica em sociedade requer a existência de normas pré-estabelecidas, um rol de deveres e de direitos comum a todos os cidadãos. Dentre esses direitos, destacam-se aqueles que são inerentes ao ser humano – as chamadas liberdades civis –, que passaram a ser previstos expressamente nas cartas políticas a partir do final do século XVIII. A expressão mais forte dessa marca da Modernidade está na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, logo após a Revolução Francesa.⁵¹ A maioria das constituições surgidas ao longo dos séculos XIX e XX, na tentativa de consolidar o estado de direito, estabeleceram a forma desse modelo de Estado e definiram quais direitos os cidadãos deveriam ter. O arbítrio do Absolutismo sobre os súditos passou a perder espaço para o exercício do poder político controlado por uma lei elaborada por cidadãos. O monopólio do exercício da força física passa para as mãos do Estado, transformando-se em violência legítima, pois regulada pelas leis e, ao mesmo tempo, obrigando a todos o cumprimento da lei, como *força de lei*. Todos, inclusive os detentores do poder político, passaram a estar sob a lei, consolidando um Estado *Democrático* de Direito.⁵² Estaríamos vivendo hoje, portanto, uma suposta plenitude do estado de direito.

No entanto, no mundo real, o estado de direito se apresenta como “uma concepção abstrata que nunca se realizou completamente em nenhuma sociedade histórica conhecida”.⁵³ Mesmo com as conquistas de direitos por meio das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX – sobretudo os chamados direitos fundamentais –, “a presença do Estado autoritário não deixou de existir nos períodos que sucederam as referidas revoluções”.⁵⁴

No âmbito dos Estados e nas relações entre os Estados, o exercício e a disputa pelo poder político podem gerar graves atritos, podendo colocar em risco a existência do próprio estado de direito. Desde a ascensão de um soberano autoritário até a possibilidade de uma invasão estrangeira, são inúmeras as situações que desencadeiam crises.

Essa constante ameaça que paira sobre os estados de direito ganha reforço com um paradoxo: a presença, nas constituições modernas e contemporâneas, da possibilidade de

⁵¹ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Uma história. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia. das Letras, 2009, p. 15-21.

⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85-88.

⁵³ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. Breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p. 15.

⁵⁴ SERRANO, 2016, p. 15.

suspender a lei para salvar o Estado. Em outras palavras: suspender o direito para salvar o estado de direito. Num primeiro olhar, trata-se de evidente contradição em termos. Mas, esse contrassenso, no direito, é apenas aparente. Trata-se do paradigma do *estado de exceção*, o qual, segundo Giorgio Agamben, constituiu-se como um paradigma de governo, uma proximidade essencial entre a soberania e o estado de exceção, tal como definido por Carl Schmitt no livro “Teologia Política”, de 1922.⁵⁵

Carl Schmitt diz que “todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados”, não apenas pelo desenvolvimento histórico desses conceitos, os quais foram transferidos da teologia para a teoria do Estado ao passo que a figura de “Deus onipresente tornou-se o legislador onipresente, mas, também, na sua estrutura sistemática”. Para Schmitt, “o estado de exceção tem um significado análogo para a jurisprudência⁵⁶, como o milagre para a teologia”⁵⁷.

Nesse ponto, temos uma das máximas schmittianas de que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” justamente para questionar qual o *locus* político e jurídico desse soberano. Isso, porque a concepção moderna que até hoje orienta as constituições ocidentais parte da lógica contratualista de que o soberano reside política e juridicamente dentro do estado de direito, submetendo-se à lei. Com Thomas Hobbes, temos a ideia de que o soberano – o Leviatã – dita a lei e reside fora da ordem jurídica.⁵⁸

Para Hobbes, em qualquer Estado, o soberano é o único legislador, mas, adverte, “o Estado só é uma pessoa, com capacidade para fazer seja o que for, através do representante”, que é o soberano, e somente este tem o poder de revogar uma lei, o que o faz colocando uma nova lei que revoga uma anterior quando assim desejar. Para Hobbes, “o soberano de um Estado, quer seja uma assembleia ou um homem, não se encontra sujeito às leis civis”.⁵⁹

De encontro à noção hobbesiana de poder soberano, John Locke coloca o gérmen de uma ideia mais apurada do que é o estado democrático de direito. Defende Locke, em detrimento das monarquias absolutas defendidas por Hobbes, que o detentor do poder político, aquele que pode ser chamado de soberano, não é mais soberano do que a lei, visto que está submetido à lei.⁶⁰

⁵⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11.

⁵⁶ O termo “jurisprudência” deve ser lido aqui como “Direito”.

⁵⁷ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35.

⁵⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1988, p. 161-162.

⁵⁹ HOBBS, p. 162.

⁶⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 70-76.

Para Locke, “é evidente que a monarquia absoluta, que alguns consideram o único governo no mundo, é, de fato, incompatível com a sociedade civil, não podendo por isso ser uma forma qualquer de governo civil”.⁶¹ Segundo o contratualista inglês, os homens se organizam em sociedade justamente para afastar o arbítrio individual do estado de natureza, ou seja, quando cada homem era juiz do seu caso particular. Desse modo, um soberano absoluto em relação aos seus súditos igualmente se encontrará em estado de natureza porque se coloca acima da lei.⁶² “Supondo-se que tenha ele concentrado em si todo poder, não só o legislativo como o executivo, não se achará qualquer juiz, e ninguém deparará com a possibilidade de apelar para quem decida imparcial e indiferentemente e com autoridade”.⁶³

Para Locke, o governo civil tem a função de garantir os direitos fundamentais do ser humano – “a vida, a liberdade e a propriedade, e para garantir-lhes, por meio de regras estabelecidas de direito e de propriedade, a paz e a tranquilidade” –, de tal maneira que um “poder absoluto arbitrário ou o governo sem leis fixas estabelecidas” se encontrará em desarmonia com os fins do estado de direito.⁶⁴

De acordo com Jeanine Nicolazzi Philippi, a teoria defendida por John Locke “prevê a possibilidade de limitar o poder soberano e, conseqüentemente, a produção normativa dele decorrente, através dos ditames do direito natural, ao qual a legalidade produzida a partir do Estado deve estar, inquestionavelmente, subsumida”.⁶⁵

Volta-se à questão: qual o lugar político e jurídico do soberano no estado de direito e diante da exceção?

A partir de Agamben, Philippi aponta o caminho para compreender esse paradigma a partir do cenário brasileiro, ao comentar o voto do ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau. Nesse voto, citando Schmitt e Agamben, argumenta Eros Grau que cabe ao Supremo, sempre que for necessário, “decidir regulando também essas situações de exceção”, e que, “ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção”.⁶⁶ Tendo esse voto como arquétipo, Philippi, ao encontro de Agamben, conclui que “o estado de exceção – como estrutura fundamental da política – emerge em nosso

⁶¹ LOCKE, p. 74.

⁶² LOCKE, p. 74.

⁶³ LOCKE, p. 74.

⁶⁴ LOCKE, p. 94.

⁶⁵ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 269.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 5588/SP**. Rel. Min. Eros Roberto Grau, 18 mar. 2009. Esse posicionamento do ex-ministro Eros Grau se repete nos seguintes casos por ele relatados no STF: RE 597994, ADI 3316, ADI 2240, ADI 3489 e ADI 3689 *apud* PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. As modulações do direito contemporâneo em um breve exercício de filosofia do direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008, p. 126.

tempo sempre ao primeiro plano e tende, por fim, a tornar-se regra”.⁶⁷ E a autora traz a advertência de Agamben, segundo o qual, hoje, “o retorno desse estado de exceção efetivo ao ‘estado de direito não é possível, pois o que está em questão agora são os próprios conceitos de estado e de direito’”.⁶⁸

Segundo Philippi, no Brasil contemporâneo, a “diferença de escala entre o conteúdo normativo e a decisão nos leva a compreender – com Agamben – a configuração de um espaço jurídico vazio próprio ao estado de exceção”. Afirmar que “a marca desse campo onde o ‘mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real’⁶⁹ vemos impressa em julgados dos nossos Tribunais”, como o voto do ministro Eros Grau.

Com efeito, o estado de exceção, para Agamben, “é um espaço anômico⁷⁰ onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força-de-~~lei~~)”.⁷¹ Essa expressão “força-de-~~lei~~” com a palavra “lei” tachada, diz o autor, funciona como uma espécie de elemento místico, ou seja, uma ficção “por meio da qual o direito busca atribuir sua própria anomia”, sua imanente ausência de lei.⁷² O problema que Agamben coloca para ser esclarecido a partir dessa constatação é o de como “pensar tal elemento ‘místico’ e de que modo ele age no estado de exceção”.⁷³

Estando em jogo essa “força-de-~~lei~~”, temos tão somente a força, aqui entendida como força bruta, uma força física sem os limites reguladores da lei, mas que, ao mesmo tempo, poderá ser considerada como legítima porque posta pelo soberano.

Para Agamben, esse problema começa a ser mais bem compreendido na medida em que se entende que a aplicação do Direito não se dá na mera subsunção, já que “entre a norma e sua aplicação não há nenhuma relação interna que permita fazer decorrer diretamente uma da outra”.⁷⁴ A partir disso, Agamben concebe o estado de exceção como “a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-~~lei~~ realiza (isto é, desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa”.⁷⁵

Conforme será visto no Capítulo 2, a doutrina de Pedro Lessa representa o contraponto histórico brasileiro fundamental à noção de vazio jurídico ao sustentar que a

⁶⁷ AGAMBEN, 2004, *apud* PHILIPPI, 2008, p. 126.

⁶⁸ AGAMBEN, 2004, *apud* PHILIPPI, 2008, p. 126.

⁶⁹ AGAMBEN, 2004, p. 58 *apud* PHILIPPI, 2008, p. 125.

⁷⁰ Ausência de regras, período sem leis.

⁷¹ AGAMBEN, 2004, p. 61.

⁷² AGAMBEN, 2004, p. 61.

⁷³ AGAMBEN, 2004, p. 61.

⁷⁴ AGAMBEN, 2004, p. 62-63.

⁷⁵ AGAMBEN, 2004, p. 63.

jurisdição não pode recuar diante da excepcionalidade política. Enquanto a teoria de Giorgio Agamben descreve o estado de exceção como um espaço anômico onde impera o misticismo de uma “força-de-lei” desvinculada da norma - uma ficção que mascara a aplicação bruta do poder, Lessa defende que o Judiciário é o intérprete final da Constituição e deve anular atos do Executivo que transgridam as liberdades fundamentais, mesmo sob pretexto de ordem pública. Ao contrário da lógica agambeniana, que vê a exceção como uma zona de indistinção onde o Direito se suspende para se realizar como violência bruta e legítima, Lessa insistiu, especialmente em seu voto vencido no Caso Macedo Soares, que o Supremo Tribunal Federal possui competência para examinar a legalidade do decreto de sítio. Para o ministro, a vontade do povo expressa na Lei Fundamental deve prevalecer sobre o arbítrio dos representantes, rejeitando a ideia de que o “motivo político” possa servir de anteparo místico para impedir que os tribunais garantam a proteção dos direitos individuais. Assim, enquanto em Agamben a norma é “desaplicada” em favor da força, em Lessa a norma deve ser o limite intransponível da força, preservando a integridade do sistema jurídico mesmo nos momentos de crise profunda.⁷⁶

Embora encontre fundamentos teóricos na ideia de soberania de Hobbes, bem como seja “um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”⁷⁷, Agamben lembra “que o estado de exceção é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista”.⁷⁸

Ao encontro da ideia de estado de exceção de Agamben, Jeanine Nicolazzi Philippi entende o Direito criado na gênese da ditadura como uma “figura extrema e espectral”:

Em 31 de março de 1964, os golpistas se proclamaram como Poder Constituinte, destituindo o governo anterior e editando normas jurídicas sem que fossem limitados pela ordem jurídica em vigor. Uma figura extrema e espectral do direito, na qual ele se divide em vigência sem aplicação – a forma da lei – e aplicação – a força-de-lei – definiu a vigência do estado de exceção que se transformaria em regra, por meio da violência governamental que, tendo suspenso o Direito, insistiria em aplicá-lo de forma brutal. Iniciava-se, assim, a captura da potência *des peuples agités*; e para lembrar que o herege seria, aqui, sempre derrotado e humilhado, foi editado, em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 5 que estabeleceu, de forma objetiva, o Direito positivo como instrumento de destruição do golpe de Estado, e afirmou a necessidade categórica de suspendê-lo para defender a ordem econômica, financeira, política e moral do Brasil.⁷⁹

⁷⁶ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 317; 378-379; 383.

⁷⁷ AGAMBEN, 2004, p. 13.

⁷⁸ AGAMBEN, 2004, p. 16.

⁷⁹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi, A Lei e o vazio: entrevista com Jeanine Nicolazzi Philippi. **Captura Crítica**: direito, política, atualidade, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 289–305, 2022.

Carlos Fico, ao refletir sobre o uso do direito pela ditadura militar, vai ao encontro de Agamben, e entende que havia no regime uma dicotomia entre a normalidade e a excepcionalidade, num estado de exceção que, necessariamente, pressupunha uma juridicidade.⁸⁰ Havia na ditadura, segundo Fico, o que chama de “*utopia autoritária*”, ou seja, um projeto de institucionalização da exceção, um verdadeiro estado de exceção permanente, no conceito de Agamben.⁸¹

Para Carlos Fico, nesse sentido, a edição do AI-5 amadureceu um processo que começou antes, não sendo decorrência única dos episódios ocorridos em 1968, “diferentemente da tese que sustenta a metáfora do ‘golpe dentro do golpe’, segundo a qual o AI-5 iniciou uma fase completamente distinta da anterior. Trata-se de reafirmar a importância, como projeto, do que se pode chamar de ‘utopia autoritária’”.⁸²

De acordo com Carlos Fico, os militares possuíam essa “utopia autoritária”, ou seja, acreditavam ser possível resolver os problemas do país com medidas jurídicas excepcionais. Segundo Fico, a História da República demonstra que o autoritarismo pode ser considerado um traço permanente da cultura jurídica brasileira, ocorrendo uma permanente dicotomia entre normalidade e excepcionalidade, tanto na ditadura militar como hoje, buscando-se o que chama de “atalhos na Constituição”.⁸³

Essa dicotomia entre normalidade e excepcionalidade foi uma constante na ditadura, do início ao fim. E “é muito comum que os regimes autoritários usem a lei e os tribunais para reforçar seu poder, de modo a tornar obscura uma distinção simplista entre regimes *de facto* e regimes constitucionais”.⁸⁴ E a isso Anthony Pereira dá o nome de “*legalidade autoritária*”, um verdadeiro “enigma”⁸⁵ em suas palavras. Esse enigma é o elemento místico do qual Agamben fala.

De acordo com Anthony Pereira, a forma como a ditadura militar usou a legalidade “foi marcada por uma maior cooperação entre as forças armadas e o Judiciário e por uma maior preocupação com a legalidade formal no trato com os adversários políticos”.⁸⁶ E Pereira ilustra

⁸⁰ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, 2017, v. 9, n. 20, p. 60.

⁸¹ FICO, 2017, p. 60.

⁸² FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 24, n. 47, p. 34.

⁸³ FICO, Carlos. **Além do golpe**: a tomada do poder em 31 de março de 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 80-82.

⁸⁴ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão**: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 36.

⁸⁵ PEREIRA, 2010, p. 284-285.

⁸⁶ PEREIRA, 2010, p. 107.

o caso brasileiro com o trecho de um editorial do *Jornal do Brasil* de 06 de fevereiro de 1971: “A coexistência da Constituição e do Ato... é tipicamente uma solução brasileira, que tentava conciliar o processo legal e o processo revolucionário”.⁸⁷ Por conta desse intento da “lei”, Pereira entende que a ditadura brasileira possuía uma faceta conservadora – uma “legalidade conservadora” – ao mesmo tempo em que tinha uma faceta “revolucionária”, rejeitando a “necessidade de continuidade legal” e fundindo os Poderes Legislativo e Executivo, numa espécie de “legalidade revolucionária”.⁸⁸ E, segundo Anthony Pereira, “o prólogo ao AI-1 revela as tensões existentes entre os impulsos revolucionários e conservadores dos autores do golpe, bem como as intenções em última análise conservadora dessa lei”.⁸⁹

Na tentativa de compreender o que chama de “enigma da legalidade autoritária”, Anthony Pereira sugere que “é vantajoso para os regimes autoritários legitimar seu poder com algum grau de embasamento legal”.⁹⁰ Para o autor,

os regimes autoritários judicializam a repressão porque têm condições de fazê-lo. Uma vez que a judicialização traz vantagens para os regimes autoritários, os que conseguem judicializar a repressão são aqueles que podem contar com tribunais ‘dignos de confiança – tribunais civis ou militares cujos veredictos se harmonizam com a concepção de legalidade adotada pelo regime, e que não irão contestar as bases do poder autoritário’.⁹¹

Pereira acredita que a pouca justiça na transição da ditadura para a democracia, no Brasil, deve-se, em boa medida, ao fato de que a

sua legalidade autoritária gradualista e conservadora contava com a participação de uma boa parcela dos sistemas estabelecidos, tanto Judiciários quanto militares, que continuaram a desfrutar de legitimidade na democracia. O Brasil, portanto, não teve que passar pela reação reformista que ocorreu na Argentina e no Chile, onde coalizões com significativo apoio político conseguiram derrubar aspectos importantes da legalidade autoritária e reformar as forças armadas ou o Judiciário, ou ambos.⁹²

Anthony Pereira entende que a “distinção clássica entre democracias constitucionais *de jure* e regimes autoritários *de facto* e baseados na força” torna difícil a compreensão do uso e do lugar da legalidade em regimes que são, a um só tempo, autoritários e legalistas, como o caso brasileiro iniciado em 1964. “Esses regimes usam a lei de maneira desconcertante, assustadora e, às vezes absurda, e, ao longo do tempo, evoluíram em direção a

⁸⁷ *Jornal do Brasil* *apud* PEREIRA, 2010, p. 119.

⁸⁸ PEREIRA, 2010, p. 118.

⁸⁹ PEREIRA, 2010, p. 119.

⁹⁰ PEREIRA, 2010, p. 284.

⁹¹ PEREIRA, 2010, p. 285.

⁹² PEREIRA, 2010, p. 290.

um maior ou menor emprego de meios legais”.⁹³ Isso vai ao encontro da dicotomia entre a normalidade e a excepcionalidade, proposta por Carlos Fico a partir da ideia de um estado de exceção permanente. Esse uso assustador e desconcertante que fala Anthony Pereira é o elemento místico do estado de exceção mencionado por Agamben.

Para Cristiano Paixão, “uma das características mais evidentes do regime militar brasileiro foi a sua capacidade de transformar atos de força em figuras do direito”, haja vista que a ditadura buscou a produção de uma aparência de legalidade, que pode ser constatada justamente na criação da figura do Ato Institucional com sofisticados preâmbulos e “exposições de motivos, pela promulgação de emendas constitucionais, pela manutenção da atividade dos poderes legislativo e judiciário (com muitos expurgos, punições e cassações) e pela aprovação de leis ordinárias”.⁹⁴

É possível ver que há uma concordância entre os conceitos apresentados por Cristiano Paixão e por Anthony Pereira, no sentido de que a ditadura militar brasileira, desde o início, preocupou-se “em ‘normalizar’ e institucionalizar o regime ditatorial com o idioma do direito”, muito mais que nas outras ditaduras do Cone-Sul no mesmo período.⁹⁵ Tal constatação segue na mesma compreensão de Carlos Fico, que visualiza no período a chamada utopia autoritária dos militares, consubstanciada na permanente tentativa de institucionalizar a “revolução”.⁹⁶

Na mesma medida em que, segundo Fico, havia na ditadura uma “pretensão autoritária de corrigir a democracia por meio de atalhos constitucionais”⁹⁷, para Paixão, já logo em seguida ao golpe, os militares se depararam com uma contradição que permaneceu até o fim do regime: “para preservar a democracia, uma ditadura se instalou. Para garantir o respeito ao Estado de Direito, violou-se a Constituição”.⁹⁸

De acordo com Paixão, essa contradição permanente no regime militar foi transformada numa narrativa plausível por meio do discurso jurídico já com a edição do AI-1 em 9 de abril de 1964, o qual, no seu 1º artigo, apresentava “a fórmula de convivência entre normas constitucionais e atos institucionais que seria renovada ao longo de todo o regime: ‘São

⁹³ PEREIRA, 2010, p. 293.

⁹⁴ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*. Curitiba, v. 1, jul-dez 2020, p. 229.

⁹⁵ PAIXÃO, 2020, p. 230.

⁹⁶ FICO, 2017, p. 60.

⁹⁷ FICO, 2017.

⁹⁸ PAIXÃO, 2020, p. 231.

mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato’.”⁹⁹

Entende Paixão que o art. 1º do AI-1 já indicava “a mutilação seletiva da ordem constitucional”, pois o Ato, ao mesmo tempo em que dizia manter a Constituição de 1946, afirmava que essa mesma Constituição poderia ser alterada pelo próprio Ato, de tal modo que a ditadura

se colocava na posição de modificar a ordem constitucional por meio de uma decisão unilateral e não sujeita a nenhum tipo de aprovação pelo Congresso ou controle judicial. Mas ao mesmo tempo a Constituição de 1946 não é inteiramente revogada ou substituída por outro tipo de norma jurídica. O art. 3º, por seu turno, concede ao Poder Executivo a iniciativa para propor emendas à constituição, algo de que não dispunha sob a égide do texto de 1946. Essa prerrogativa será exercida pelos presidentes-generais ao longo dos 21 anos do regime.

Havia uma ambiguidade na gênese do regime, pois os militares, a partir do AI-1, passaram a figurar como protagonistas do processo legislativo – inclusive para editar normas constitucionais – e colocavam a existência de “uma combinação entre as normas constitucionais preexistentes com as modificações trazidas pelo Ato Institucional”.¹⁰⁰ Cristiano Paixão entende que, entre 1964 e 1985, houve a construção de uma complexa estrutura que tinha como objetivo “sustentar a normatividade que embasou a ditadura militar”¹⁰¹, sendo que essa estrutura tinha como marca a “coexistência de planos normativos distintos, mas intercambiáveis”.¹⁰² “A primeira característica é uma constante dualidade entre atos institucionais e normas constitucionais”.¹⁰³

Essa “enorme plasticidade entre as duas espécies de normas”, o Ato Institucional e as normas constitucionais, principalmente as emendas, possibilitou que a ditadura tivesse “ampla liberdade para modificar, a seu critério e a seu tempo, os elementos-chave da arquitetura constitucional, o que assegurou o controle político sobre todo o processo de construção, aprofundamento e gradual transformação da repressão”.¹⁰⁴

Para Paixão, o objetivo dessa dualidade entre os Atos Institucionais e as normas constitucionais era muito claro: “manter aberta a possibilidade de decretar normas de

⁹⁹ PAIXÃO, 2020, p. 231.

¹⁰⁰ PAIXÃO, 2020, p. 231.

¹⁰¹ PAIXÃO, 2020, p. 238.

¹⁰² PAIXÃO, 2020, p. 238.

¹⁰³ PAIXÃO, 2020, p. 238.

¹⁰⁴ PAIXÃO, 2020, p. 238-239.

exceção”¹⁰⁵, criando, assim, o que o autor chama de *textura aberta da exceção*¹⁰⁶, característica essa

que permitia ao regime utilizar, de modo seletivo, os instrumentos do ato institucional e da emenda constitucional para conservação – e aprofundamento – dos poderes do próprio regime. Ao transitar com grande liberdade entre ato institucional e norma constitucional, o regime reservou para si um espaço de grande liberdade, uma abertura constante. Era uma espécie de direito “quântico”, sempre passível de alteração, sempre disponível para a manipulação, sem nenhuma previsibilidade para os atores sociais e políticos.¹⁰⁷

E essa textura aberta da exceção foi muito utilizada pela ditadura militar, tanto que “entre maio de 1964 e novembro de 1966 foram editados 3 atos institucionais e foram promulgadas 15 emendas constitucionais”¹⁰⁸, produzindo “a multiplicação do jogo de ambiguidade – edição de atos institucionais que mantêm, seletivamente, o texto da Constituição de 1946, que é alterado em partes essenciais”¹⁰⁹. “E fica claro que *toda a normatividade do regime*, entre 1964 e 1977, foi dependente da prática de atos institucionais. Nenhuma emenda constitucional esteve desconectada da prática de algum desses atos”.¹¹⁰

“A história constitucional brasileira pode ser contada através do binômio normalidade e exceção”¹¹¹, afirma Heloísa Câmara, haja vista que “a existência de oito constituições, diversas crises políticas e constitucionais e legalismo deixaram como marca a relação paradoxal entre os dois itens”.¹¹² Câmara, ao encontro de Anthony Pereira e Cristiano Paixão, sustenta que essa aparente contradição do constitucionalismo brasileiro

expressa-se como ambiguidade constitutiva no sentido de que se a exceção perpassou a nossa história constitucional, as soluções dadas variaram, usando estratégias como o estado de sítio, a criação de novo tipo normativo, a retórica da revolução, prevalecendo algum arranjo de legalidade autoritária, em contraposição à opção de governar completamente fora do direito. Neste contexto, o ato institucional permite tanto comparar as estratégias de legalidade autoritária, quanto os usos e interpretações dadas.¹¹³

¹⁰⁵ PAIXÃO, 2020, p. 239.

¹⁰⁶ PAIXÃO, 2020, p. 239.

¹⁰⁷ PAIXÃO, 2020, p. 239.

¹⁰⁸ PAIXÃO, 2020, p. 234.

¹⁰⁹ PAIXÃO, 2020, p. 234.

¹¹⁰ PAIXÃO, 2020, p. 236.

¹¹¹ CÂMARA, Heloisa Fernandes. Genealogia do Ato Institucional - entre legalidade, exceção e legalidade excepcional. **História do Direito – Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 272-299, mar. 2022. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954>>. Acesso em: 09 dez. 2022, p. 296.

¹¹² CÂMARA, 2022, p. 296.

¹¹³ CÂMARA, 2022, p. 296.

Segundo Cristiano Paixão¹¹⁴, a partir de 1964, temos uma situação paradoxal com a edição do AI-1. Esta situação paradoxal, de acordo com o autor, reside no fato de que, em 1º de abril de 1964, instaurou-se no Brasil, por meio de um golpe de Estado, um regime autoritário. E, por se tratar de um regime de força, não necessitaria, a princípio, justificar suas razões, diferentemente do que ocorreu no AI-1, onde há a elaboração de todo um discurso jurídico para legitimar o golpe por meio do Direito. E a justificativa jurídica no preâmbulo do AI-1 e em outros Atos subsequentes recorre ao poder constituinte¹¹⁵, associando esse conceito ao conceito de revolução. O conceito de revolução era essencial aos militares porque apresentava “a justificativa para a ruptura institucional”.¹¹⁶ Era, nos termos do preâmbulo, “uma autêntica revolução”.¹¹⁷

Além disso, o conceito de revolução permitia que os militares se arvorassem como um poder constituinte, um poder que, nos termos do próprio preâmbulo do AI-1, mantinha a Constituição anterior, de 1946, mas se permitia alterá-la em quaisquer de suas disposições.¹¹⁸ Era um poder autolegitimado, dizia o Ato Institucional de 9 de abril de 1964:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória.¹¹⁹

Para João Camilo de Oliveira Torres, um dos “paradoxos na vida brasileira – este talvez o mais curioso de todos... As nossas revoluções são legalistas”, ao passo que, segundo ele, “a história do movimento de 1964 e do que se lhe seguiu, até hoje, mostra-nos exatamente

¹¹⁴ PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). In: **Quaderni Fiorentini**: per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 43, Tomo I, 2014, p. 431-432.

¹¹⁵ Vincenzo Lippolis assim define o poder constituinte: “trata-se do poder constituinte, cuja essência está numa ‘vontade absolutamente primária’; primária no sentido de que ela ‘tira apenas de si mesma e não de outra fonte o seu limite e a norma da sua ação’. Tal vontade, enquanto capaz de ordenar e reconduzir a uma unidade toda a série de relações sociais, dá vida à organização jurídica estatal, nos casos de formação original, quando num certo território se forma, pela primeira vez, um Estado, e também quando um ordenamento soberano passa a fazer parte de outro (a chamada formação derivada). Pode-se, portanto, afirmar que toda nova formação estatal passa necessariamente à existência através da explicação de um poder constituinte. Tal poder é catalogado entre as fontes de produção do direito objetivo. Ele é fonte de produção das normas constitucionais, as últimas das quais, neste caso, serão criadas por ‘atos normativos’, que têm em si mesmos, e não derivada de outros ordenamentos, a razão da própria validade e da própria juridicidade. O poder constituinte é pois, absolutamente, livre no fim e nas formas através das quais ele se explica”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et. alii. Brasília: UnB, 1998, p. 61)

¹¹⁶ PAIXÃO, 2020, p. 231.

¹¹⁷ PAIXÃO, 2020, 231-232.

¹¹⁸ PAIXÃO, 2020, p. 232.

¹¹⁹ BRASIL, Ato Institucional n. 1, 1964.

a presença desta obsessão de legalidade e a repugnância dos militares brasileiros pela ditadura franca de caráter militarista”.¹²⁰

Já nos seus primeiros dias, “o regime construiu a estrutura de uma normatividade complexa, ambígua e incerta”.¹²¹ Essa ambiguidade da ditadura de, por um lado, ser um permanente poder constituinte que pode editar normas constitucionais livremente e, de outro lado, um poder que convive com a Constituição do regime anterior, é o início da manifestação daquilo que Carlos Fico chama de utopia autoritária. Ou, na concepção de agambeniana, seria o puro estado de exceção. Ao contrário da teoria constitucional clássica, percebe-se que a ditadura militar de 1964 não se constituiu simplesmente como um poder constituinte e, a partir disso, constituiu poderes. O poder instituído pelo AI-1 tem a peculiar natureza de um poder constituinte permanente. E muito embora o AI-1 mantivesse a Constituição de 1946, não estava limitado por ela, afinal, esse poder constituinte poderia alterar a Constituição a qualquer tempo.

A chamada “legalidade autoritária” de Anthony Pereira, era, na leitura de Cristiano Paixão, uma “tentativa incessante de revestir as medidas de exceção de legalidade e juridicidade”.¹²² Segundo Paixão, nesta característica do regime de exceção iniciado em 1964, “ainda que se tratasse de um governo autoritário, era fundamental manter uma estrutura minimamente similar ao Estado de Direito”.¹²³ Ou seja, havia a ambiguidade, mas estava dentro de uma lógica jurídica – a do estado de exceção – que integrava o projeto da ditadura de institucionalizar a exceção.

Diferentemente de outros regimes ditatoriais da América do Sul no mesmo período, a ditadura militar brasileira se valeu incessantemente do Direito como forma de se legitimar. Conforme demonstra Cristiano Paixão¹²⁴, houve uma preocupação, já no início, em 9 de abril de 1964, com o marco legal da nova ordem introduzida através do golpe, o que deu lugar ao AI-1.

Indo ao encontro de Carlos Fico, Cristiano Paixão adverte que essa opção de revestir de legalidade uma ordem autoritária não foi uma invenção da ditadura militar brasileira, de modo que episódios semelhantes são facilmente encontrados na história republicana do país. A novidade da ditadura estava no plano discursivo, de modo que era necessário construir uma

¹²⁰ TORRES, João Camilo de Oliveira. **Interpretação da realidade**: introdução à história das ideias políticas no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017, p. 82-83. Trata-se de coletânea editada pela Câmara dos Deputados, que retoma o pensamento de Oliveira Torres, disponível em <<https://livraria.camara.leg.br/interpretacao-da-realidade-brasileira>>. Acesso em: 07 dez. 2022.

¹²¹ PAIXÃO, 2020, p. 232.

¹²² PAIXÃO, 2014, p. 429

¹²³ PAIXÃO, 2014, p. 429

¹²⁴ PAIXÃO, 2014, p. 430.

narrativa capaz de legitimar o afastamento de um presidente eleito.¹²⁵ Se observarmos, por exemplo, a ditadura do Estado Novo, temos um golpe de estado que imediatamente põe uma nova Constituição. Temos no Estado Novo as figuras do Decreto-Lei e da Lei Constitucional, que poderiam livremente alterar a Constituição de 1937. No plano constitucional, uma das principais diferenças entre o Estado Novo e a ditadura militar é que, naquele, não havia esse poder constituinte de caráter permanente e nem, como se verá adiante neste trabalho, uma lógica discursiva e cronológica. A partir de 1964, com a figura dos Atos Institucionais, há uma lógica no discurso jurídico.

Partindo do conceito de estado de exceção de Giorgio Agamben, é possível verificar que as respostas apresentadas por Carlos Fico, Anthony Pereira e Cristiano Paixão para explicar o uso do direito na ditadura militar brasileira, ajudam a compreender por que os militares se valeram de um engenhoso discurso jurídico para legitimar a quebra da ordem constitucional. É possível perceber que o uso do direito não era um mero adereço para dar um “ar de legalidade” ao regime ou, menos ainda, um simulacro. Havia na ditadura militar uma clara concepção de direito e de como esse direito deveria ser usado para atingir os intentos ditatoriais.

Mas, antes de adentrar no uso do Direito pela ditadura militar, em especial a interpretação dos Atos Institucionais pelo STF, cabe uma pergunta a ser respondida no próximo tópico deste Capítulo.

1.2. É possível um direito autoritário?

Ao ingressar na graduação em direito, o estudante logo é apresentado a um dos textos mais clássicos do direito ocidental: a “Teoria Pura do Direito”, do austríaco Hans Kelsen. Comumente lido e estudado na cátedra de “Teoria do Direito” ou de “Introdução ao Estudo do Direito”, Kelsen, nessa obra, apresenta uma *teoria jurídica pura*, ou seja, uma teoria do direito “purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”.¹²⁶

Publicada originalmente em 1934, a obra apresenta uma teoria escalonada de produção do direito, segundo a qual uma norma jurídica posta é sempre autorizada por outra norma jurídica superior, como seu fundamento de validade – é o direito que produz o direito,

¹²⁵ PAIXÃO, 2014, p. 430.

¹²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. XI.

isso é o que dará validade à norma jurídica. No entanto, Kelsen verifica que o fundamento de validade de uma norma (uma norma superior) não pode se tornar algum infinito, de tal modo que precisa “terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada norma”.¹²⁷ Essa norma mais elevada não é derivada de outra norma, não se coloca em questão o fundamento da sua validade, trata-se de uma norma pressuposta, já que não é posta por autoridade competente. A essa norma mais elevada Kelsen dá o nome de *Grundnorm* – a *norma fundamental*. Para Kelsen, uma ordem jurídica é formada por um conjunto de “normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental”.¹²⁸ Diz, ainda, que essa “norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”.¹²⁹

Ao contrário de Kelsen, que entende o direito como regulador do uso da força, Norberto Bobbio compreende “que a força é um *instrumento* para realização do direito”¹³⁰, para realizar o próprio ordenamento jurídico. E Bobbio vai além, procurando questionar qual o fundamento e o conteúdo da norma fundamental. Afirma Bobbio que a norma fundamental pressuposta “estabelece que é preciso obedecer ao poder originário (que é o mesmo poder constituinte)”¹³¹, sendo que esse poder originário ou constituinte é, segundo ele, “o conjunto de forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico”.¹³² Mas, adverte Bobbio, que não se deve confundir poder com força, especialmente a força física, pois esse conjunto de forças políticas não necessariamente instaurará um novo ordenamento jurídico com o uso da força física – vez que pode se dar, exemplifica, por consenso.¹³³ Além disso, para Bobbio, não há como imaginar um ordenamento jurídico “sem o exercício da força, isto é, sem um poder”¹³⁴, ao passo que, “colocar o poder como fundamento último de uma ordem jurídica positiva não quer dizer reduzir o Direito à força, mas simplesmente reconhecer que a força é necessária para a realização do Direito”¹³⁵.

Dentro desse raciocínio, Bobbio diz que “a norma fundamental que manda obedecer aos detentores do poder originário é aquela que legitima o poder originário a exercer a força” e, considerando que uma das características principais do ordenamento jurídico é justamente o

¹²⁷ KELSEN, 1996, p. 217.

¹²⁸ KELSEN, 1996, p. 217.

¹²⁹ KELSEN, 1996, p. 217.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: UnB, 1994, p. 67.

¹³¹ BOBBIO, 1994, p. 65.

¹³² BOBBIO, 1994, p. 65.

¹³³ BOBBIO, 1994, p. 65-66.

¹³⁴ BOBBIO, 1994, p. 66.

¹³⁵ BOBBIO, 1994, p. 66.

uso da força para impor o respeito às normas, afirma que “a norma fundamental, tal como foi aqui concebida, é verdadeiramente a base do ordenamento jurídico”.¹³⁶ E faz a ressalva de que “a norma fundamental está na base do Direito como ele é”, ou seja, o direito positivo, o direito posto pela autoridade competente, e não do “Direito como deveria ser”, isto é, o direito como justiça¹³⁷. Conclui Bobbio dizendo que a norma fundamental

autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos.¹³⁸

Para Bobbio, portanto, o ordenamento terá sua juridicidade quando estiver produzindo normas pelo uso da força – um uso limitado e controlado da força. “O objetivo de todo legislador não é *organizar a força, mas organizar a sociedade mediante a força*”.¹³⁹

Kelsen e Bobbio estão teorizando acerca do *direito que é*, num exercício ontológico, e não do *direito que deve ser*, num exercício deontológico. De igual forma, ambos os autores dedicaram boa parte de suas obras às discussões de como o direito deve ser e sobre o conteúdo das normas, tratando, inclusive, da justiça.

Por isso, antes de continuarmos, necessário um aviso aos navegantes do revoltoso mar do positivismo jurídico: a teoria pura do direito não foi construída para legitimar o nazismo, bem como Kelsen nunca defendeu o nazismo – muito pelo contrário. Após se ver obrigado a deixar a Corte Constitucional da Áustria, na qual era juiz desde 1921, dada a sua dissolução em 1929, Kelsen partiu para a Alemanha e se tornou professor Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Colônia. Em 1932, Kelsen foi eleito decano dessa Faculdade. No ano seguinte, Hitler se torna chanceler do *Reich* e edita a Lei da Restauração do Funcionalismo, por meio da qual Kelsen e vários outros professores foram demitidos. Impedido de lecionar na Universidade alemã de Praga por alunos nazistas que invadiam suas aulas e agrediam os alunos presentes, Kelsen decidiu ir embora para os EUA assim que eclodiu a 2ª. Guerra, lá permanecendo até sua morte em 1973.¹⁴⁰

Mas, mesmo Kelsen tendo sido um professor judeu perseguido por nazistas, inclusive com ameaças de morte e planos de atentado, há quem ainda sustente a malograda tese

¹³⁶ BOBBIO, 1994, p. 67.

¹³⁷ BOBBIO, 1994, p. 67.

¹³⁸ BOBBIO, 1994, p. 67.

¹³⁹ BOBBIO, 1994, p. 69-70.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018, p. 81-109.

de que ele justificou o nazismo com sua teoria positivista. Essa tese é rechaçada por Dimitri Dimoulis¹⁴¹, principalmente quanto à suposta ausência de crítica ao conteúdo do direito nazista – em resumo, alguns acadêmicos aloprados dizem que a teoria pura do direito permite qualquer coisa dentro da moldura da norma, pouco se importando com esse conteúdo e defendendo que, se a norma é posta pela autoridade competente, automaticamente deverá ser cumprida. O provável precursor das teorias detratoras é Gustav Radbruch, que repercutiu a ideia de que “a lei é válida porque é uma lei”, o que teria deixado os juristas e o povo indefesos contra leis arbitrárias.¹⁴² Dimoulis, de encontro a isso, afirma que o regime nazista produziu poucas normas, não fazendo grandes alterações no ordenamento jurídico alemão. Segundou Dimoulis, “os meios empregados foram a ilegalidade governamental e a reinterpretação do direito em vigor, invocando ‘valores’ e ‘necessidades’ do povo alemão”¹⁴³, de tal modo que as autoridades alemãs do período nazista “realizaram a denominada *unbegrenzte Auslegung* (interpretação sem limites), adotando uma postura que contraria frontalmente os ensinamentos do positivismo jurídico”.¹⁴⁴ Não bastasse isso, argumenta Dimoulis que os nazistas criticavam a ideia de um estado de direito e o próprio positivismo, este “visto como negação do ideal de justiça”, tendo Hitler, inclusive, declarado “que, no Terceiro *Reich*, o direito coincide com a moralidade”.¹⁴⁵ Lembra Dimoulis que Carl Schmitt, um dos principais expoentes da ideologia nazista no campo jurídico, publicou em 1933 um artigo no qual elabora uma crítica ao juspositivismo, acusando “o positivismo de todos os males do mundo jurídico” e “afirmando que o ordenamento nacional-socialista se baseia no ‘axioma jurídico de que a lealdade, a disciplina e a honra não podem ser separadas da direção unitária (*Führung*)’”.¹⁴⁶

Eugenio Raúl Zaffaroni, com um olhar mais voltado ao Direito Penal, tem entendimento semelhante ao de Dimoulis acerca da relação entre positivismo jurídico e nazismo. Segundo Zaffaroni, no plano doutrinário, o direito penal nazista precisava se desprender “da ideia de independência, do princípio da legalidade e do chamado juiz natural, porque, em suma, o *Führer* era o único juiz natural”.¹⁴⁷ No plano judicial, diz Zaffaroni, não era diferente a aderência ao regime nazista, pois a maioria dos juízes não tardou a apoiar Hitler,

¹⁴¹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: uma introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 257-260.

¹⁴² VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 49. Neste livro, que é sua tese de doutorado em direito, Valadão se dedica a explicar a origem desse mito sobre o positivismo e, a partir disso, refutá-lo.

¹⁴³ DIMOULIS, 2006, p. 261.

¹⁴⁴ DIMOULIS, 2006, p. 261.

¹⁴⁵ DIMOULIS, 2006, p. 261.

¹⁴⁶ SCHMITT, 1934, p. 52 *apud* DIMOULIS, 2006, p. 262.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina penal nazista**. A dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Trad. Rodrigo Murad Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 78.

inclusive o presidente do *Reichsgericht* (antigo Supremo Tribunal da Alemanha). De acordo com Zaffaroni, o *Reichsgericht*, por meio de uma resolução, decidiu renunciar a seus precedentes judiciais em prol do regime.¹⁴⁸

Para Zaffaroni, a tese de Gustav Radbruch atribuindo ao positivismo os males do nazismo é um “juízo errôneo” e criticada por muitos. Recorda Zaffaroni que Alessandro Baratta, já em 1966, “defendeu que o positivismo estava acabado no tempo do nazismo e que, de alguma forma, poderia até ter sido uma contenção”.¹⁴⁹ Zaffaroni sustenta “que houve algo além de positivismo jurídico” na Alemanha sob Hitler, que seria “complacência na maioria e entusiasmo por uma minoria que não parece ter sido desprezível”.¹⁵⁰

Rodrigo Valadão lembra que essa *fake news* jusfilosófica tem uma versão brasileira, segundo a qual o positivismo jurídico, assim como legitimou o direito nazista, chancelou o direito produzido pela ditadura militar iniciada em 1964 no Brasil. De acordo com Valadão

a narrativa de que a observância cega das normas jurídicas, conforme supostamente preconizado pelo positivismo jurídico, teria viabilizado o nosso Regime Militar, bem como a sua truculência contra os direitos fundamentais, era o mito de fundação do Estado brasileiro a partir da recente Constituição de 1988. De acordo com a quase unanimidade dos juristas, apenas um conhecimento jurídico baseado em valores poderia garantir a plena realização da Justiça Social no nosso país.¹⁵¹

Em que pese uma certa dose de exagero em “quase unanimidade”, é fato que a crítica do direito desenvolvida no Brasil no fim dos anos 1980 e difundida ao longo da década seguinte foi intensa no ataque ao positivismo jurídico¹⁵², colocando-o como o responsável por todos os males do mundo jurídico, numa espécie de espelho de Carl Schmitt. Kelsen era *persona non grata* em muitos círculos acadêmicos¹⁵³ onde se desenvolviam críticas ao direito no Brasil, o mesmo Kelsen listado por Hitler como indesejado na academia jurídica alemã – a filosofia do direito tem suas ironias.

Valadão observa que, enquanto na Alemanha e em boa parte do mundo, as críticas baseadas na “Lenda do Positivismo” são dirigidas contra o próprio positivismo jurídico em si, aqui no Brasil o alvo principal é Hans Kelsen e a “Teoria Pura do Direito”, esta apresentada

¹⁴⁸ ZAFFARONI, 2019, p. 82-84.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, 2019, p. 85.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, 2019, p. 85.

¹⁵¹ VALADÃO, 2022, p. 32.

¹⁵² LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 31-34.

¹⁵³ Uma exceção é Óscar Correias, argentino radicado no México no fim dos anos 1970, que escreveu o artigo “*El otro Kelsen*”, no qual faz a defesa de que Kelsen foi, na verdade, um grande crítico do direito, pois, com sua teoria pura, tirou o véu ideológico que cobria o direito e enganava os desavisados que acreditavam numa pureza do direito. Outra obra é “*Kelsen y los marxistas*”, na qual Correias, marxista, empreender a defender o jurista austríaco da crítica feita pelos marxistas. Ver CORREAS, Óscar. **El otro Kelsen**. Cidade do México: UNAM, s/d; CORREAS, Óscar. **Kelsen y los marxistas**. Cidade do México: Coyoacán, 1994.

“como sinônimo de barbárie, desumanidade e até mesmo psicopatia”.¹⁵⁴ O autor aponta três exemplos da literatura jurídica brasileira, dois de autores influentes e um irrelevante no pensamento jurídico nacional. O primeiro é Fábio Konder Comparato, professor emérito da USP, o qual afirma que o positivismo jurídico “elemento de legitimação [...] da lógica de funcionamento do Estado Totalitário”, sendo “inegável que os positivistas contribuíram, decisivamente, para o surgimento, no século XX, de um dos piores monstros que a humanidade jamais conheceu em toda sua longa história: o Estado totalitário”¹⁵⁵. O segundo é o ministro do STF e professor de direito constitucional da UERJ, Luís Roberto Barroso, que argumenta que o “positivismo comportou algumas variações e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen”, sendo que “a troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”.¹⁵⁶ Um último autor, irrelevante na literatura jurídica, em um livro com o ousado título “A solução final do *serial killer* no positivismo de Hans Kelsen”, afirma que “Kelsen expulsa o fator axiológico do Direito (o que) se traduz, mais tarde, nos esforços de legitimação jurídica do regime Nazi (enraizado no modelo kelseniano), à sombra da eliminação premeditada de judeus em larga escala”.¹⁵⁷

Não perdemos de vista que a teoria normativista de Kelsen, objetivando um *status* de ciência para o direito, estava preocupada com a definição do seu objeto, de tal maneira que Kelsen apresenta uma teoria capaz de dizer o que é o direito em qualquer tipo de ordenamento jurídico, independente do conteúdo das normas positivadas. Na “Teoria Pura do Direito”, Kelsen não está preocupado com o conteúdo do direito posto, deixando isso bem evidente já nas primeiras linhas do livro. No entanto, em vários outros textos, nos quais discute o direito que deve ser, Kelsen mostra sua preocupação com o conteúdo. Kelsen, na teoria pura, descreve o direito que é e lhe apresenta como ciência.

Uma das explicações do erro que leva a esse mito do positivismo reside na confusão entre direito e moral e na associação automática do direito com a justiça presentes até hoje nos debates sobre a definição do conceito de direito. O próprio Kelsen deixa clara a separação entre direito, moral e religião, apresentando estes três elementos como ordens normativas distintas. Não ignorando a coexistência da moral como uma ordem normativa sem caráter coercitivo

¹⁵⁴ VALADÃO, 2022, p. 56.

¹⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2006, pp. 362 e ss. *apud* VALADÃO, 2022, p. 56-57.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25 *apud* VALADÃO, 2022, p. 57.

¹⁵⁷ ARAUJO, Antonio Fabio Medrado de. *A solução final do serial killer no positivismo de Hans Kelsen*. São Paulo: Pillares, 2012, pp. 54 e ss. *apud* VALADÃO, 2022, p. 57.

distinta do direito, Kelsen rechaça a possibilidade de uma moral absoluta, “uma Moral que é única e válida”.¹⁵⁸ Para ele, inclusive, é equivocado entender que as circunstâncias só podem ser julgadas moral ou juridicamente, uma excluindo a outra, o que leva ao estereótipo “de que determinada conduta pode ser moralmente censurável, mas que, juridicamente, só essa e nenhuma outra conduta é correta”.¹⁵⁹ Segundo Kelsen, “é evidente para qualquer jurista que, como jurista – isto é, quando está implicada a cognição de normas jurídicas – ele deve considerar o aspecto moral”.¹⁶⁰

De acordo com Kelsen na “Teoria Pura do Direito”,

O que é necessariamente comum a todos os sistemas morais possíveis não é outra coisa senão a circunstância de eles serem normas sociais, isto é, normas que estatuem, quer dizer, estabelecem como devidas (devendo ser) uma determinada conduta de homens referida – imediata ou mediamente – a outros homens. O que é comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever ser, o caráter de norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser). Norma e valor são conceitos correlativos.¹⁶¹

E Kelsen vai além na crítica da tese de que o direito é essencialmente moral, afirmando que “ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade”.¹⁶² Nesse sentido, Kelsen deixa evidente que o problema do direito como legitimador de regimes opressores está justamente na ideia de uma moral absoluta que conduz a uma aplicação cega da lei. O problema, para Kelsen, não é a forma da lei, mas sim o seu conteúdo.

Nessa linha, lembra Dimoulis que Kelsen, na TPD, “nega-se a desconsiderar o caráter jurídico do direito de países submetidos a ditaduras, tese coerente com a teoria formal sobre a validade do direito”.¹⁶³ Desse modo, considerando os termos da teoria pura kelseniana, afirma Dimoulis que o direito nazista “possuía eficácia social satisfazendo o pré-requisito de

¹⁵⁸ Kelsen, 1996, p. 72.

¹⁵⁹ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 585

¹⁶⁰ Kelsen, 1998, p. 585.

¹⁶¹ Kelsen, 1996, p. 74.

¹⁶² Kelsen, 1996, p. 78.

¹⁶³ Dimoulis, 2006, p. 265.

reconhecimento de sua validade jurídica”, ao passo que, sendo “as normas criadas de acordo com os procedimentos previstos, não pode ser negada sua qualidade jurídica”.¹⁶⁴

Kelsen afirma que “do ponto de vista da Ciência do Direito, o Direito nazista era Direito” e que, apesar de podermos lamentar isso, “não podemos negar que era Direito”¹⁶⁵, mas deixa evidente “que ele, como cidadão que defende posições políticas democráticas e liberais e também como vítima do nazismo, ‘condena com maior veemência’ o direito de regimes que facilitou a perseguição e o extermínio”.¹⁶⁶ Essa incisiva condenação de Kelsen ao uso do direito a serviço de regimes antidemocráticos e opressores também está no prefácio do livro “Teoria Geral do Direito e do Estado”, de abril de 1944, no qual critica o fato de que “em grandes e importantes países, sob o domínio da ditadura de partido, alguns dos mais proeminentes representantes da jurisprudência não conhecem nenhuma tarefa mais elevada que a de servir – com a sua ‘ciência’ – o poder ideológico do momento”¹⁶⁷.

Na esteira de Óscar Correias, a concepção juspositivista do direito mostra que, guardadas as devidas proporções, Hans Kelsen pode ser lido como um crítico do direito na medida em que nos mostra o direito sem qualquer visão romântica, apresentando-o como uma ciência com objeto e métodos próprios e possibilitando a compreensão – talvez ainda chocante aos incautos do mundo jurídico – de que a lei pode ser usada em expedientes antidemocráticos e totalitários.¹⁶⁸ Esse conceito de direito, evidentemente, não afasta – e nem deve afastar – a preocupação constante com o conteúdo da norma jurídica. Se, por um lado, compreendendo o direito como ciência, a moldura da norma pode aceitar qualquer coisa, não podemos, por outro lado, aceitar qualquer conteúdo. Abandonar a capacidade de refletir sobre a norma jurídica, ou seja, ignorar a crítica do direito, leva à concretização daquilo que Hannah Arendt chama de banalidade do mal.¹⁶⁹

A resposta à pergunta acima é, portanto, sim, é possível um direito autoritário. Continuará sendo direito, mesmo que sobre este direito paire a constante da exceção. E, como visto no Capítulo 1 desta Tese, foi esta a concepção de direito presente no regime de exceção imposto a partir de 1964.

¹⁶⁴ DIMOULIS, 2006, p. 265.

¹⁶⁵ KELSEN, Hans *apud* VALADÃO, 2022, p. 37.

¹⁶⁶ DIMOULIS, 2006, p. 265.

¹⁶⁷ KELSEN, 1998, p. XXXIII.

¹⁶⁸ CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica**. Ensaio sócio-semiológico. Trad. Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 101-103.

¹⁶⁹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999, p. 165-167 e 274.

CAPÍTULO 2 – O ESTADO DE EXCEÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

2.1. Introdução

“Nas ‘situações excepcionais’, os juristas da ditadura sempre arranjam uma fórmula para resolver as coisas.” A frase, extraída da carta da ALN e do MR-8 de 1969, condensa em poucas palavras o problema que este Capítulo se propõe a enfrentar. Se a exceção, como se viu no Capítulo 1, não é a ausência do direito, mas a sua suspensão por dentro, na zona de indistinção descrita por Giorgio Agamben, então é preciso indagar quem fornece as fórmulas que tornam essa suspensão dizível na linguagem da lei. A resposta, ao menos em parte, está na doutrina constitucional, pois foram os juristas, em seus manuais e tratados, que ao longo do tempo elaboraram as categorias do estado de sítio, da defesa do Estado, dos poderes de crise e da própria exceção, oferecendo o repertório conceitual de que o regime se serviria a partir de 1964.

É também o que sugerem as três chaves de leitura mobilizadas no Capítulo 1: a *legalidade autoritária* de Anthony W. Pereira, que mostra como os regimes autoritários governam por meio de formas jurídicas e dos tribunais; a *utopia autoritária* de Carlos Fico, que nomeia a crença na violência de exceção como preço de uma ordem futura; e a *textura aberta da exceção* de Cristiano Paixão, que descreve o uso seletivo dos instrumentos jurídicos para conservar e aprofundar o poder. Compreender a ditadura como um fenômeno jurídico exige, portanto, recuar até a doutrina que a antecedeu e perguntar como ela pensou a exceção antes que os militares a decretassem.

É essa a tarefa do presente Capítulo, que ocupa lugar de articulação nesta Tese. Definido o conceito de estado de exceção no Capítulo 1, a partir de Agamben e das contribuições de Pereira, Fico e Paixão, cabe agora verificar como a cultura jurídica brasileira tratou a exceção em sua própria doutrina, e isso em dois tempos. No primeiro, examina-se a doutrina constitucional do início do século XX até 1964, a fim de demonstrar que as categorias mobilizadas pela ditadura não foram invenção súbita do regime, mas sedimentaram-se em décadas de elaboração teórica que naturalizaram a hipertrofia do Executivo e o uso do estado de sítio como instrumento de governo. No segundo, analisa-se a doutrina contemporânea, entre 2010 e 2020, para evidenciar que esse repertório não foi superado, e que a teoria constitucional do presente, ao tratar a exceção como mero sistema de crises previsto e controlável, segue sem compreender o paradigma que permitiu a suspensão do direito sob a aparência da legalidade. Lido desse modo, o capítulo cumpre função de ponte: recolhe os conceitos fixados no Capítulo 1 e prepara o terreno para a segunda parte da tese, em que se examinarão os próprios Atos

Institucionais, no capítulo 3, e a sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, no Capítulo 4.

2.2. O estado de sítio como expressão da exceção

A exceção não é uma novidade no constitucionalismo brasileiro, muito menos uma invenção da ditadura militar iniciada em 1964. O paradigma do estado de exceção aparece no Brasil no início do Império, com a Constituição de 1824.

Outorgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824, a “Constituição Política do Império do Brasil”, a primeira Constituição brasileira, nascia sob o signo autoritário, pois imposta pelo imperador após ele próprio dissolver a Assembleia Constituinte, com apoio militar, prendendo vários deputados. Antes, ao abrir os trabalhos da Constituinte em maio de 1823, no Rio de Janeiro, Dom Pedro I repetiu aos constituintes uma frase constante da Carta Constitucional Francesa de 1814, de autoria do rei Luís XVIII: “o imperador jurava defender a futura Constituição ‘se fosse digna do Brasil e dele próprio’, deixando “em suas mãos a última palavra”.¹⁷⁰

Segundo Boris Fausto, “a primeira Constituição brasileira nascia de cima para baixo, imposta pelo rei ao ‘povo’ embora devamos entender por ‘povo’ à minoria de brancos e mestiços que votava e que de algum modo tinha participação na vida política”.¹⁷¹ Em pleno regime de escravidão, a Constituição de 1824 garantia a liberdade aos brasileiros no seu artigo 179¹⁷², mas nada falava sobre os escravizados, “a não ser obliquamente, quando se fala dos libertos”.¹⁷³ Até hoje, essa foi a mais longeva Constituição do Brasil, vigorando por 65 anos com poucas modificações até a derrubada da Monarquia com o golpe militar de 15 de novembro de 1889.

Duas das principais marcas da Constituição de 1824 eram as figuras do Poder Moderador e do Conselho de Estado, “que desempenhariam papel de grande relevo na história política do Império”.¹⁷⁴ “O Conselho de Estado era um órgão composto por conselheiros vitalícios nomeados pelo imperador dentre cidadãos brasileiros com idade mínima de quarenta

¹⁷⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Colaboração de Sérgio Fausto. 14. ed. São Paulo: EdUSP, 2015, p. 127.

¹⁷¹ FAUSTO, 2015, p. 128.

¹⁷² “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]” (BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil**, Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023).

¹⁷³ FAUSTO, 2015, p. 128.

¹⁷⁴ FAUSTO, 2015, p. 130.

anos (uma idade avançada para a época), renda não inferior a 800 mil-réis”¹⁷⁵, além da necessidade de ser “pessoa de saber, capacidade, e virtudes, com preferencia os que tiverem feito serviços á Patria [sic]”, nos termos do artigo 140 da Constituição.¹⁷⁶

Já o Poder Moderador tinha origem nas ideias do francês Benjamin Constant, autor lido por Dom Pedro I e por vários outros políticos do período. “Benjamin Constant defendia a separação entre o Poder Executivo, cujas atribuições caberiam aos ministros do rei, e o poder propriamente imperial, chamado de neutro ou moderador”.¹⁷⁷ Nesse modelo pensado por Constant, “o rei não interviria na política e na administração do dia a dia e teria o papel de moderar as disputas mais sérias e gerais, interpretando ‘a vontade e o interesse nacional’”.¹⁷⁸ Entretanto, no Império do Brasil, “o Poder Moderador não foi tão claramente separado do Executivo. Disso resultou uma concentração de atribuições nas mãos do imperador”.¹⁷⁹

Pelo texto da Constituição de 1824, o imperador era uma pessoa “considerada inviolável e sagrada, não estando sujeita a responsabilidade alguma”.¹⁸⁰ Ao imperador competia, “entre outros pontos, a nomeação dos senadores, a faculdade de dissolver a Câmara e convocar eleições para renová-la e o direito de sancionar, isto é, aprovar ou vetar, as decisões da Câmara e do Senado”.¹⁸¹

Em que pese essa concentração de poder nas mãos do Imperador, este não detinha amplos poderes quanto ao estado de exceção. O último dispositivo da Constituição de 1824, o parágrafo XXXV do artigo 179, trazia a possibilidade de suspensão das garantias constitucionais:

Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.¹⁸²

¹⁷⁵ FAUSTO, 2015, p. 131-132.

¹⁷⁶ BRASIL, *Constituição*, 1824.

¹⁷⁷ FAUSTO, 2015, p. 131.

¹⁷⁸ FAUSTO, 2015, p. 131.

¹⁷⁹ FAUSTO, 2015, p. 131.

¹⁸⁰ FAUSTO, 2015, p. 131.

¹⁸¹ FAUSTO, 2015, p. 131.

¹⁸² BRASIL, *Constituição*, 1824.

No período regencial, a Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834, alterou a Constituição com a seguinte previsão: “Art. 11. Também compete às Assembléas Legislativas Provinciaes: [...] § 8º Exercer, cumulativamente com o Governo Geral, nos casos e pela forma marcados no § 35 do art. 179 da Constituição, o direito que esta concede ao mesmo Governo Geral.”

Como se vê, a Constituição de 1824 previa a exceção numa modalidade inominada, que a doutrina do século XIX passou a chamar de estado de sítio, seguindo a tradição liberal. A suspensão das garantias constitucionais era tarefa da Assembleia, mas o Imperador poderia tomar a iniciativa caso esta não estivesse reunida. Efetivamente, o poder era do Imperador, pois este poderia, a qualquer tempo, dissolver a Assembleia. Já a previsão de 1834 apresentava uma inovação ao permitir que a suspensão fosse também exercida, com limites, pelo Poder Legislativo das províncias.

De acordo com Paulo Bonavides e Paes de Andrade, a Constituição Imperial “mostrava com exemplar nitidez” a face do liberalismo na tímida declaração de direitos civis, e a face “do absolutismo, claramente estampada na competência deferida ao Imperador, titular constitucional de poderes concentrados em solene violação dos princípios mais festejados pelos adeptos do liberalismo”¹⁸³, de tal modo que o Poder Moderador se configurava literalmente como “a constitucionalização do absolutismo”.¹⁸⁴

A Constituição brasileira mais duradoura carregava uma forte concentração de poder nas mãos do chefe do Poder Executivo, praticamente podendo governar como um monarca absoluto. Essa primeira experiência constitucional do país permitia ao chefe do Executivo decretar o estado de exceção.

Com o golpe de Estado de 1889, instaurou-se uma República Federativa. A chamada “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, era inspirada no modelo dos Estados Unidos da América.¹⁸⁵ Essa Constituição trouxe em seu texto original o estado de exceção na modalidade de estado de sítio, previsto no capítulo das atribuições do Congresso Nacional:

Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:

[...]

21º) declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna, e

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 9 ed. Brasília: OAB, 2008, p. 105.

¹⁸⁴ BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 105-106.

¹⁸⁵ FAUSTO, 2015, p. 214.

aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso;¹⁸⁶

A Constituição de 1891 também previa expressamente a prerrogativa do Presidente da República para decretar estado de sítio:

“Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: [...] 15º) declarar por si, ou seus agentes responsáveis, o estado de sítio em qualquer ponto do território nacional nos casos, de agressão estrangeira, ou grave comoção intestina (art. 6º, nº 3; art. 34, nº 21 e art. 80);

E, nas disposições gerais, a Constituição de 1891 assim permitia no artigo 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)”.¹⁸⁷

A Constituição de 1891 falava expressamente em “comoção intestina” e “comoção interna”, possibilitando a decretação do estado de sítio quando ocorresse alguma revolta interna no país, o que foi muito comum na Primeira República, ensejando a utilização dos dispositivos constitucionais permissivos da exceção.

Em 1924, por iniciativa do Palácio do Catete, sob Presidência de Arthur Bernardes, teve início uma revisão constitucional que terminou em 1926. Essa revisão alterou o artigo 34 da Constituição, mas manteve a redação do seu parágrafo 21, sobre estado de sítio, que passou a ser numerado como 20 no mesmo artigo 34.

De acordo com Laila Maia Galvão, durante a Primeira República, o direito constitucional foi utilizado por políticos e juristas “especialmente como um direito político, que elencava as regras básicas da organização do Estado e do federalismo brasileiro”¹⁸⁸, de tal maneira que “as questões constitucionais ganhavam destaque nos debates entre juristas e na imprensa principalmente por causa da repartição de rendas entre os entes federativos e pelo uso frequente de institutos constitucionais como o estado de sítio e a intervenção federal”¹⁸⁹. Ao comentar o Decreto n. 15.913, de 1º de janeiro de 1923, que declarou o estado de sítio no Distrito Federal e no Estado do Rio de Janeiro, Galvão observa que

O estado de sítio, de acordo com a Constituição de 1891, deveria ser declarado pelo Congresso e somente na ausência deste poderia ser decretado pelo Poder Executivo. As datas escolhidas para lançamento dos decretos, 1º de janeiro e

¹⁸⁶ BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Brasília, DF: Presidência da República, 1891. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >. Acesso em: 3 jan. 2023.

¹⁸⁷ BRASIL, *Constituição*, 1891.

¹⁸⁸ GALVÃO, Laila Maia. *História constitucional brasileira na Primeira República: um estudo da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 1923*. Florianópolis, 2013, 222 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, p. 24.

¹⁸⁹ GALVÃO, 2013, p. 24.

25 de abril, portanto, coincidiam com o período de não funcionamento do Congresso. Dessa forma, Arthur Bernardes poderia evitar um desgaste maior do governo pelas críticas de alguns parlamentares no Congresso.¹⁹⁰

E, ainda,

O destaque atribuído aos mecanismos de exceção da constituição pode ser verificado, por exemplo, nos debates do Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro, organizado pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros em 1908. Nesse Congresso, havia grupos temáticos que discutiam as questões mais emblemáticas e controversas de cada área do direito. No grupo de direito constitucional, as questões mais relevantes eram as que tratavam do estado de sítio e da intervenção federal.¹⁹¹

Muito por conta da utilização das figuras do estado de sítio e da intervenção federal na ordem constitucional inaugurada em 1891, bem como pelos debates doutrinários e judiciais acerca do estado de sítio, a denominada “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, promulgada em 16 de julho de 1934, trouxe previsões mais específicas sobre a exceção. A Constituição de 1934 colocava no artigo 40 a aprovação do sítio como uma competência exclusiva do Poder Legislativo: “É da competência exclusiva do Poder Legislativo: [...] d) aprovar ou suspender o estado de sítio, e a intervenção nos Estados, decretados no intervalo das suas sessões; [...] j) autorizar a decretação e a prorrogação do estado de sítio”¹⁹².

Por outro lado, a Constituição de 1934 trazia a decretação do estado de sítio como uma competência privativa do Presidente da República no artigo 56: “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] § 13) decretar o estado de sítio de acordo com o art. 175, § 7º”¹⁹³.

O mencionado parágrafo 7º do artigo 175 apresentava com detalhes os limites do estado de sítio:

Art 175 - O Poder Legislativo, na iminência de agressão estrangeira, ou na emergência de insurreição armada, poderá autorizar o Presidente da República a declarar em estado de sítio qualquer parte do território nacional, observando-se o seguinte:

- 1) o estado de sítio não será decretado por mais de noventa dias, podendo ser prorrogado, no máximo, por igual prazo, de cada vez;
- 2) na vigência do estado de sítio só se admitem estas medidas de exceção:
 - a) desterro para outros pontos do território nacional, ou determinação de permanência em certa localidade;
 - b) detenção em edifício ou local não destinado a réus de crimes comuns;

¹⁹⁰ GALVÃO, 2013, p. 144

¹⁹¹ GALVÃO, 2013, p. 24

¹⁹² BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

¹⁹³ BRASIL, **Constituição**, 1934.

- c) censura de correspondência de qualquer natureza, e das publicações em geral;
- d) suspensão da liberdade de reunião e de tribuna;
- e) busca e apreensão em domicílio.

§ 1º - A nenhuma pessoa se imporá permanência em lugar deserto ou insalubre do território nacional, nem desterro para tal lugar, ou para qualquer outro, distante mais de mil quilômetros daquele em que se achava ao ser atingida pela determinação.

§ 2º - Ninguém será, em virtude do estado de sítio, conservado em custódia, senão por necessidade da defesa nacional, em caso de agressão estrangeira, ou por autoria ou cumplicidade de insurreição, ou fundados motivos de vir a participar nela.

§ 3º - Em todos os casos, as pessoas atingidas pelas medidas restritivas da liberdade de locomoção devem ser, dentro de cinco dias, apresentadas pelas autoridades que decretaram as medidas com a declaração sumária de seus motivos ao Juiz comissionado para esse fim, que as ouvirá, tomando-lhes, por escrito, as declarações.

§ 4º - As medidas restritivas da liberdade de locomoção não atingem os membros da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Corte Suprema, do Supremo Tribunal Militar, do Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, do Tribunal de Contas e, nos territórios das respectivas circunscrições, os Governadores e Secretários de Estado, os membros das Assembléias Legislativas e dos Tribunais superiores.

§ 5º - Não será obstada a circulação de livros, jornais ou de quaisquer publicações, desde que os seus autores, diretores ou editores os submetam à censura.

§ 6º - Não será censurada a publicação dos atos de qualquer dos Poderes federais, salvo os que respeitem as medidas de caráter militar.

§ 7º - Se não estiverem reunidas a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, poderá o estado de sítio ser decretado pelo Presidente da República, com aquiescência prévia da Seção Permanente do Senado Federal. Nesse caso se reunirão trinta dias depois, independentemente de convocação.

§ 8º - Aberta a sessão legislativa, o Presidente da República relatará, em mensagem especial, os motivos determinantes do estado de sítio, e justificará as medidas que tenha adotado, apresentando as declarações exigidas pelo § 3º, e mais documentos necessários. O Poder Legislativo passará em seguida a deliberar sobre o decreto expedido, revogando-o, ou não, podendo também apreciar, desde logo, as providências trazidas ao seu conhecimento, e autorizar a prorrogação do estado de sítio, nos termos do nº 1 deste artigo.

§ 9º - Proceder-se-á na conformidade dos parágrafos precedentes, quando se haja de prorrogar o estado de sítio.

§ 10 - Decretado este, o Presidente da República designará, por ato publicado oficialmente, um ou mais magistrados para os fins do § 3º, assim como as autoridades que tenham de exercer as medidas de exceção, e estabelecerá as normas necessárias para a regularidade destas.

§ 11 - Expirado o estado de sítio, cessam, desde logo, todos os seus efeitos.

§ 12 - As medidas aplicadas na vigência do estado de sítio, logo que ele termine, serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem à

Câmara dos Deputados, com as declarações prestadas pelas pessoas detidas e mais documentos necessários para que ele os aprecie.

§ 13 - O Presidente da República e demais autoridades serão responsabilizados, civil ou criminalmente, pelos abusos que cometerem.

§ 14 - A inobservância de qualquer das prescrições deste artigo tornará ilegal a coação, e permitirá aos pacientes recorrerem ao Poder Judiciário.

§ 15 - Uma lei especial regulará o estado de sítio em caso de guerra, ou de emergência de guerra.

A Constituição de 1934, inicialmente, não trazia a possibilidade de estado de sítio em decorrência de questão interna – “insurreição armada”. Ademais, em seu longo artigo 175, trazia uma série de limites ao uso dessa medida de exceção, estabelecendo prazos, direitos e garantias, justificativas e possibilidade de responsabilização das autoridades, inclusive o Presidente da República.

Após a Revolta Comunista em 1935, começou um movimento no Congresso Nacional para alterar a Constituição de 1934, que inicialmente não permitia o estado de sítio por conta de revolta armada interna.¹⁹⁴ Assim, foi promulgada em 18 dezembro de 1935 a Emenda n. 1 à Constituição de 1934:

EMENDA N. 1 “A Camara dos Deputados, com a collaboração do Senado Federal, poderá autorizar o Presidente da Republica a declarar a commoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições politicas e sociaes, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parto do territorio nacional, observando-se o disposto no artigo 175, n. 1, §§ 7º, 12 e 13, e devendo o decreto de declaração de equiparação indicar as garantias constitucionaes que não ficarão suspensas.”

A partir disso, com essa redação da Emenda, equiparava-se o estado de guerra ao estado de sítio, permitindo a aplicação do artigo 175 da Constituição de 1934 no caso de “comoção intestina grave”.

Todo o esmero dos constituintes de 1934, entretanto, não impediu o golpe do Estado Novo, de Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, quando as

tropas da polícia militar cercaram o Congresso e impediram a entrada dos congressistas. O ministro da Guerra – general Dutra – se opusera a que a operação fosse realizada por forças do Exército. À noite, Getúlio anunciou uma nova fase política e a entrada em vigor de uma Carta constitucional, elaborada por Francisco Campos. Era o início do Estado Novo. O Estado Novo foi implantado no estilo autoritário, sem grandes mobilizações. O movimento popular e os comunistas tinham sido abatidos e não poderiam reagir; a classe dominante aceitava o golpe como coisa inevitável e até benéfica.¹⁹⁵

¹⁹⁴ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Estado de exceção e mudança (in)constitucional no Brasil (1935-1937). **Revista de História Constitucional**, n. 14, 2013, p. 355-357.

¹⁹⁵ FAUSTO, 2015, p. 311

O novo regime instaurou, de pronto, um estado de exceção permanente no país, que durou quase 8 anos. A exceção era chamada pela nova Constituição de 1937 de estado de emergência. Essa Constituição, outorgada no mesmo dia 10 de novembro de 1937, assim determinava no fim do seu texto, nas disposições transitórias e finais, no artigo 186: “É declarado em todo o País o estado de emergência”¹⁹⁶. Essa exceção permanente durou até 30 de novembro de 1945, quando foi encerrada pela Lei n. 16, decretada por José Linhares, então Presidente do STF, que passou a exercer interinamente a Presidência da República após a derrubada de Getúlio Vargas em 1945.¹⁹⁷

Segundo Boris Fausto, a chave para compreender o funcionamento do Estado Novo a partir do texto da Carta de 1937 está justamente nas disposições transitórias e finais, pois, nessa parte, estava declarado o estado de emergência – mais uma variante do estado de exceção – e o Presidente da República passava a ter “poderes para confirmar ou não o mandato dos governadores eleitos, nomeando interventores nos casos de não confirmação”.¹⁹⁸ Segundo Boris Fausto,

A Constituição entrava em vigor imediatamente e devia ser submetida a um plebiscito nacional. O Parlamento, as Assembleias estaduais e as Câmaras Municipais eram dissolvidas, devendo realizar-se eleições para o Parlamento somente depois do plebiscito. Enquanto isso, o presidente tinha o poder de expedir decretos-leis em todas as matérias de responsabilidade do governo federal. O artigo 186 das ‘disposições finais e transitórias’ declarava em todo o país o estado de emergência, suspendendo assim as liberdades civis garantidas formalmente pela própria Carta constitucional.¹⁹⁹

Em verdade, diz Fausto, durante o Estado Novo, o presidente da República tinha “o poder de governar através dos decretos-leis, pois não se realizaram nem o plebiscito nem as eleições para o Parlamento. Os governadores dos Estados se transformaram em interventores, e na maioria dos casos foram substituídos”.²⁰⁰ Por essas características, “o Estado Novo concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da História do Brasil independente”.²⁰¹

Quanto ao estado de emergência, a Constituição de 1937 determinava no artigo 74 que sua decretação era competência do presidente da República, nos termos do artigo 166. Inicialmente, o artigo 166 assim dispunha:

¹⁹⁶ BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

¹⁹⁷ FAUSTO, 2015, p. 331.

¹⁹⁸ FAUSTO, 2015, p. 312.

¹⁹⁹ FAUSTO, 2015, p. 312.

²⁰⁰ FAUSTO, 2015, p. 312.

²⁰¹ FAUSTO, 2015, p. 312.

Art 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência.

Desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo o território nacional ou em parte dele, o estado de guerra.

Parágrafo único - Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento nacional, nem este poderá suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República.²⁰²

Mas esse artigo foi alterado pela Lei Constitucional n. 5, decretada por Getúlio Vargas em 1938, adicionando o parágrafo 2º, que passava a especificar como se daria o estado de emergência:

§ 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País.²⁰³

Os contornos da exceção também estavam nos artigos subsequentes da Constituição de 1937:

Art 168 - Durante o estado de emergência as medidas que o Presidente da República é autorizado a tomar serão limitadas às seguintes:

- a) detenção em edifício ou local não destinados a réus de crime comum; desterro para outros pontos do território nacional ou residência forçada em determinadas localidades do mesmo território, com privação da liberdade de ir e vir;
- b) censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas;
- c) suspensão da liberdade de reunião;
- d) busca e apreensão em domicílio.
- e) atos decorrentes das providências decretadas, com fundamento no § 2º do art. 166.

Art 169 - O Presidente da República, durante o estado de emergência, e se o exigirem as circunstâncias, pedirá à Câmara ou ao Conselho Federal a suspensão das imunidades de qualquer dos seus membros que se haja envolvido no concerto, plano ou conspiração contra a estrutura das instituições, e segurança do Estado ou dos cidadãos.

²⁰² BRASIL, *Constituição*, 1937.

²⁰³ BRASIL, *Constituição*, 1937.

§ 1º - Caso a Câmara ou o Conselho Federal não resolva em doze horas ou recuse a licença, o Presidente, se, a seu juízo, se tornar indispensável a medida, poderá deter os membros de uma ou de outro, implicados no concerto, plano ou conspiração, e poderá igualmente fazê-lo, sob a sua responsabilidade, e independentemente de comunicação a qualquer das Câmaras, se a detenção for de manifesta urgência.

§ 2º - Em todos esses casos o pronunciamento da Câmara dos Deputados só se fará após a terminação do estado de emergência.

Art 170 - Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juizes e Tribunais.

Muito embora o art. 168 apresentasse limites muito semelhantes aos da Constituição de 1934, tal limitação acabava sendo invalidada pelos arts. 169 e 170 logo em seguida, principalmente porque o Congresso Nacional não funcionou durante todo o Estado Novo. Além disso, ao Poder Judiciário era vedado conhecer dos atos praticados durante o período de exceção, que perdurou durante todo o Estado Novo. O afastamento da jurisdição foi reeditado nos Atos Institucionais da ditadura militar em 1964.

Com o fim do ciclo autoritário de Vargas, “nasceu a Constituinte de 1946 de um movimento nacional de repúdio ao Estado Novo, regime de arbítrio que desde o Golpe de Estado de 10 de novembro de 1937 paralisara a vida constitucional do País”, que também impôs “uma ditadura pessoal, de inspiração fascista e totalitária”.²⁰⁴

A chamada Constituição dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 18 de setembro de 1946 e, igualmente a todas as constituições anteriores, trazia a previsão do estado de exceção, desta vez na forma de estado de sítio: “Art. 5º - Compete à União: [...] III - decretar, prorrogar e suspender o estado de sítio”.²⁰⁵ Cabia, então, ao Presidente da República, privativamente, a decretação do estado de sítio, nos termos do art. 87 da Constituição: “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIII - decretar o estado de sítio nos termos desta Constituição”.²⁰⁶

Por outro lado, o Congresso Nacional, por meio de lei, também poderia decretar o estado de sítio:

Art. 206 - O Congresso Nacional poderá decretar o estado de sítio nos casos:

I - de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciem estar a mesma a irromper;

II - de guerra externa.

²⁰⁴ BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 355.

²⁰⁵ BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 jan. 2023.

²⁰⁶ BRASIL, **Constituição**, 1946.

Art. 207 - A lei que decretar o estado de sítio, no caso de guerra externa ou no de comoção intestina grave com o caráter de guerra civil estabelecerá as normas a que deverá obedecer a sua execução e indicará as garantias constitucionais que continuarão em vigor. Especificará também os casos em que os crimes contra a segurança da Nação ou das suas instituições políticas e sociais devam ficar sujeitos à jurisdição e à legislação militares, ainda quando cometidos por civis, mas fora das zonas de operação, somente quando com elas se relacionarem e influírem no seu curso.

Parágrafo único - Publicada a lei, o Presidente da República designará por decreto as pessoas a quem é cometida a execução do estado de sítio e as zonas de operação que, de acordo com a referida lei, ficarão submetidas à jurisdição e à legislação militares.

Art. 208 - No intervalo das sessões legislativas, será da competência exclusiva do Presidente da República a decretação ou a prorrogação do estado de sítio, observados os preceitos do artigo anterior.

Parágrafo único - Decretado o estado de sítio, o Presidente do Senado Federal convocará imediatamente o Congresso Nacional para se reunir dentro em quinze dias, a fim de o aprovar ou não.

A Constituição de 1946 manteve a possibilidade do estado de exceção em caso de questões internas do país, mas foi um pouco além e retomou um detalhe da Constituição de 1891, com a hipótese de decretação do estado de sítio na iminência – na “emergência” no texto de 1891 – de ocorrer uma comoção intestina grave, uma espécie de estado de sítio preventivo, figura muito criticada por Rui Barbosa na Primeira República.²⁰⁷

Nos artigos seguintes, a Constituição de 1946 trazia os limites do estado de sítio, semelhantes à Constituição de 1934:

Art. 209 - Durante o estado de sítio decretado com fundamento em o nº I do art. 206, só se poderão tomar contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a réus de crimes comuns;
- III - desterro para qualquer localidade, povoada e salubre, do território nacional.

Parágrafo único - O Presidente da República poderá, outrossim, determinar:

- I - a censura de correspondência ou de publicidade, inclusive a de radiodifusão, cinema e teatro;
- II - a suspensão da liberdade de reunião, inclusive a exercida no seio das associações;
- III - a busca e apreensão em domicílio;
- IV - a suspensão do exercício do cargo ou função a funcionário público ou empregado de autarquia, de entidade de economia mista ou de empresa concessionária de serviço público;
- V - a intervenção nas empresas de serviços públicos.

²⁰⁷ MARQUES, 2013, p. 356.

Art. 210 - O estado de sítio, no caso do nº I do art. 206, não poderá ser decretado por mais de trinta dias nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior a esse. No caso do nº II, poderá ser decretado por todo o tempo em que perdurar a guerra externa.

Art. 211 - Quando o estado de sítio for decretado pelo Presidente da República (art. 208), este, logo que se reunir o Congresso Nacional, relatará, em mensagem especial, os motivos determinantes da decretação e justificará as medidas que tiverem sido adotadas. O Congresso Nacional passará, em sessão secreta, a deliberar sobre o decreto expedido, para revogá-lo ou mantê-lo, podendo também apreciar as providências do Governo que lhe chegarem ao conhecimento, e, quando necessário, autorizar a prorrogação da medida.

Ar. 212 - O decreto do estado de sítio especificará sempre as regiões que deva abranger.

Art. 213 - As imunidades dos membros do Congresso Nacional subsistirão durante o estado de sítio; todavia, poderão ser suspensas, mediante o voto de dois terços dos membros da Câmara ou do Senado, as de determinados Deputados ou Senadores cuja liberdade se torne manifestamente incompatível com a defesa da Nação ou com a segurança das instituições políticas ou sociais.

Parágrafo único - No intervalo das sessões legislativas, a autorização será dada pelo Presidente da Câmara dos Deputados ou pelo Vice-Presidente do Senado Federal, conforme se trate de membro de uma ou de, outra Câmara, mas ad referendum da Câmara competente, que deverá ser imediatamente convocada para se reunir dentro em quinze dias.

Art. 214 - Expirado o estado de sítio, com ele cessarão os seus efeitos.

Parágrafo único - As medidas aplicadas na vigência do estado de sítio serão, logo que ele termine, relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas.

Art. 215 - A inobservância de qualquer das prescrições dos arts. 206 a 214 tornará ilegal a coação e permitirá aos pacientes recorrerem ao Poder Judiciário.²⁰⁸

A Constituição de 1946, ao contrário da de 1934, não trazia hipótese expressa de responsabilização dos agentes públicos. Mas, por outro lado, o parágrafo 5º do art. 217 determinava que “Não se reformará a Constituição na vigência do estado de sítio”²⁰⁹, muito provavelmente como um mecanismo para tentar impedir o que ocorreu a partir de 10 de novembro de 1937 com a figura das leis constitucionais decretadas por Getúlio Vargas para alterar a Constituição de 1937 e legislar livremente.

Iniciada a ditadura militar em abril de 1964, abre-se um novo e violento ciclo autoritário no Brasil. Inicialmente, a ditadura manteve a Constituição de 1946 juntamente com a figura do Ato Institucional, por meio do qual os militares poderiam alterar a Constituição

²⁰⁸ BRASIL, **Constituição**, 1946.

²⁰⁹ BRASIL, **Constituição**, 1946.

como e quando desejassem. O estado de exceção, portanto, passava a figurar no direito brasileiro de uma outra forma, fora do texto da Constituição, mas ainda com *status* de norma constitucional, justamente porque, como visto, o AI-1 se colocava como um instrumento direto de exercício do poder constituinte pela autodenominada “revolução vitoriosa”.

A princípio, não era necessária uma previsão constitucional para a exceção. Mas, a utopia autoritária dos militares apresentava a necessidade de normatizar e institucionalizar a chamada “revolução”.²¹⁰ Neste intento, uma Constituição se fazia necessária e importante, conforme veremos na sequência.

Contudo, antes disso, é preciso analisar o debate doutrinário sobre a exceção no constitucionalismo brasileiro, como forma de compreender o uso do direito pela ditadura militar iniciada em 1964.

2.3. Os manuais de Direito Constitucional até 1964

Entre 1824 e 1988, o Brasil teve sete Constituições, todas com previsão de figuras do estado de exceção. Não por acaso, o estado de sítio figurou entre os temas mais recorrentes nas publicações de livros de direito constitucional na Primeira República.²¹¹ Também porque, nos primeiros anos da República, o uso do estado de sítio – figura prevista na Constituição de 1891 –, foi recorrente. Floriano Peixoto foi quem utilizou esse recurso pela primeira vez na República.²¹²

Um desses episódios no período florianista ocorreu em 1892, quando da Revolta da Armada, “causada por motins de militares da Marinha Nacional, que tomaram navios de guerra e exigiam a saída de Floriano Peixoto do cargo da presidência com a convocação de novas eleições”.²¹³ Em 10 de abril daquele ano, o então Vice-Presidente Floriano Peixoto entendeu que esse episódio configurava a chamada “comoção intestina”, passível de resolução com estado de sítio, o qual efetivamente foi decretado em 10 de abril de 1892, por meio do Decreto

²¹⁰ FICO, 2014.

²¹¹ PIVATTO, Priscila Maddalozzo. **Leituras republicanas**: produção e difusão de livros de Direito Constitucional brasileiro na Primeira República. *História* (São Paulo) v.30, n.2, p. 144-178, ago/dez 2011, p. 150.

²¹² CÂMARA, Heloísa Fernandes. Estado de sítio na história constitucional brasileira: o início republicano sob “estado de emergência”. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 956.

²¹³ PEIXOTO, Rodrigo Luz. O Supremo Tribunal Federal e o estado de sítio na República Velha: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o estado de sítio, do início da República até a Revolução de 30 (1983-1930). **Quaestio Iuris**. vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017, pp. 1090-1124.

n. 791,²¹⁴ que assim dispunha:

Decreto nº 791, de 10 de Abril de 1892

Declara em estado de sitio o Districto Federal e suspende as garantias por 72 horas.

O Vice-Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil, considerando: que foi commettido o crime de sedição, sahindo cidadãos a depor o Chefe do Governo Federal;

que intentou-se revoltar contra as instituições nacionaes a força armada mantida para a defesa e garantia dessas mesmas instituições;

que entre os autores e promotores da sedição se acham membros do Congresso Nacional, que gosam de immunidades por lei prescriptas;

que o crime commettido produziu grave commoção intestina (art. 48 n. 15 e art. 80 § 1º da Constituição Federal);

que é principal dever do Poder Executivo assegurar a ordem e a manutenção das instituições nacionaes; Resolve, usando das attribuições conferidas pelos citados artigos,

Decretar:

Artigo unico. É declarado em estado do sitio o Districto Federal e suspensas as garantias constitucionaes, por 72 horas.

O Ministro de Estado dos Negocios do Interior o faça executar.

Capital Federal, 10 de abril de 1892, 4º da Republica.

Floriano Peixoto.

Fernando Lobo.

Fernando Leite Lobo Pereira, que assina o Decreto n. 791 com Floriano Peixoto, ocupava o cargo de ministro dos Negócios Interiores. Formado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em São Paulo, era irmão de Américo Leite Lobo Pereira, este ex-presidente da então Província do Paraná e nomeado ministro do STF²¹⁵ por Floriano Peixoto em 15 de outubro de 1894, por indicação do irmão, que declinou do convite.²¹⁶

Contra as prisões decorrentes desse Decreto, Rui Barbosa impetrou algumas petições de habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal. Um desses habeas corpus, de n. 300, foi impetrado em favor de Eduardo Wandenkolk e de outros políticos e militares presos naquela ocasião. Wandenkolk era almirante da Marinha e havia sido senador e ministro da

²¹⁴ BRASIL, **Decreto n. 791**, de 10 de Abril de 1892. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1892. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-791-10-abril-1892-506799-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 7 jan. 2023.

²¹⁵ STF. **Ministros**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/ostf/ministros/verMinistro.asp?periodo=STF&id=202>>. Acesso em: 6 jan. 2023.

²¹⁶ SENADO. **Senadores**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/1635>>. Acesso em: 6 jan. 2023.

Marinha no início do governo de Deodoro da Fonseca.²¹⁷

Alguns dias antes de o STF denegar a ordem nesses *habeas corpus*, o marechal Floriano Peixoto teria feito uma ameaça dizendo: “Se os Juízes do Tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão”.²¹⁸ Ademais, toda a imprensa noticiava como inadequada a medida impetrada por Rui Barbosa.²¹⁹

O julgamento do *habeas corpus* n. 300 ocorreu em 23 de abril de 1892, às 10h45 da manhã. A sala de sessões do STF estava lotada de jornalistas, políticos, militares e advogados, todos a espera da sustentação oral de Rui Barbosa. O Plenário estava composto pelo presidente do Supremo, Freitas Henriques, juntamente com os demais ministros, Visconde de Sabará, Andrade Pinto, Aquino e Castro, Souza Mendes, Trigo de Loureiro, Barradas, Pereira Franco, Piza e Almeida, Barros Pimentel, Macedo Soares e Anfilóbio de Carvalho, além do procurador-geral da República, Barão de Sobral. Duas cadeiras estavam vagas, pois o STF aguardava a nomeação de mais dois ministros por parte do Marechal Floriano.²²⁰ Nessa época, o Supremo era composto de 15 membros.²²¹

O ministro Barradas, relator do *habeas corpus*, iniciou expondo os argumentos da petição inicial. Rui Barbosa dividiu os 46 pacientes em três grupos: os presos antes de aberto o estado de sítio, os considerados como incursos em prisão pela declaração oficial que encerrou o estado de sítio e os presos durante o estado de sítio. Para demonstrar a ilegalidade das prisões ocorridas antes do estado de sítio, Rui Barbosa se atentou ao fato de que o Decreto n. 791 não indicava o termo inicial do estado de sítio, mas somente que seria por 72h, de tal modo que as prisões ocorridas no dia 10 de abril estavam fora do estado de sítio, haja vista que o Decreto foi publicado no Diário Oficial apenas no dia seguinte. Além disso, argumentava Rui Barbosa, muitos dos presos eram deputados e senadores em pleno exercício de suas imunidades parlamentares, fazendo da prisão um ato de abuso de poder. O impetrante também observou que os fatos ocorridos na Capital do país, que ensejaram o Decreto de estado de sítio, não configuravam crime de sedição (afiançável) e nem crime de conspiração (inafiançável), pois se tratou apenas de uma simples arruaça no centro da cidade, incapaz de colocar em risco a

²¹⁷ RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I, 1891-1898. Defesa das liberdades civis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 18.

²¹⁸ RODRIGUES, 1965, p. 19.

²¹⁹ RODRIGUES, 1965, p. 18.

²²⁰ RODRIGUES, 1965, p. 19.

²²¹ “Art. 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado” (BRASIL, Constituição, 1891).

integridade da República.²²²

Quanto às prisões ocorridas após o fim do estado de sítio, no dia 13 de abril, ficou mantida a suspensão dos direitos políticos e imunidades constitucionais dos parlamentares e militares que participaram “como autores, promotores, cúmplices, ou conniventes no crime de conspiração”, os quais “foram intimados ou inscriptos réos desse delicto”.²²³ Em razão disso, Rui Barbosa considerava as prisões ilegais, além de representarem o que chamava de uma “galhofa com o direito constitucional”. Argumentava que a manutenção da suspensão dos direitos políticos e das imunidades parlamentares deixava os presos e quaisquer pessoas ameaçadas de cárcere e desterro para além do estado de sítio. Numa alusão à possibilidade de desterro dos presos para a Amazônia, Rui Barbosa afirma que “é a lei que está banida da lei” para se referir a essa possibilidade de segregação e desterro de quaisquer pessoas mesmo após o fim do estado de sítio, apontando a gravidade da medida.²²⁴ Estava criada a “prisão supositícia”, nas palavras de Rui Barbosa:

Para apadrinhar esse crime, inventaram um mytho perfido, de que não ha lembrança nos annaes do estado de sitio em seus peiores dias, sob os seus applicadores mais inventivos: a prisão suppositicia. O individuo intimado, ou meramente inscripto (onde?) como réo, por seleção do governo, considera-se preso. Mas esta espécie de prisão convencional, esta ficção jurídica, signa da subtileza dos inventores da tortura, nunca se viu na sciencia do direito, nos códigos antigos, ou modernos. A prisão é uma realidade positiva. Não há preso, a não ser por imposição de mãos de autoridade apprehensora.²²⁵

Para o impetrante, isso era absolutamente inconstitucional, pois a Constituição de 1891 era clara ao delimitar os atos autorizados durante o estado de sítio – em especial as prisões –, além de firmar que o estado de sítio deveria ser por tempo determinado.²²⁶

Já sobre as prisões durante o sítio, Rui Barbosa argumentava que “o estado de sítio não observou as condições essenciaes de constitucionalidade”, de tal modo que as medidas de repressão adotadas no seu decurso são juridicamente inválidas. Para ele, não havia perigo iminente à República Federativa, requisito essencial para decretação da medida nos termos da Constituição de 1891. Em longo arrazoado com citações da doutrina constitucional dos EUA, Rui Barbosa defendia a competência do Supremo para conhecer daquele habeas corpus e reconhecer a inconstitucionalidade do estado de sítio decretado por Floriano Peixoto.²²⁷

²²² BARBOSA, Rui. **O estado de sítio**. Sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro, Cia. Impressora, 1892, p. 8-14.

²²³ BARBOSA, 1892, p. 14.

²²⁴ BARBOSA, 1892, p. 15.

²²⁵ BARBOSA, 1892, p. 16.

²²⁶ BARBOSA, 1892, p. 16.

²²⁷ BARBOSA, 1892, p. 17-28.

O impetrante centralizava seu argumento na defesa dos direitos individuais dos cidadãos, afirmando que “onde quer que haja um direito individual violado, ha de haver um recurso judicial para debellação da injustiça: este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres”.²²⁸ Esse argumento de Rui Barbosa acabaria por se tornar um princípio da futura Constituição de 1946, no título sobre os direitos e garantias individuais²²⁹: “Art. 141 [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.²³⁰ Defendendo a competência do STF para agir naquele caso, argumentava enfaticamente a gravidade da situação criada por Floriano Peixoto:

Si, sob o pretexto da natureza politica das necessidades, que legitimam esse temeroso parenthesis na ordem constitucional conhecido pelo nome de estado de sítio, o governo, fora das condições extremas taxadas a lei, puder arremessar contra os seus antagonistas políticos essa mole de arbítrio, e o direito esmagado não tiver contra ella a sua salvaguarda natural nos tribunaes, quem conterà mais o poder executivo? Quando elle quizer penetrar nas immunidades protectoras da representação nacional, eliminando os seus adversários, para ageitar maiorias na legislatura, quem lhe porá cobro? Quando elle quizer, no seio deste tribunal mesmo, assegurar-se a impunidade, arredando votos suspeitos, que será dos supremos juizes da União, que será de vós, si voluntariamente houverdes despido a vossa prerrogativa constitucional agora invocada, subcrevendo uma declaração de incompetencia nos habeas-corpus reclamados pela victimas de uma suspensão inconstitucional de garantias?²³¹

Sobre a constitucionalidade do estado de sítio, Rui Barbosa afirmava que o Poder Executivo não observou as regras constitucionais que regem a suspensão de garantias, haja vista a ausência de perigo iminente à Pátria. Não bastasse isso, para ele, todos os efeitos do estado de sítio deveriam cessar quando do termo final daquilo que chama de “temeroso parenthesis na ordem constitucional”, de tal modo que os presos deveriam ser processados e julgados pelas vias ordinárias da jurisdição.

No dia do julgamento, por maioria de dez votos a um, o STF negou a ordem no HC 300. De acordo com a maioria dos ministros, o estado de sítio decretado atendia aos requisitos constitucionais. Além disso, afirma o acórdão que, “antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”.²³²

²²⁸ BARBOSA, 1892, p. 24.

²²⁹ RODRIGUES, 1965, p. 21.

²³⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946, art. 141, § 4º.

²³¹ BARBOSA, 1892, p. 24-25.

²³² STF, HC n. 300.

O juízo político do Congresso, para os ministros, era fundamental no caso, pois a Constituição, no art. 80, parágrafo 3º, combinado com o art. 34, parágrafo 21, afirmava que competia privativamente ao Congresso “aprovar ou reprovar o estado de sítio declarado pelo Presidente da República, bem assim o exame das medidas excepcionais, que ele houver tomado, as quais para esse fim lhe serão relatadas com especificação dos motivos em que se fundam”.²³³

Ao argumento de defesa das liberdades individuais invocado pelo impetrante Rui Barbosa, os ministros responderam que o eventual envolvimento de alguns direitos individuais durante o estado de sítio não habilitava o STF

a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso;

O sucinto acórdão do HC 300 ficou com a seguinte ementa: “Habeas-corpus. Não tem lugar quando a prisão ou constrangimento é ordenado pelo Presidente da República, por motivo político e por ocasião de ser declarado o estado de sítio. Questões conexas”.²³⁴

Vale notar, desde já, que a fórmula empregada pela maioria – a de que não seria “da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo” – inaugura uma gramática de autocontenção judicial diante da exceção que reaparecerá, com outras palavras e sob outro regime, no exame que o próprio Supremo fará dos Atos Institucionais entre 1964 e 1978, objeto do capítulo 4 desta Tese. Já em 1892 o Tribunal converte a exceção em questão política infensa ao controle jurisdicional, antecipando o gesto que, décadas depois, deslocaria os Atos Institucionais para a zona de indistinção entre direito e não direito discutida no Capítulo 1 a partir de Agamben.

O único a divergir do relator foi o ministro Joaquim de Toledo Piza e Almeida, que registrou no acórdão seu voto divergente entendendo que o STF era competente para conhecer do habeas corpus em questão. Em seu entendimento, todos os pacientes representados por Rui Barbosa deveriam ser apresentados. Piza e Almeida também incluía na concessão da ordem todos os cidadãos presos durante aquele estado de sítio. Fundamentou seu posicionamento no art. 65, parágrafo terceiro do Regimento Interno do Supremo:

Nesta concessão estão incluídos os cidadãos presos durante o estado de sítio, porquanto a competência do tribunal para isso firma-se no seu regimento interno, que no art. 65, § 3º assim dispõe: “O tribunal se declarará

²³³ STF, HC n. 300.

²³⁴ STF, HC n. 300.

incompetente para conceder a ordem... se a coação proceder de autoridade militar, no exercício privativo de suas atribuições contra outro militar ou cidadão sujeito no regimen militar (Dec. n. 848 de 11 de outubro de 1890, art. 47), ou se tratar-se de medida de repressão autorizada pelo art. 80 da Constituição, enquanto perdurar o estado de sítio”, - donde se deduz a contrario sensu sua competência para tomar conhecimento dela, quando tiver cessado o mesmo estado de sítio; e esta é a hipótese dos autos. O art. 80 da Constituição depende da lei regulamentar, que ainda não foi feita, mas parece-me que não pode ter outra inteligência senão a que meu voto exprime, e em apoio do qual chamarei a Constituição do Império, e os diversos atos dos poderes legislativo e executivo daquele tempo, suspendendo as garantias constitucionais.

O art. 80 da Constituição de 1891 trazia a possibilidade de decretação do estado de sítio: “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”. O ministro Piza e Almeida recorreu a decretos de estado de sítio do período imperial para demonstrar que a suspensão das garantias individuais deveria ser por tempo determinado, como previam a Constituição de 1891 e, antes, a Constituição de 1824. Sendo idênticas as disposições de ambas as Constituições, do Império e da República, argumentava o ministro Piza e Almeida que “não se pode admitir que a Constituição Republicana seja interpretada e executada de modo menos liberal, e menos garantidor dos direitos e liberdades individuais, do que o foi a do império pelas leis e decretos citados”. Para o ministro divergente, não fazia sentido algum manter a suspensão das garantias constitucionais dos presos durante o estado de sítio após este ter findado, era como se o estado de sítio, para esses presos, fosse por tempo indeterminado. Estando esses cidadãos presos e sem serem submetidos a processo judicial após o termo final do estado de sítio, “a lei os provê de remédio para resguardarem-se de semelhante violência, e esse remédio é o habeas corpus”, finaliza Piza e Almeida em seu voto divergente.²³⁵

Piza e Almeida foi nomeado ao STF por meio de decreto editado por Deodoro da Fonseca em 14 de novembro de 1890. Antes, o ministro havia exercido a magistratura no interior de São Paulo. Em 1880, Piza e Almeida alforriou todos os escravizados que mantinha como sua propriedade. Como juiz, passou a libertar todos os escravizados em processos de inventário, usando como fundamento a Lei de 7 de novembro de 1831, conhecida como “Lei Feijó”, que proibia o tráfico de escravizados e declarava “livres todos os escravos vindos de fôra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos”.²³⁶

²³⁵ STF, *Habeas Corpus* n. 300.

²³⁶ STF. **Ministros**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/ostf/ministros/verMinistro.asp?periodo=STF&id=119>>. Acesso em: 6 jan. 2023.

A defesa de atingidos pelos episódios de estado de sítio por Rui Barbosa na Primeira República acabou tornando-lhe doutrinador sobre o tema no início do século XX, escrevendo “enormes arrazoados que foram depois publicados em livros que deram circulação à primeira grande interpretação liberal da Constituição: O Estado de Sítio – sua natureza, seus efeitos, seus limites; e Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo”.²³⁷

De acordo com Rui Barbosa, “a faculdade de suspender as garantias constitucionais é a mais temerosa, das que se podem confiar ao poder. ‘Nas mãos de um só homem’, diz CARLIER, ‘seria uma arma perigosa, que abriria caminho à tyrannia’. Para ele, era claro que as constituições que autorizassem o estado de sítio, “essa interceptação da ordem constitucional”, deveriam estabelecer “os requisitos postos ao exercício deste arbítrio perigosíssimo”, os quais deveriam ser entendidos “sob interpretação mais limitativa”, pois “pertencem à classe dos restringenda e não à de amplianda”.²³⁸

Na obra *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, publicada em 1930, especificamente no volume 2, Rui Barbosa resume boa parte de sua doutrina acerca do estado de sítio. Para Rui Barbosa, havia três questões centrais nesse debate: qual Poder detinha a prerrogativa constitucional de decretar o estado de sítio, os limites da suspensão de direitos individuais durante o estado de sítio e quais seriam as hipóteses de cabimento do estado de sítio, principalmente quando se tratasse de comoção intestina.

Em 1914, no Caso Macedo Soares, o Ministro Pedro Lessa proferiu um histórico voto vencido ao sustentar que o Supremo Tribunal Federal possuía competência para examinar a legalidade dos decretos de estado de sítio, rejeitando a tese majoritária de que tais atos seriam “questões políticas” insindicáveis pelo Judiciário. Baseando-se no precedente norte-americano *Ex parte Milligan*, Lessa argumentou que as garantias individuais não podem ser suspensas onde os tribunais civis permanecem abertos e funcionando, classificando o sítio como um “temeroso parêntese” na ordem constitucional que não autoriza o governo a agir com arbítrio absoluto contra seus opositores. O ministro defendeu que o STF, como intérprete final da Constituição, tem o dever de verificar se os pressupostos de fato exigidos pela Constituição, como agressão estrangeira ou comoção intestina grave, realmente existem, sob pena de nulidade do ato e necessária concessão da ordem de soltura aos pacientes ilegalmente presos.

É possível verificar que, no Caso Macedo Soares, o voto vencido de Pedro Lessa

²³⁷ LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. *Quaestio Iuris*. v. 5, n. 2, p. 85-136, dez. 2012, p. 122.

²³⁸ BARBOSA, Ruy. *O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Rio de Janeiro, Cia. Impressora, 1892, p. 165-166.

representa uma tentativa de evitar o “vazio jurídico” que Giorgio Agamben identifica como a essência do estado de exceção. Enquanto a teoria agambeniana descreve a exceção como um espaço anômico em que a norma é suspensa para dar lugar a uma “força-de-lei” puramente mística e violenta, Lessa sustenta que a jurisdição não pode recuar, afirmando categoricamente que o Supremo Tribunal Federal deve garantir os direitos individuais lesados e que nenhum “motivo político” pode embargar tal decisão.

Ao mobilizar o paradigma norte-americano de *Ex parte Milligan*, Lessa argumenta que as garantias constitucionais permanecem híginas sempre que os tribunais civis estiverem abertos e funcionando, rejeitando a tese de que o sítio autoriza o governo a agir com arbítrio absoluto. Assim, onde Agamben aponta para uma zona de indistinção na qual o Direito se retira para se realizar como força bruta, a doutrina de Lessa insiste que o estado de sítio é apenas um “temeroso parêntese” na ordem constitucional. Para o ministro, a vontade do povo expressa na Constituição deve prevalecer sobre a vontade dos representantes, reafirmando o Judiciário como o intérprete final da Constituição e o limite intransponível à força do Executivo.²³⁹

Como visto anteriormente, a Constituição de 1891 dava ao Congresso Nacional e ao Presidente da República os poderes relacionados à decretação do estado de sítio. A interpretação desses dispositivos no meio político – mormente a partir do governo de Floriano Peixoto – era a de que cabia ao presidente da República decretar a medida excepcional, ficando o Congresso apenas com a tarefa de chancelar o ato.²⁴⁰

Entretanto, no âmbito jurídico, a interpretação era diversa. O mais efusivo defensor da tese contrária era o próprio Rui Barbosa, tanto em sua atuação como senador pelo Estado da Bahia, quanto como advogado.

Concordando com João Barbalho, Rui Barbosa entendia que o art. 34 da Constituição, ao determinar que cabia ao Congresso aprovar o sítio declarado pelo chefe do Poder Executivo, estava declarando que competia ao Parlamento, efetivamente, decretar o estado de sítio, e não apenas aprovar ou reprovar os atos do Presidente da República durante a exceção. Segundo Rui Barbosa, “com esta fórmula, o que se aprovaria, são os actos do Governo depois de declarado o sitio. Com aquella, o que se aprova, é a declaração do sitio, o acto que o declarou: a legitimidade, a conveniencia, a sensatez desse acto”.²⁴¹ Já para Barbalho, “a aprovação, de que aqui se trata, não é a de taes actos, mas, simplesmente, a decretação do

²³⁹ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 357-363, 383, 386-389.

²⁴⁰ BARBOSA, Ruy. **Commentarios à Constituição Federal Brasileira**. Vol. II. São Paulo: Saraiva e cia., 1933, p. 291-294.

²⁴¹ BARBOSA, 1933, p. 292.

sítio”²⁴².

Segundo Rui Barbosa, a simples aprovação dos atos do presidente no estado de sítio significaria “absolver-lo da responsabilidade, da acção politica da lei de responsabilidade do Presidente e seus Ministros, acção cujo Tribunal processante está na Camara dos Deputados, e cujo Tribunal julgador reside no Senado”.²⁴³

Uma discussão posta no Supremo por meio dos habeas corpus impetrados por Rui Barbosa era se o Judiciário poderia julgar a legalidade dos atos do Presidente da República antes do Congresso analisar o decreto de estado de sítio. Para Rui Barbosa, os tribunais detinham competência para tanto, principalmente porque, em muitos casos, eram atos ilegais e, portanto, nulos:

Os litigios que eu movera, firmavam-se no prejuizo material infligido aos meus constituintes pelas medidas arbitrarías do Governo durante o estado de sítio, para reclamar, contra os seus effeitos, a tutela da justiça, apoiando-se na consideração de que esses actos eram inconstitucionaes, de que, como inconstitucionaes, haviam de ser nullos, de que actos nullos não surtem resultado legal, e de que, para conhecer dessas nullidades, pronunciando-as, autoridade competente, no regimen da nossa Constituição, é a dos Tribunaes federaes.²⁴⁴

De acordo com Rui Barbosa, as teorias que defendiam o “uso curial das faculdades extraordinárias ao Executivo pela declaração do estado de sítio” eram verdadeiras “extravagancias de uma theoria constitucional manipulada para a serventia das dictaduras”, afirmando que²⁴⁵

o estado de sitio não suspende a Constituição, mas unicamente as garantias limitadas por ella ao definir esse recurso extraordinario de Governo, e, não estando entre essas a vitaliciedade das funções inamoviveis, exorbitava de nosso direito constitucional o arbitrio, que a violára;

[...] que, por consequencia, a mullidade desses excessos, perante a Constituição, era manifesta e irrecusavel; que os Tribunaes não têm autoridade, para os revogar, mas têm-n'a, indubitavelmente, para lhes negar execução, e manter contra elles o direito dos individuos, quando o caso fôr submettido á Justiça, em acção regular, pelos prejudicados.²⁴⁶

Era uma “verdade capital”, para Rui Barbosa, que os atos do governo durante o estado de sítio, mesmo com a aprovação do Congresso, não poderiam afastar a competência do Poder Judiciário para julgar “os attentados contra o direito individual e os prejuizos dahi

²⁴² BARBALHO, João, apud BARBOSA, 1933, p. 292.

²⁴³ BARBOSA, 1933, p. 292-293.

²⁴⁴ BARBOSA, 1933, p. 296.

²⁴⁵ BARBOSA, 1933, p. 297.

²⁴⁶ BARBOSA, 1933, p. 297.

oriundos”.²⁴⁷ E Rui Barbosa novamente vai ao encontro de João Barbalho, segundo quem

Os actos praticados pelo Governo e seus agentes durante o sitio, ou são conformes à Constituição e às leis, e, neste caso, subsistem, pela autoridade, pela competencia, que o Poder Executivo tem, para executal-os, não precisando então de aprovação; ou são contrarios às leis, e ferem a Constituição. Se são infringentes da Constituição, neste caso nem o Senado, nem o Congresso, nem poder algum tem a faculdade de approval-os; pela razão, que dava o grande publicista americano ALEXANDRE HAMILTON, de que a vontade do povo, expressa na Constituição, deve prevalecer sobre a vontade dos seus representantes, expressa nas leis ordinarias.

[...] Não ha competencia, para fazer lei contra ella; e a lei, assim feita, aprovando actos incons-titucionaes, seria nulla.

Pretender que, por uma votação do Congresso, os abusos, excessos e atentados podem ficar canonizados, com prejuizo da Constituição, e em detrimento dos direitos individuaes que ella patrocina, é aberrar inteiramente do regimen adoptado, e estabelecer a supremacia de um dos poderes publicos sobre a propria Constituição, donde emanam suas prerogativas; coisas inteiramente insustentaveis.²⁴⁸

Rui Barbosa entendia que a Constituição era clara ao determinar que cabia ao Congresso decretar o estado de sítio, bem como entendia que as medidas tomadas pelo Executivo durante o sítio não poderiam ultrapassar os limites definidos no texto constitucional. Para ele, era evidente que

dizendo que “a Constituição determina as medidas de repressão, que podem ser usadas” pelo Executivo, a Camara implicitamente declara que o Executivo não póde usar medidas de repressão ali não determinadas. Se, portanto, no regimen da nossa Constituição, nem o Poder Executivo, nem o Poder Legislativo a podem transgredir, sem que essas transgressões constitucionaes, de um ou de outro, incorram na mesma incompetencia, na mesma ilegitimidade, na mesma nullidade, a incompetencia, a illegitimidade, a nullidade communs a todos os actos violatorios da lei constitucional, claro está que, se nesse vicio incorrerem os actos do Poder Executivo, não o sanará o acto do Poder Legislativo, igualmente vicioso, que os aprovar.

“Noção corrente é, de feito, entre os constitucionalistas que, no uso do estado de sitio, o Poder Executivo exerce meramente um mandato *ex-lege* do Poder Legislativo”, defendia Rui Barbosa, afirmando, ainda, que

essa é a doutrina manifesta da Constituição Brasileira, art. 80, pelo qual o Poder Executivo: 1.º) não póde promulgar o estado de sitio, senão quando não estiver reunido o Congresso, e a patria correr iminente perigo; 2.º) tem de dar contas ao Congresso, tanto que se reuna, do emprego dessa medida, e responder ao Congresso por ella; 3.º) não dispôr, no exercicio de tal arbitrio, senão de parte das faculdades confiadas ao Congresso, a saber: as definidas taxativamente no § 2º.²⁴⁹

²⁴⁷ BARBOSA, 1933, p. 298.

²⁴⁸ BARBALHO, João, p. 124-125 apud BARBOSA, 1933, p. 299.

²⁴⁹ BARBOSA, 1933, p. 310.

E, para o doutrinador, caberia ao Congresso julgar os atos presidenciais que ultrapassassem os limites constitucionais definidos para o estado de sítio, não sendo possível, em hipótese alguma, a suspensão das imunidades parlamentares durante a exceção, visto que, segundo Barbosa, a Constituição de 1891 teria criado apenas um único modo de frear os “abusos possíveis do Governo durante o estado de sítio: a judicatura das duas Camaras; e a theoria da suspensão das imunidades parlamentares abole praticamente essa garantia, a unica remanescente contra o despotismo do Executivo”.²⁵⁰

A tese de que, sob a égide da Constituição de 1891, no art. 34, caberia ao Congresso decretar o estado de sítio também já havia sido defendida pelo jurista baiano Filinto Justiniano Ferreira Bastos, em 1914, na obra *Manual de Direito Público e de Direito Constitucional Brasileiro*: “Conta-se entre as attribuições do Congresso Nacional declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergencia de aggressão por forças estrangeiras, ou de commoção intestina, e aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsaveis, na ausencia do Congresso.”²⁵¹

A invocação de Filinto Bastos não é fortuita nem se esgota na questão da competência. Seu *Manual* de 1914 é também um repositório da doutrina clássica do Estado que, no Brasil, forneceria o vocabulário de fundo da exceção. Nele, o Estado comparece como “a ordem organizada para o direito”, e a Constituição, como “a lei fundamental do Estado, que determina a forma e o exercicio do poder publico” (Filinto Bastos, 1914). Mais do que isso: assentado o dogma da soberania, Filinto Bastos reconhece ao Estado um direito intrínseco de defesa da própria existência, que autoriza a ação suprema de “jugular as revoltas intestinas” e de assegurar a “conservação do organismo social” em nome da ordem – doutrina em que ecoam, entre outros, Ahrens, Cogliolo e DuPont White.

Ao erigir a conservação do Estado em fim primordial e a soberania em dogma supremo, essa construção oferece de antemão o arcabouço pelo qual o interesse de Estado pode sobrepor-se às garantias individuais. Não é exagero ler aí algo como um DNA da exceção: a matriz teórica do Estado como tutor da ordem precede e fundamenta, na cultura jurídica brasileira, a legalidade das instituições de exceção – a mesma gramática que, em 1964, seria evocada para justificar a supremacia do interesse público sobre os direitos fundamentais e dar feição jurídica ao golpe. O que em Rui Barbosa surge como limite ao arbítrio, em boa parte da

²⁵⁰ BARBOSA, 1933, p. 312.

²⁵¹ BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. *Manual de Direito Público e de Direito Constitucional Brasileiro*: de conformidade com o Programma da Faculdade de Direito da Bahia. Bahia: Livraria “Duas Américas”; Joaquim Ribeiro & Co., 1914, p. 362.

doutrina sua contemporânea já comparece como autorização: é a face autoritária da legalidade – a legalidade autoritária de que fala Anthony Pereira e a utopia autoritária descrita por Carlos Fico – incubada no interior do próprio constitucionalismo.

Além da imunidade parlamentar, Rui Barbosa defendia que não se podia suspender quaisquer garantias constitucionais durante o estado de sítio, mas apenas aquelas definidas pelo texto constitucional, pois não se tratava de uma suspensão de toda a Constituição:

Tendo, pois, todo esse vasto significado a expressão garantias constitucionaes, interpretes de boa vontade, applicando ao art. 80 da Constituição brasileira o criterio desta definição irrecusavel, facilmente concluiriam que na fórmula da suspensão das garantias, em que se traduz o estado de sitio, se envolve a suspensão de toda a ordem politica, um verdadeiro parenthesis na independencia do Poder Ju-diciario e do Poder Legislativo, absorvidos ou dominados pelo Governo, livre de todos os obstaculos opostos pela coexistencia daquelles dois ramos da autoridade a autocracia do Executivo.²⁵²

Essa leitura ruiana é, nesse ponto, o avesso daquilo que prevaleceria em 1964: para Rui Barbosa, o estado de sítio não suspende a Constituição, mas apenas as garantias que ela própria, taxativamente, autoriza suspender, de sorte que os atos excessivos do Executivo são nulos e permanecem sindicáveis pelo Judiciário. É precisamente essa fronteira – entre suspender garantias dentro da Constituição e suspender a Constituição por inteiro – que a ditadura militar dissolveria ao editar normas situadas, conforme se discute nos capítulos 3 e 4, acima, abaixo ou ao lado da Constituição. O caminho liberal entrevisto por Rui Barbosa seria, então, a estrada não percorrida.

Quanto à possibilidade de decretação do estado de sítio em decorrência da chamada comoção intestina, Rui Barbosa entendia que a interpretação do que seria essa comoção intestina deveria ser restritiva e equiparando aos efeitos de uma guerra externa. Novamente em consonância com João Barbalho, para quem a “comoção intestina” só justifica a medida quando assuma proporções tais que o perigo para a pátria se iguale ao de uma guerra ou agressão estrangeira – tanto que a Constituição as equiparou, delas tirando até o nome de “estado de sítio” –, de modo a só se admitir o emprego de meios tão extremos quando o perigo não possa ser destruído senão pelos meios usados na própria guerra.²⁵³

Outra questão cara a Rui Barbosa era a natureza do estado de sítio, no sentido de ser repressivo ou preventivo. Para ele, o estado de sítio somente poderia ser admitido na modalidade repressiva, equiparando-o à legítima defesa em caso de guerra, assim se

²⁵² BARBOSA, 1933, p. 317-318.

²⁵³ BARBOSA, 1933, p. 344-345.

manifestando perante o Senado:

A verdade é esta: cientificamente, o estado de sítio é repressivo; o seu criterio juridico é justamente o criterio juridico da legitima defesa... Não é só pelo criterio juridico que o estado de sítio é uma medida repressiva; é mister ainda atender para os motivos politicos que determinaram a sua criação.

[...] Não tenho, portanto, srs. Senadores, motivo algum para discrepar uma linha das minhas antigas opiniões a este respeito. Para mim, hoje, como ha 22 annos, hoje, como em 1892, o estado de sítio é uma medida excepcional, de ordem repressiva. Só uma agressão estrangeira, só uma insurreição declarada, só uma commoção intestina, manifestada por factos extremos desta natureza, o podiam justificar, taes as circumstancias em que elle foi concedido em 1892, em 1894, como em 1895, ao sr. Marechal FLORIANO PEIXOTO.²⁵⁴

Para João Barbalho, que havia sido deputado constituinte da Constituição de 1891 e ministro do Supremo, além de ser evidente a competência do Congresso para declarar o estado de sítio, ao encontro de Rui Barbosa, a Constituição de 1891 também permitia a responsabilização dos agentes públicos durante o sítio, em caso de abusos, afirmando, em 1908 que

As autoridades que tenha ordenado taes medidas respondem pelos abusos que nisso se derem, e o governo relatará ao Congresso Nacional, motivando-as, logo que este se reunir, as medidas de excepção que houverem sido tomadas. A responsabilidade é um correctivo e o relatório aos representantes do povo um meio de instruil-os quantos aos factos occorridos e de facilitar-lhes a vigilancia sobre tão grave objecto.²⁵⁵

Pouco antes de Rui Barbosa, retomando Montesquieu, Alfredo Varela, no livro *Direito constitucional brasileiro*, de 1899, faz uma crítica à separação dos poderes e afirma que os constituintes da Constituição de 1891 erraram ao dividir as competências de cada um dos poderes. Nesse sentido, diz que os parlamentares constituintes de 1891 “proclamam a necessidade da divisão de poderes e os embaralham incoerentemente na pratica”.²⁵⁶

Desse embaralhamento, Varela entendia que a “nossa Constituição, por exemplo, confia ao poder legislativo attribuições puramente administrativas, da competência indiscutível do executivo”. Um dos exemplos que Varela cita é justamente a competência para declarar o estado de sítio. Alfredo Varela, nesse sentido, defendia um chefe do executivo forte. Entendia que o regime monárquico traz vários benefícios, dada a possibilidade de o “magistrado supremo” da nação ter toda uma vida para se inteirar dos assuntos de Estado. Para ele, a periodicidade dos mandatos gerava muitos malefícios, pois não garantia a estabilidade que as instituições democráticas necessitam. Falava da possibilidade de um “systema da presidência

²⁵⁴ BARBOSA, 1933, p. 355.

²⁵⁵ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908, p. 41.

²⁵⁶ VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro – reforma das instituições nacionaes*. Rio de Janeiro: Typographia, 1899, p. 141-142.

vitalícia”, tal como Hamilton, afirma, propôs aos americanos e como Bolívar propôs ao Alto-Perú.²⁵⁷

Silva Marques, na 2ª edição do seu livro *Elementos de direito público e constitucional*, publicado em 1919, tratava do estado de sítio com muitas ressalvas. Para o autor, o estado de sítio é “uma medida de segurança publica que suspende momentaneamente o imperio das leis ordinarias e priva os habitantes do territorio do beneficio de certas garantias individuaes”, e, por conta disso, “é natural e de toda necessidade que a sua decretação não fique á mercê das paixões de momento, isto é, seja regulada no proprio estatuto politico que assegura a todos a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade.” Reconhecia Silva Marques a necessidade de limites para a atuação dos governantes durante o estado de sítio, bem como a possibilidade de responsabilização, afirmando que “autoridades que ultrapassarem esses limites serão responsaveis pelos abusos commettidos”. Era por conta disso, afirmava, “que a constituição exige que, reunido o congresso, o presidente da Republica lhe relate, motivando-as, as medidas de excepção que houverem sido tomadas”.²⁵⁸

Nesse sentido,

Pelas medidas de repressão autorizadas na constituição vê-se que o estado de sitio não tem outro efeito senão a suspensão do habeas-corpus que é o instituto garantidor das liberdades individuaes. Desde que esta garantia esteja suspensa é claro que fica também á mercê do Executivo à liberdade de reunião, de imprensa e de tribuna que é justamente o meio de que dispõem os cidadãos para provocar a agitação politica. Suspende se também, pelo mesmo motivo, o direito de livre transito, podendo ser exigido passaporte dos que se destinarem a outros pontos do territorio nacional ou a paiz estrangeiro.²⁵⁹

Na conturbada Primeira República, contexto político em que sua obra foi escrita, Silva Marques fazia uma crítica aos abusos na utilização do estado de sítio, especialmente quando não respeitados os limites impostos pela Constituição de 1891. Dizia o doutrinador:

Assim, porém, não tem sido compreendida essa medida excepcional quanto aos seus effeitos. O governo não se limita á acção que lhe é facultada pelo texto constitucional, suspende a própria constituição e crea uma verdadeira situação de facto de que a lei fundamental não cogitou nem permite, e dentro della commettem-se as maiores violencias tantomais odiosas quanto desnecessarias.

Silva Marques argumenta que muitos confundem “o estado de sitio, medida

²⁵⁷ VARELA, 1899, p. 193-204.

²⁵⁸ MARQUES, Silva. **Elementos de direito público e constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Benjamin de Aguilá, 1919, p. 320-321

²⁵⁹ MARQUES, 1919, p. 320-321.

autorizada e regulada pela constituição (como se esta pudesse autorisar e regulamentar abusos!) com a vigencia da lei marcial em que se dá a suspensão de todos os poderes politicos cujas funções passam a ser exercidas pela autoridade militar no lugar em que ella é declarada.”²⁶⁰

Silva Marques dizia que, “infelizmente os abusos não se têm dado somente quanto às medidas tomadas durante o estado de sitio, mas também em relação às causas invocadas para a sua declaração”.⁵⁷ Defendia o autor que “a constituição só permite a decretação dessa medida em casos de agressão estrangeira ou commoção intestina, correndo a patria imminente perigo”. Para ele, “a verdade é que todos os estados de sitio, salvo a época do Marechal Floriano, têm sido decretados em virtude de arruaças provocadas pela policia a mandado do proprio governo”.²⁶¹ E criticava a passividade do Poder Legislativo diante de decretos abusivos do estado de sítio, pois

o congresso têm sempre votado a medida sem causa real, por covardia ou subordinação ao Executivo, e o presidente da Republica, na ausencia d'aquelle, tem sido levado muitas vezes a abusar do estado de sitio sob pressão dos seus ministros ou conselheiros, desejosos de perseguir adversarios ou realizar comodamente negociatas rendosas sem os protestos da imprensa livre.²⁶²

Antônio de Sampaio Dória, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que havia sido demitido desse cargo em 1937 pela ditadura do Estado Novo²⁶³, publicou em 1953 a 3ª edição do seu manual intitulado *Direito Constitucional*. Nessa obra, defende que são “anormais” os governos impostos pela força. Ao comentar o art. 1º. da Constituição de 1946, dizia que a expressão “todo poder emana do povo” significa que a Constituição repele toda forma de governo que exerça o poder sem mandato popular.²⁶⁴

Argumentava que os governos absolutos – as tiranias, ditaduras ou estados totalitários – exerciam o poder sem barreiras jurídicas ou morais. Defendia, contudo, a ideia de “dictaduras de transições”. A partir da ideia de que nem todos os povos são ou estão aptos ao exercício da liberdade, ou quando passam por momentos de “anarquia”, entendia que é necessária a supressão temporária de liberdade para o restabelecimento da ordem. Para o autor, mesmo aqueles povos com organização política razoável poderiam passar por “eclipses de bom senso”, no qual a ordem só se obtida com o sacrificio temporário de algumas liberdades.²⁶⁵

²⁶⁰ MARQUES, 1919, p. 321-322.

²⁶¹ MARQUES, 1919, p. 322.

²⁶² MARQUES, 1919, p. 322.

²⁶³ LIMA, Mariana. **Antonio de Sampaio Doria**. Disponível em: <<http://www.cedu.ufal.br/grupopesquisa/gephecl/livros-fragmentos/>> Acesso em: 9 jan. de 2023.

²⁶⁴ DÓRIA, Antônio de Sampaio. **Direito Constitucional** – curso e comentários à Constituição. Primeiro tomo. 3. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1953, p. 76-77.

²⁶⁵ DÓRIA, 1953, p. 85-86.

Nessa linha, afirmava que “nas fases excepcionais de anarquia, compreende-se que, para restaurar a ordem, se dilate a esfera de acção do poder público, com restrições temporárias da liberdade”. Para ele, “não há outro remédio, para restabelecer o juízo ao povo, que perdera o sentimento da ordem e da disciplina. Mas, restaurada a ordem, restabelecido o bom senso popular, para que subsistir poder excessivo contra a liberdade dos cidadãos? As ditaduras de transição devem cessar, com a cessação da causa que as tenha gerado.”²⁶⁶

Mas, Sampaio Dória alertava que a supressão total da liberdade era um “erro, abuso, crime, traição dos governantes aos governados”. Entendia que o sufrágio universal “desleixado pode trazer alguns ‘azares prováveis’, decorrentes da possibilidade de colocar a democracia em ‘mãos inábeis’ ou em ‘corações desonestos’”. Por isso, compreendia “que o princípio da igualdade levado ao extremo pode vir a ser a maior parte das injustiças”.²⁶⁷

Não ignorava a importância dos regimes democráticos, mas afirma que as “democracias desavisadas” podem enfraquecer a civilização, podem se tornar mera “teratologia social” ou “um monstro, ‘um rei com milhões de braços, um ventre, nenhuma cabeça, e uma coroa por cima’”. Para Sampaio Dória, quando a democracia não sabe se organizar, acaba se assemelhando a uma loteria. Quando ocorrem esses problemas em regimes democráticos, ou seja, uma situação de emergência, Sampaio Dória defendia que “as ditaduras, os plenos poderes do govêrno, podem ser medidas que urgem e salvam”. Nesse momento excepcional, dizia, o governo deve ser forte para não destruir a liberdade, com poderes extraordinários ao chefe do executivo, como o estado de sítio, o estado de alarma, a suspensão do habeas corpus, o estado de guerra e a lei marcial. “Armado com tais poderes, é fácil ao govêrno sufocar a anarquia, restabelecer a ordem pública e o domínio da lei, para resguardar a justiça, ou ressuscitar a liberdade perdida”. Sampaio Dória entendia, nessa linha, que a quase “ditadura” criada pela lei e os “plenos poderes” dados aos governos nesse caso, que estão longe de serem contrários os regimes liberais, são a prova de há “soluções jurídicas para esmagar a anarquia”.²⁶⁸

Nesse contexto, como outra forma de conter uma “sociedade anarquizada”, Sampaio Dória defendia a possibilidade da “ditadura das sublevações militares, golpes de estado, que se propõem a restaurar o regime da lei”. “Embora com sacrifício da liberdade, podem ser tais ditaduras, em desespero de causa, remédio salutar”, dizia. Sampaio Dória fazia, contudo, o alerta sobre o aspecto derradeiro dessa modalidade de ditadura, caracterizando-a,

²⁶⁶ DÓRIA, 1953, p. 86.

²⁶⁷ DÓRIA, 1953, p. 171.

²⁶⁸ DÓRIA, 1953, p. 170-173.

inclusive, como imprudente. Argumentava que, uma vez cessadas as causas dessa ditadura, sem demora, é necessário o retorno ao “império da lei, ao regime da liberdade, remetindo o povo reorganizado na posse de si mesmo”. Distinguia essa ditadura das autocracias, o que chamava de ditaduras condenáveis, que são regimes permanentes de extremistas de esquerda e de direita. Afirmava que estes são regimes de força, nos quais os ditadores têm autoridade ilimitada e se tornam “inimigos da liberdade”.²⁶⁹

Convém demorar-se nessa doutrina, porque nela o autoritarismo não é exterior ao direito constitucional: é por ele formulado. As “ditaduras de transição”, a supressão dita temporária da liberdade para “restabelecer o juízo ao povo” e a exclusão dos “incapazes” – analfabetos, “dementes” e, “nalguns países, as mulheres” – compõem uma gramática que naturaliza a exceção e hierarquiza os sujeitos de direito segundo uma suposta idoneidade. É a mesma lógica que, depurada de constrangimentos, a ditadura militar levaria ao limite: a de que há momentos em que a ordem reclama o sacrifício, sempre dito provisório, das liberdades. Em Sampaio Dória, a utopia autoritária descrita por Carlos Fico – a crença em que a violência de exceção seria o preço de uma ordem futura – encontra expressão doutrinária décadas antes de 1964.

Sampaio Dória diz que é a igualdade geral perante a lei que ambienta a democracia. Para ele, a democracia é constituída de três princípios mínimos e irreduzíveis, quais sejam, o “consentimento dos governados na investidura ao poder”, o “consentimento dos governados no exercício do poder” e a “responsabilidade dos governantes perante os governados”. O primeiro nada mais é do que a eleição dos governantes pelo povo. Sampaio Dória define povo ou governados “como o conjunto dos cidadãos capazes”. Segundo o doutrinador, a rigor, apenas os cidadãos inativos seriam governados, já que, numa democracia, os cidadãos ativos se governam a si mesmos. No entanto, continua Sampaio Dória, “quando se fala em consentimento dos governados, está-se excluindo precisamente os incapazes, os inativos, os que não consentem, nem discutem, os apolíticos, os que estão, pro qualquer motivo, sem voz que decida, ou se ouça, nos problemas públicos”. Como exemplos de “inativos”, Sampaio Dória cita as crianças, estrangeiros, criminosos, analfabetos, “dementes” e, “nalguns países, as mulheres”, afirmando que, basicamente, estão nesse grupo as pessoas “sem idoneidade intelectual ou moral para o exercício do voto”. Para Sampaio Dória, portanto, o povo que pode consentir com um governo é formado apenas pelos cidadãos aptos ao voto, os capazes – configurando o que chama

²⁶⁹ DÓRIA, 1953, p. 172-173.

de “igualdade política”.²⁷⁰

Já o segundo traz a necessidade dos governantes, após eleito, governarem em respeito aos interesses do povo, com mandatos temporários. E o terceiro princípio trata da necessidade de responsabilizar politicamente os governantes que extrapolem os limites do mandato. Sobre a capacidade eleitoral, Sampaio Dória sustentava que o voto deve recair nos mais idôneos, e não nos “inferiores” de quem se espere recompensa ou favor – o que rebaixaria o dever cívico a “negócio de economia doméstica” –, exigindo do eleitor, ao lado da capacidade intelectual, independência e que fosse “antes do mais, homem de bem”. Donde concluía “que o povo constituinte, o povo competente para escolher seus dirigentes, não é a totalidade dos habitantes do país”.²⁷¹

Para Sampaio Dória, a ordem jurídica interna é dependente de quatro fatores: (i) existência de uma constituição rígida, com os limites dos poderes executivo, legislativo e judiciário; (ii) liberdade de opinião para que o povo exerça a crítica, sem censura oficial; (iii) organização da opinião pública em partidos e (iv) a fidelidade das forças armadas ao dever constitucional de defesa da pátria e garantia da lei, da ordem e dos poderes constituídos e constitucionais. Afirmava que a Constituição de 1946 assinalou esse dever das forças armadas de modo claro no art. 177, quando diz que “Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem”.²⁷²

Para ele, o que “distingue as grandes democracias, como na Inglaterra, nos Estados Unidos, das democracias incipientes, ou de fachadas, em certos países da América, é o alheamento das forças armadas às actividades político-partidárias”. Para Sampaio Dória, nas grandes democracias, o soldado que continue em seu posto militar e, ao mesmo tempo, exerça a política militante, abraçará uma profissão cuja técnica ignora. Entende que “o transvio das armas, para intimidar o povo, e ditar leis, é, para o soldado, transgressão ao juramento de fidelidade aos deveres militares, e, para a sociedade, a catástrofe da substituição da soberania do povo pela onipotência das armas”. Para Sampaio Dória, a Constituição de 1946 preservava o povo desse confisco da soberania com o disposto no art. 176, que trazia a finalidade das forças armadas: “são instituições nacionais permanentes, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei”.²⁷³

Lido à luz do que viria em 1964, esse capítulo de Sampaio Dória é particularmente

²⁷⁰ DÓRIA, 1953, p. 179-184.

²⁷¹ DÓRIA, 1953, p. 181-184; 313.

²⁷² DÓRIA, 1953, p. 247-248.

²⁷³ DÓRIA, 1953, p. 248.

eloquente: a doutrina confiava às Forças Armadas o papel de garantes da “lei e da ordem” e da Constituição, fórmula que o regime militar inverteria ponto a ponto, invocando exatamente esse dever de “garantia da ordem” para, em nome dele, capturar a soberania do povo que o autor temia ver confiscada.

Já sob a égide da Constituição de 1946, Pedro Calmon, no seu Curso de Direito Constitucional Brasileiro, de 1954, defende que “o regime republicano brasileiro abusou do sítio em tôdas as suas modalidades: preventivo, repressivo, até permanente”. Para ele “faculdade privativamente do Congresso Nacional, o Executivo a utilizou, durante as férias parlamentares, enfeixando, nessas ocasiões, como em virtual ditadura, todos os poderes inerentes aos governos absolutos”.²⁷⁴

Foram esses exageros do passado que

influenciaram o constituinte de 1946 (como em 1934), que procurou, na espécie, aproveitar minuciosamente as lições da experiência, as queixas doutrinárias, a sistemática prevenção contra as costumeiras arbitrariedades. Isso explica a redação prolixa do art. 207. Pode-se dizer que ampara suficientemente os direitos do cidadão: define como nenhum outro dispositivo constitucional, o liberalismo da nossa organização política.²⁷⁵

Durante o estado de sítio, defende Calmon que “o Judiciário poderá interferir - conhecendo dos ‘habeas-corpus’ impetrados - quando a inconstitucionalidade for evidente”, de modo que, “declarada ilegal a coação, fará libertar os pacientes”. “Mantém, a despeito da situação anormal, vigilante e ativa a sua função de sobrepor a Lei Suprema aos caprichos do Executivo”.²⁷⁶

Por sua vez, Waldemar Martins Ferreira, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, afirma que o executivo é o único poder personalizado dentre os demais poderes, além de ser unipersonalizado num “homem encarnado”. Mas, adverte Ferreira, apesar dessa situação o ímpar do poder executivo, o Presidente da República não é um senhor todo poderoso, visto que suas ações estão delimitadas pela Constituição. Nessa linha, para Waldemar Martins Ferreira, decretar estado de sítio é uma atribuição política do Presidente da República.²⁷⁷

Paulo Dourado de Gusmão, Professor de Filosofia do Direito da Faculdade

²⁷⁴ CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Constituição de 1946. 4. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, p. 293.

²⁷⁵ CALMON, 1954, p. 293.

²⁷⁶ CALMON, 1954, p. 296.

²⁷⁷ FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 206-209.

Nacional de Direito da Universidade do Brasil (atual UFRJ), em sua obra *Manual de Direito Constitucional*, de 1957, diz que “os direitos e as garantias individuais, asseguradas pelas constituições modernas, nas declarações de direitos, podem ser, temporariamente, suspensos pelo ‘estado de sítio’ ou ‘estado de emergência’”. Segundo o autor, “o estado de sítio é uma forma de reforço dos poderes do Governo, tendo em vista a segurança do Estado e das instituições fundamentais”. Dourado de Gusmão afirma “o Chefe de Estado – rei, Presidente da República – tem, em relação aos demais poderes, uma posição especial: representa a unidade do Estado”. Por conta disso, “o Presidente da República é eleito, direta ou indiretamente, para um período presidencial determinado”.²⁷⁸

Defende que o

Governo parlamentar supõe maturidade política, espírito público acentuado, tradição parlamentarista, poucos e sólidos partidos políticos, e que seja arraizada e praticada a convicção de que os problemas políticos só devem ter soluções políticas e não soluções militares. Sem êsses requisitos, o parlamentarismo será fonte de instabilidade política e de descontinuidade do Governo. Fora desses casos, o presidencialismo é a melhor forma de governo, sendo um fator de ordem interna e de garantia da estabilidade das instituições.²⁷⁹

Gusmão defende a participação popular e o que chama de “governo popular direto”, citando Rousseau como seu maior defensor. Diante disso, afirma:

A crise dos sistemas representativos e do parlamentarismo tem levado alguns constitucionalistas a defenderem a participação direta do povo no Governo. No entanto, há quem sustente que o apelo às massas, juntamente com o controle dos meios de propaganda e de difusão do pensamento, podem transformar, como sustenta FRIEDRICH, a intervenção direta do povo em instrumento de governo ditatorial.²⁸⁰

De acordo com o doutrinador “a doutrina tem denominado ‘governo de fato’, em contraposição ao governo de jure, os governos que não obedeceram, em sua formação, aos preceitos constitucionais”. Esses governos de fato “surtem à margem da Constituição, que revogam a Constituição vigente e que criam novas constituições, destinadas a validá-los e a regê-los”. Por conta disso são “governos revolucionários, que conquistam o poder por processos revolucionários (revolução ou golpe de Estado)”. Gusmão, entende que a “revolução ou o golpe de Estado são fontes de direito e, sendo assim, o Governo instituído pelos referidos processos revolucionários é um Governo legítimo, Governo de jure, desde que consolidado com o decurso

²⁷⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 43; 125; 146.

²⁷⁹ GUSMÃO, 1957, p. 146.

²⁸⁰ GUSMÃO, 1957, p. 152.

do tempo, acabando por ter o apoio popular”.²⁸¹

Essa passagem é das mais reveladoras de todo o percurso. Ao afirmar que “a revolução ou o golpe de Estado são fontes de direito” e que o governo de fato, “consolidado com o decurso do tempo”, converte-se em governo de jure, Gusmão antecipa, em 1957, a própria racionalidade que a ditadura mobilizaria a partir de 1964: a de fundar no direito – e não contra ele – o seu exercício do poder. É a doutrina pondo em fórmula aquilo que esta Tese sustenta ser o traço distintivo da exceção brasileira: operar através do direito. Não por acaso, como sustentei em estudo anterior, o Ato Institucional n. 1 se apresentaria como uma espécie de norma fundamental do novo ordenamento, no registro kelseniano retomado nos capítulos seguintes – um golpe que se quer fonte, e não negação, da juridicidade.

Afirma que, ao contrário da Constituição de 1937, a Constituição de 1946 “se manteve fiel às nossas tradições constitucionais”²⁸², pois

foi elaborada em um clima de violentas paixões políticas, numa época em que não havia a predominância de uma orientação política e ideológica. Dessa forma, a nova Constituição tem um conteúdo eclético, procurando controlar o mais possível os poderes do Presidente da República, caindo, muitas vezes, no casuísmo, regulamentando matéria que deveria ser deixada à legislação ordinária. Mesmo assim, a nova Constituição, apesar dos pesares, se mostrou digna do nosso patrimônio jurídico e cultural.²⁸³

O professor e futuro ministro do Supremo, Themístocles Cavalcanti, em seu Manual da Constituição, de 1960, defende que “pouco importa a colocação da matéria no texto constitucional, o que caracteriza o estado de sítio, por sua natureza e em seus efeitos, é a suspensão das garantias constitucionais, para assegurar a ordem interna e externa”, garantindo-se a “ordem material, mas também a ordem jurídica, isto é, as instituições nacionais”. Para o doutrinador, “essa providência que deve ter no Congresso o contrato da sua medida, no tempo e no espaço, pode abranger uma ou mais garantias individuais, notadamente as que visam à proteção legal do indivíduo contra a União sem processo e culpa formada”.²⁸⁴ Para ele,

o que domina nesses períodos é a ação discricionária do Governo no apreciar a conveniência e oportunidade de providências que visam à proteção da ordem pública. Os antecedentes históricos da nossa vida política, notadamente os períodos de governo do Marechal Hermes e do Presidente Bernardes, inspiraram certo número de cautelas contra os excessos da autoridade.²⁸⁵

No prefácio da 2ª. edição, em 1951, Pinto Ferreira começa dizendo que a verdadeira

²⁸¹ GUSMÃO, 1957, p. 153.

²⁸² GUSMÃO, 1957, p. 248.

²⁸³ GUSMÃO, 1957, p. 248.

²⁸⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Manual da Constituição**. Rio de Janeiro: Zahar, 1960, p. 194-195.

²⁸⁵ CAVALCANTI, 1960, p. 195.

solução objetiva para os problemas da pátria e da humanidade está no socialismo liberal, humanista e científico. Afirmar que força alguma pode deter a marcha do Estado contemporâneo para o socialismo. Para Pinto Ferreira, poder constituinte é o poder de criar e de revisar a constituição. “É um poder supremo, originário, dotado de soberania, com uma capacidade de decisão em última instância”. O titular do poder constituinte pode ser um rei ou um ditador, uma classe ou o próprio povo.²⁸⁶

De acordo com Pinto Ferreira, a Constituição de 1937 foi o documento de regência do novo sistema político, originado de uma contrarrevolução contra o socialismo proletário, um golpe de Estado “que esmagou a democracia social liberal-burguesa”. Afirmar que a Constituição de 1937 estabeleceu a “preeminência do Executivo frente aos poderes clássicos do legislativo e do judiciário, criando uma ditadura *sui-generis*, que se propunha a conciliar os interesses do trabalhismo incipiente com as tendências conservadoras do capitalismo”. Afirmar que a Constituição de 18 de setembro de 1946 teve três fontes principais de influência: a Constituição norte-americana de 1787 (descentralização e federalismo), a Constituição francesa de 1848 e a Constituição de Weimar (democracia social). Entretanto, diz Pinto Ferreira, a Constituição de 1946 insistiu demais “na índole conservadora da burguesia esclarecida”. Pinto Ferreira entendia que era a democracia socialista, e não a democracia social, o imperativo do constitucionalismo moderno posterior à Segunda Guerra.²⁸⁷

E sobre a supremacia da Constituição, Pinto Ferreira retoma Carl Schmitt, na obra *Teoria da Constituição*, o qual afirma que há uma graduação no sistema constitucional, ou seja, uma distinção entre “constituição” e “lei constitucional”, com a primazia da constituição sobre as leis constitucionais. Pinto Ferreira cita diretamente Schmitt: “uma constituição é uma decisão total sobre o tipo e forma de unidade política”, é uma decisão sobre a forma fundamental da vida estatal. Na 2ª edição do livro *Da Constituição*, de 1956, Pinto Ferreira dedica um longo capítulo à discussão sobre “a suspensão das prescrições legal-constitucionais e o estado de sítio”. Começa afirmando que, de fato, a supremacia jurídica das constituições deve ser limitada nos momentos graves que ameaçam a unidade e a própria existência do Estado. Trata-se, segundo Pinto Ferreira, de “uma suspensão das regras legal-constitucionais diante da necessidade superior de salvação do Estado”, situação que exige um reforço do poder executivo.²⁸⁸

²⁸⁶ PINTO FERREIRA, Luís. **Da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956, p. 111-112.

²⁸⁷ PINTO FERREIRA, 1956, p. 112-115.

²⁸⁸ PINTO FERREIRA, 1956, p. 117-118.

Deste cenário, afirma Pinto Ferreira, decorre o “estado de necessidade”, este explicado por duas doutrinas que o autor considera divergente e contraditórias. A primeira é a teoria da necessidade para o Estado em benefício do próprio Estado, defendida por Gerber, von Ihering, Jellinek e Koehler, segunda a qual “a necessidade não conhece o direito”. Segundo Pinto Ferreira, Ihering sintetizou essa teoria ao compreender que o fim supremo do Estado e do direito é a salvaguarda e conservação da sociedade, de modo que o direito existe por causa da sociedade, nunca o contrário. Nessa situação de necessidade, o Estado é obrigado a sacrificar o direito para salvar a sociedade. A segunda teoria, explica Pinto Ferreira, é defendida por Barthélemy, Duez e Le Fur, para quem há uma supremacia do direito sobre o interesse do Estado, rejeitando a supremacia do Estado sobre o direito. Essa teoria entende que não existe direito de necessidade em proveito do Estado. Pinto Ferreira diz que essa segunda teoria foi a solução ponderada no moderno estado de direito, democrático e constitucional, que propôs uma regulamentação jurídica à ampliação dos poderes do executivo nos momentos de crise do Estado. Esse “reforçamento do executivo”, diz Pinto Ferreira, é estabelecido previamente no próprio texto da constituição, “legalizando assim as medidas administrativas, que porventura venham a ser tomadas”²⁸⁹.

Pinto Ferreira segue o entendimento de Duez e Barthélemy, no sentido de que não existe “direito de necessidade” e que o “princípio capital moderno é o reino da lei, mesmo em tempo de crise”. Afirma que: “O estado de sítio é justamente a instituição legal, prevista na própria constituição do Estado-de-Direito, a fim de legalizar êsse robustecimento do poder executivo, nos casos concretos de perigo iminente, derivado de guerra estrangeira ou de insurreição armada.”²⁹⁰

Pinto Ferreira faz um rápido comentário sobre as “bem complexas” origens do estado de sítio, citando alguns exemplos. Um desses é o art. 48 da Constituição Alemã de Weimar, “que excepcionalmente quase permite a ditadura”, visto que realizava uma grande concentração de poder nas mãos do chefe do executivo e, assim, tornava tênue a divisão entre estado de direito e ditadura. O autor afirma que Carl Schmitt entendia que o art. 48 da Constituição de Weimar efetivamente concedia poderes ditatoriais ao Presidente do Reich, possibilitando a regulação daquilo que Schmitt chama de “ditadura típica”.²⁹¹

Ainda sobre o art. 48 da Constituição de Weimar, diz Pinto Ferreira: “Êsse

²⁸⁹ PINTO FERREIRA, 1956, p. 118.

²⁹⁰ PINTO FERREIRA, 1956, p. 119.

²⁹¹ SCHMITT, Carl. Die Diktatur von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen. 1928 apud PINTO FERREIRA, 1956, p. 119.

robustecimento se salienta, sobretudo, pelos poderes conferidos ao executivo de suspender provisoriamente os direitos fundamentais, como sejam a liberdade pessoal, a inviolabilidade de domicílio e a de correspondência, a liberdade de imprensa e de censura, as liberdades de reunião e de associação, e enfim o clássico direito burguês da propriedade”. Diz que o art. 48 aparecia como o mais importante de toda a Constituição de Weimar.²⁹²

Pinto Ferreira entende que a suspensão provisória das garantias constitucionais não configura uma ditadura, mas sim uma defesa do ordenamento jurídico vigente, cuja competência é do poder executivo e está previamente no texto constitucional. Por outro lado, Pinto Ferreira lembra que há autores como Schmitt e Leibholz que defendem a possibilidade de uma ditadura democrática, e que, a partir disso, fazem a distinção entre democracia, ditadura e despotismo. Diz Pinto Ferreira que Gerhard Leibholz afirma não ser absoluta e incondicionada a oposição entre ditadura e democracia, podendo haver uma combinação de ambas, sendo que a ditadura não seria permanente. Segundo Pinto Ferreira, essa compreensão de Leibholz sobre a ditadura também é acompanhada por Carl Schmitt, para quem a ditadura visa facilitar a própria existência da constituição, o que a diferencia do despotismo. Discorda de Schmitt e Leibholz, lembrando que suas teorias políticas e jurídicas ganharam evidência na Alemanha nazista. Segundo Pinto Ferreira, uma ditadura democrática é uma contradição lógica. E continua: “Na verdade, o sentimento schmittiano da ditadura desserve à teoria e à prática da democracia, enveredando pelo caminho ideológico que seria utilizado pela ditadura nazista, da qual Schmitt tornou-se inconscientemente um servidor, na elocubração da idéia da ditadura democrática ou plebiscitária”.²⁹³

Para Pinto Ferreira, o estado de sítio é uma “medida acauteladora da democracia” na qual, ao contrário da ditadura, as garantias constitucionais são suspensas temporariamente e ficam suscetíveis à posterior apreciação judicial. E traz novamente o exemplo do art. 48 da Constituição de Weimar, que previa o controle dos atos do presidente do Reich pelo Parlamento alemão. Havia, ainda, a possibilidade de tribunais como instâncias de controle do direito. Esse duplo controle do art. 48, para Pinto Ferreira, deixava evidente a existência de um “mecanismo delicado de supervisão” dos atos do chefe do poder executivo na Constituição de Weimar.²⁹⁴

Tudo isso leva Pinto Ferreira a entender pela completa distinção entre ditadura e estado de sítio, mesmo nos períodos de perturbação da ordem pública, chamados por Pedro

²⁹² PINTO FERREIRA, 1956, p. 119-120.

²⁹³ LEIBHOZ, Gerhard. Die Aufloesung der liberalen Demokratie. In: Deutschland und das autoritate Staatsbild. Muenchen u. Leipzig, 1923 apud PINTO FERREIRA, 1956, p. 118.

²⁹⁴ PINTO FERREIRA, 1956, p. 122-123.

Calmon, lembra, de “síncope constitucionais”. É por esse motivo que, “a moderna doutrina democrática e constitucional exige que o estado de necessidade pública, quanto às suas condições de aplicação e quanto aos seus efeitos, seja enquadrado em limites estreitos, que não deverão ser desbordados pelo próprio poder estatal.” Para o doutrinador, o estado de sítio – uma “situação excepcional de defesa orgânica do Estado – deve ser limitado quanto ao tempo e em relação à sua intensidade”. Desse modo, os efeitos do estado de necessidade são limitados no tempo, com validade provisória e passageira. Além disso, “os próprios atos ilegais, que porventura venham a ser cometidos, ou sejam inquinados à autoridade, nesse estado de exceção, devem ser indenizados e sujeitos à apreciação parlamentar.”²⁹⁵

Quanto à intensidade dos efeitos, afirma Pinto Ferreira, “as situações excepcionais do direito público não fazem desaparecer o contrôle do juiz, existente nas circunstâncias normais, conquanto essa intervenção judicial seja reduzida a um mínimo.” Encerra esse capítulo concluindo que o estado de sítio necessariamente comporta uma apreciação pelo poder judiciário, a quem caberá examinar a legalidade e constitucionalidade. Segundo o catedrático pernambucano, na lição de Joseph Barthelemy e Paul Duez, “la nécessité n’est pas opposable au juge, qui est essentiellement le gardien de la légalité”, ou seja, “a necessidade não é oponível ao juiz, que é essencialmente o guardião da legalidade”.²⁹⁶

A fórmula de Barthélemy e Duez retomada por Pinto Ferreira – a de que a necessidade “não é oponível ao juiz, que é essencialmente o guardião da legalidade” – condensa a aposta liberal que percorre a melhor doutrina do período: a de que, mesmo na exceção, restaria sempre um guardião. É essa aposta que dialoga, por contraste, com o problema schmittiano do guardião – ou do senhor – da Constituição, discutido no capítulo 1, e com a textura aberta da exceção de que fala Cristiano Paixão. E é também essa aposta que o capítulo 4 verá ruir: convocado a guardar a legalidade diante dos Atos Institucionais, o Supremo, em regra, abdicaria do posto. O guardião anunciado pela doutrina faltaria à guarda.

Já no prefácio da 1ª. edição do livro *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, de 1962, Pinto Ferreira afirma querer pensar os princípios constitucionais com atenção ao atual regime brasileiro. Seu objetivo, afirma, é “análise dos princípios fundamentais da legalidade constitucional, da democracia e da liberdade, do socialismo científico e do federalismo”, que são pedra angular do “edifício constitucional”²⁹⁷.

²⁹⁵ PINTO FERREIRA, 1956, p. 123.

²⁹⁶ *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Paris, 1926 apud PINTO FERREIRA, 1956, p. 123-124.

²⁹⁷ FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. Tomo 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962, p. XIII.

Em 1964, pouco antes do golpe civil-militar, Themístocles Brandão Cavalcanti criticava a hipertrofia do Poder Executivo, colocando essa questão como “o grande problema do séc. XX”, já o Executivo estava absorvendo “todas as atenções dos publicistas, por conta da sua hipertrofia atual, pela tendência cada vez mais acentuada para o seu fortalecimento, em prejuízo dos Parlamentos”. Afirmo o futuro ministro da ditadura que, “nos governos ditatoriais, é, naturalmente, a hipertrofia, da essência do sistema. Nos regimes constitucionais, o fortalecimento do Executivo é uma tendência irreprimível”.²⁹⁸ Diz Cavalcanti, nesse sentido:

Veja-se, na França, a que extremos chegaram as delegações legislativas e a faculdade outorgada ao Executivo para a expedição de decretos-leis, e ter-se-á uma idéia aproximada das idéias políticas dominantes. É que o Executivo constituiu-se como o órgão por excelência da administração, e o Estado, no conceito de LASKI é, antes de tudo, uma grande organização administrativa.¹³²

Em seu entendimento, o “Poder Executivo provê a realização dos fins do Estado na sua esfera administrativa”. Por outro lado, diz Cavalcanti que os Parlamentos sentem diminuir as suas possibilidades, evoluindo “para uma organização mais técnica, menos política, mais prática, menos ideológica”.¹³³

Cavalcanti afirma que

O conceito da democracia, como concretização de uma aspiração antiga de melhoria das condições econômicas das massas, exige uma reforma no sistema legislativo, porque não se pode conceber a representação, base do sistema democrático, como uma finalidade, mas como um meio de melhor realizar a obra de nivelamento econômico e social do povo, e, por conseguinte, da melhoria do bem estar coletivo. E o poder a quem incumbe efetivar essa finalidade é, precisamente, o administrativo, o chamado Poder Executivo. As leis podem ser boas; mal aplicadas, elas tornam-se más. O Legislativo inerte ou anárquico é um elemento perturbador da paz social, mas o Executivo ineficiente e incapaz é a ruína do Estado e da sua administração.²⁹⁹

Embora critique a hipertrofia, Cavalcanti, na tendência administrativista da época, defende um Executivo técnico e forte. Nesse sentido, admite que, “no sistema atual, intervencionista, o Estado precisa de um Poder Executivo reforçado e responsável”. Afirmo que “sem poder, não há crítica eficiente, e sem técnica não pode existir administração. Não há técnica eficiente sem autonomia e sem autoridade”. Para ele, o problema do Poder Executivo é técnico e compreende um sistema complexo estudado pelo direito administrativo. Por conta disso, Cavalcanti divide em quatro modalidades as atribuições do Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, que são: política, legislativa ou regulamentar, administrativa e

²⁹⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, p. 134.

²⁹⁹ CAVALCANTI, 1964, p. 135.

representativa. E usa como exemplos de função política justamente a decretação do estado de sítio e as intervenções nos Estados.³⁰⁰

Há aqui uma ironia que a Tese não pode deixar passar. O mesmo Themístocles Cavalcanti que, às vésperas do golpe, diagnostica e em larga medida celebra a hipertrofia do Executivo como tendência “irreprimível” dos regimes contemporâneos viria a integrar, como ministro do Supremo nomeado já sob o regime, o aparato jurídico da ditadura. A doutrina que prepara teoricamente o reforço do Executivo é também, não raro, a que depois o serve: a exceção não prescinde dos juristas, ela os recruta. Esse entrelaçamento entre doutrina constitucional e poder de exceção, que reencontraremos, no presente, em autores hoje canônico, é parte do que esta Tese procura tornar visível.

O professor Luís Pinto Ferreira, no seu Curso de Direito Constitucional, de 1964, ensina que “o estado de sítio é a suspensão provisória e constitucional das franquias liberais”. Trata-se de “uma medida de defesa da Constituição” que “consagra um fortalecimento do Poder Executivo ou um robustecimento do poder governamental, como medida indispensável à defesa da lei e da Constituição”. Segundo ele “há mesmo doutrinadores, como FICHBACH, que fazem a seguinte declaração: ‘Nos Estados modernos, que se chamam Estados de Direito, a ditadura costuma receber o nome de estado de sítio’”. Pinto Ferreira argumenta que, no Brasil, “a Constituição do Império se inspirou no sistema francês do estado de sítio, admitindo-o nos casos de rebelião e invasão de inimigo, regulando a matéria no art. 179, incisos 34 e 35”. Já “a Constituição da primeira República manteve o instituto do estado de sítio, declarado por motivo de agressão estrangeira ou comoção intestina”.³⁰¹

Lembra que “o estado de sítio foi abusivamente utilizado durante a primeira República”, sendo que “FLORIANO PEIXOTO declarou o estado de sítio e prendeu parlamentares, tanto deputados como senadores, violando as suas imunidades, aprisionou almirantes e generais”. Diante desse cenário, lembra que “RUI BARBOSA defendeu a tese de que o estado de sítio não suspende as imunidades parlamentares, mas o próprio Supremo Tribunal Federal foi contrário a esta tese na época de FLORIANO PEIXOTO”. Afirma que “outro Presidente que utilizou o estado de sítio em quase todo o seu quadriênio foi ARTUR BERNARDES”. Por conta disso é que “se procurou dotar de medidas mais justas e adequadas o instituto, desnaturado durante as presidências de FLORIANO PEIXOTO, HERMES DA FONSECA e ARTUR BERNARDES, para o que muito influenciou a posição liberal de RUI

³⁰⁰ CAVALCANTI, 1964, p. 136.

³⁰¹ PINTO FERREIRA, Luís. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 339-340

BARBOSA”.³⁰²

Defende Pinto Ferreira que “o estado de sítio não consagra no Brasil uma ditadura”. Para ele, “a inobservância das disposições constitucionais sobre a matéria tornará ilegal a coação e permitirá aos pacientes recorrer ao Poder Judiciário”.³⁰³

O Professor Alcides Rosa, em seu Manual de Direito Constitucional, 2ª edição, publicado pouco antes do golpe de 1964, entende que “países com instituições políticas de “raízes profundas na consciência nacional” não necessitam do estado de sítio. Mas, em países ibero-americanos, inclusive no Brasil, o estado de sítio pode ser necessário, visto que muitos se usam das armas para chegar ao poder. Afirma que “o estado de sítio foi, no regime de 91, a panacéia salvadora dos governos impopulares. Houve, é claro, honrosas exceções. Floriano, por exemplo, não teria consolidado a República sem êsse recurso extremo”. Para Alcides Rosa, “os presidentes que mais abusaram do estado de sítio foram o marechal Hermes da Fonseca e o sr. Artur Bernardes”.³⁰⁴

Afirma que

A preocupação de se evitarem os erros do passado conduziram os constituintes de 34 a outro erro ainda maior. O seu liberalismo exagerado tornou impraticável a ‘delicada instituição’. Já em dezembro de 35 surgia a emenda n. 1, modificadora do artigo acima citado: ‘A Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal, poderá autorizar o presidente da República a declarar a comoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, equiparada ao estado de guerra em qualquer parte do território nacional’. Foi a porta aberta para o golpe de 37.³⁰⁵

Lembra que o estado de sítio, na Constituição atual (a de 1946), está previsto entre os arts. 206 e 125, sendo de competência do Congresso Nacional. Cita González Calderón, que fala que a suspensão das garantias constitucionais deve ser temporária, pois configura “fato anormal extraordinário e grave em uma Nação livre, guiada por instituições republicanas”.³⁰⁶

Ensina Alcides Rosa que os membros do Congresso Nacional estão imunes na vigência do estado de sítio, pois é justamente o Congresso que delibera sobre aprovação, suspensão ou prorrogação do estado de sítio. Mas abre uma exceção:

Podem, entretanto, por um equívoco do eleitorado, penetrar no seio do Parlamento perigosos inimigos do Brasil, que se disponham, e até proclamem que o fazem por imposição de uma potência estrangeira, a pegar em armas contra êle. Em circunstâncias especiais, ter-se-à que deliberar, em sessão

³⁰² PINTO FERREIRA, 1964, p. 340-341.

³⁰³ PINTO FERREIRA, 1964, p. 342.

³⁰⁴ ROSA, Alcides. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Autora, s/d, p. 265-267.

³⁰⁵ ROSA, s/d, p. 268.

³⁰⁶ ROSA, s/d, p. 268-269.

secreta, sobre os mais delicados problemas relacionados com a defesa da pátria ou das suas instituições, e seria, pois, não só uma estupidez, porém um crime que não se criassem na própria Constituição os recursos adequados para evitar-se que à soberania nacional seja infeccionada pela ação deletéria desses conjurados. Vamos encontrá-los no art. 213.³⁰⁷

Lembra, ainda, que a Constituição de 1946 garantia que a coação ilegal poderia ser levada ao Poder Judiciário. Segundo Alcides Rosa, desde os primórdios da República no Brasil, nunca foi negado aos tribunais a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Executivo.³⁰⁸

Percorrido o panorama dos manuais até 1964, impõe-se uma conclusão que orienta o restante da Tese: a exceção não foi, entre nós, uma intrusão externa ao pensamento constitucional, mas categoria que o habitava por dentro. Estado de sítio, defesa do Estado, reforço do Executivo, comoção intestina e golpe como fonte de direito compõem o repertório que a própria doutrina forjou e que a ditadura militar, a partir de 1964, mobilizaria não à margem da legalidade, mas em seu nome. Da denegação do *Habeas Corpus* n. 300, em 1892, à celebração do Executivo forte às vésperas de 1964, a cultura jurídica brasileira foi acumulando as categorias e os gestos, inclusive o da autocontenção judicial diante da exceção, que o regime militar haveria de radicalizar. Se Rui Barbosa encarnou o esforço, afinal vencido, de manter a exceção dentro da Constituição, foi a vertente doutrinária que naturalizou as ditaduras de transição, o reforço do Executivo e o golpe convertido em fonte de juridicidade que ofereceu ao regime o vocabulário de que viria a precisar. Como sustentado no capítulo 1, a partir de Agamben, de Anthony Pereira e de Carlos Fico, a legalidade autoritária brasileira não prescindiu do direito: ela o capturou.

Como visto, a obra de Pedro Lessa, “Do Poder Judiciário”, de 1915, representa o ápice do liberalismo clássico brasileiro ao sistematizar a defesa da “Supremacia Constitucional” contra as incursões do arbítrio político. Fundamentado na premissa de que a vontade do povo expressa na Constituição deve prevalecer sobre a vontade circunstancial dos seus representantes, Lessa sustentava que o Judiciário é o intérprete final da Lei Fundamental, possuindo o dever de anular atos que transgridam liberdades fundamentais, mesmo sob pretexto de “motivo político” ou ordem pública.

Essa arquitetura liberal, contudo, foi profundamente subvertida pela doutrina da “Segurança Nacional”, desenvolvida na Escola Superior de Guerra (ESG), que serviu de diretriz

³⁰⁷ ROSA, s/d, p. 274.

³⁰⁸ ROSA, s/d, p. 275.

política e ideológica para o regime instaurado em 1964. Enquanto Lessa via a norma jurídica como o limite intransponível da força, a doutrina da ESG elevou a “Segurança Nacional” ao status de um “direito cívico” que justificava a hipertrofia do Executivo e a criação de uma “legalidade autoritária”. Onde o liberalismo de Lessa exigia que o Judiciário sindicasse a legalidade da exceção para evitar o “vazio jurídico”, a racionalidade da Segurança Nacional impôs uma “utopia autoritária” que transformou o Presidente da República no verdadeiro “senhor da Constituição”, conferindo-lhe o poder de suspender o Direito para, paradoxalmente, alegar “salvar” o Estado.³⁰⁹

Esse repertório encontraria sua tradução normativa nos Atos Institucionais, objeto do capítulo 3. Quando a exposição de motivos do Ato Institucional n. 1 proclamou que a “revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte” e “se legitima por si mesma”, editando normas jurídicas “sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória”,³¹⁰ o regime apenas levava ao paroxismo a tese, já enunciada por Paulo Dourado de Gusmão em 1957, de que o golpe de Estado é fonte de direito. A doutrina anterior a 1964 havia preparado o terreno conceitual para que o arbítrio se anunciasse no idioma da legitimidade. Cristiano Paixão demonstra como o regime, ao conservar formalmente a Constituição de 1946 e ao operar por meio de atos institucionais e emendas, instituiu “uma textura aberta da exceção, que permitia ao regime utilizar, de modo seletivo, os instrumentos do ato institucional e da emenda constitucional para a conservação – e aprofundamento – dos poderes do próprio regime”.³¹¹ Confirma-se aí uma das hipóteses desta Tese, a de que o Ato Institucional n. 1 foi espécie de norma fundamental do novo ordenamento: a ditadura operou através do direito, e não contra ele.

Resta a pergunta que anima o capítulo 4: como reagiu o Supremo Tribunal Federal quando convocado a dizer o direito diante dos Atos Institucionais? A resposta, que a análise das decisões procurará demonstrar, prolonga o gesto inaugurado em 1892. Assim como no Habeas Corpus n. 300 a maioria do Tribunal se recusou a syndicar o estado de sítio, ao argumento de que não lhe caberia imiscuir-se em questões políticas, também diante da exceção institucionalizada o Supremo, em regra, optaria pela autocontenção, validando a moldura jurídica do regime e convertendo-se, ele próprio, em peça da legalidade autoritária. O fenômeno tampouco se esgota no passado. Emanuel de Melo Ferreira mostra como ainda sobrevive um

³⁰⁹ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 378-383,

³¹⁰ Exposição de motivos do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964.

³¹¹ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). **História do Direito: RHD**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 227-241, jul./dez. 2020, p. 239.

“colaboracionismo difuso entre diversos agentes estatais, especialmente juízes e membros do MP, contra o projeto constitucional de 1988, sendo tal atuação conjunta decisiva para a manutenção dos legados do período de exceção”.³¹² Compreender o repertório doutrinário acumulado até 1964 é, portanto, condição para o que se segue: como, no capítulo 3, os Atos Institucionais traduziram em norma a gramática da exceção, e como, no capítulo 4, o Supremo Tribunal Federal, herdeiro do gesto de 1892, a interpretou, em regra, para legitimá-la. A doutrina pensou a exceção antes que os generais a decretassem; e o Tribunal, que poderia ter sido o guardião anunciado pela melhor tradição liberal, faltou à guarda.

2.4. O que diz a doutrina brasileira atualmente sobre a exceção

Examinada, no capítulo 1, a complexidade teórica do estado de exceção, cabe agora verificar como a doutrina constitucional brasileira contemporânea compreende a exceção tal como positivada na Constituição de 1988. Para tanto, foram selecionados os dez manuais de direito constitucional mais influentes na atualidade, a partir do cruzamento de três critérios objetivos: os autores mais citados em decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme os levantamentos de Urtado e Jesus³¹³ e de Lorenzetto e Kenicke³¹⁴; os mais adotados nas graduações e nos concursos jurídicos; e os mais vendidos pelas principais editoras do setor. A escolha justifica-se porque são esses os livros que, independentemente de prestígio acadêmico, efetivamente moldam o pensamento de quem opera o sistema de justiça, refletindo a doutrina constitucional não apenas produzida, mas praticada em nossos dias.

O debate sobre o desenho dessas medidas é anterior à própria Constituição. Às vésperas da Constituinte, em reportagem da Folha de São Paulo de dezembro de 1985, os principais constitucionalistas do período já divergiam sobre o modelo a adotar, entre a tradição do estado de sítio e propostas inspiradas nas Constituições espanhola e francesa, havendo quem advertisse que as medidas de emergência da ditadura não passaram de um jeitinho do regime autoritário³¹⁵. A advertência, como se verá, foi pouco ouvida pela doutrina que se consolidaria depois.

A Constituição de 1988 disciplinou as medidas de exceção no título Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, naquilo que a doutrina, na esteira de Aricê Moacyr

³¹² FERREIRA, Emanuel de Melo. **A difusão do autoritarismo e resistência constitucional**. 2022. 404 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022, p. 25.

³¹³ URTADO; JESUS, 2021.

³¹⁴ LORENZETTO; KENICKE, 2013.

³¹⁵ NERI, Emanuel. Para juristas, estado de sítio é garantia da democracia. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 11 dez. 1985, p. 6.

Amaral Santos, denomina sistema constitucional de crises, entendido como o conjunto de normas constitucionais que, regidas pela necessidade e pela temporariedade, visam manter ou restabelecer a normalidade constitucional.³¹⁶ O estado de defesa, do art. 136, é a medida mais branda: instaura-se por decreto do presidente da República, ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional, em locais restritos e por prazo não superior a trinta dias, prorrogável uma vez, para preservar a ordem pública ameaçada por grave instabilidade institucional ou por calamidade. As medidas coercitivas são taxativas, limitadas à restrição do direito de reunião e do sigilo de correspondência e de comunicações, além da ocupação temporária de bens em caso de calamidade. Admite-se a prisão por crime contra o Estado, mas com comunicação imediata ao juiz, vedação de incomunicabilidade e limite de dez dias sem autorização judicial. O decreto deve ser submetido ao Congresso em vinte e quatro horas, que delibera por maioria absoluta. Registre-se que a lei ordinária a que o próprio art. 136 remete jamais foi editada³¹⁷.

O estado de sítio, dos arts. 137 a 139, é a medida mais grave e depende de autorização prévia do Congresso. Cabe em duas situações: comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia do estado de defesa; e guerra declarada ou agressão armada estrangeira. Na primeira hipótese, as medidas são igualmente taxativas e cada decreto observa o limite de trinta dias; na segunda, a Constituição não impõe limite de prazo nem rol de direitos suspensos, ponto que, como se verá, é o mais sensível de todo o sistema. O controle é confiado ao Congresso, que designa comissão para fiscalizar a execução, no art. 140, e recebe, ao final, relatório do presidente com a relação nominal dos atingidos, prevista no art. 141 a responsabilização de eventuais excessos. Toda essa disciplina permanece intacta desde 1988, nunca tendo sido emendada nem invocada. Não por acaso, Virgílio Afonso da Silva recusa a própria expressão estado de exceção para o modelo brasileiro, preferindo falar em poderes emergenciais, por entender que aquela carrega a ideia de arbítrio e ausência de controle que não descreveria o que a Constituição estabelece³¹⁸.

Esse otimismo terminológico é, em larga medida, a tônica da doutrina dominante, da qual emerge um vocabulário comum e notavelmente estável. Quase todos os manuais descrevem o estado de defesa e o de sítio como espécies de um sistema constitucional de crises governado por dois princípios, o da necessidade, cuja inobservância converteria a medida em golpe de Estado, e o da temporariedade, cuja ausência a transformaria em ditadura, formulação

³¹⁶ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O estado de emergência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 14 e 32.

³¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. As regras do estado de defesa e do estado de sítio constam dos arts. 136 a 141.

³¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EdUSP, 2021, p. 619.

explícita em Novelino³¹⁹ e em Lenza³²⁰. Igualmente recorrente é a tese de que a decretação substitui a legalidade ordinária por uma legalidade extraordinária, ou legalidade constitucional extraordinária, expressão que reaparece, com pequenas variações, em Cunha Júnior e Bernardo Gonçalves Fernandes³²¹, em Alexandre de Moraes e em Paulo e Alexandrino, para quem não se trata de arbítrio, mas de legalidade minuciosamente regradada na Constituição³²². Masson e Guilherme Peña de Moraes acrescentam a distinção entre sistemas flexíveis, sem medidas predeterminadas, e rígidos, de rol taxativo, classificando o modelo brasileiro como rígido³²³. Sarlet, por sua vez, sublinha que nem mesmo no estado de sítio a Constituição autoriza a suspensão completa da liberdade de locomoção³²⁴. Há, em suma, ampla convergência: a exceção é lida como um conjunto de mecanismos técnicos, previamente delimitados e plenamente controláveis.

O ponto mais alto, e ao mesmo tempo mais revelador, dessa doutrina está no Curso de José Afonso da Silva, o constitucionalista mais citado pelo Supremo. Silva sustenta que a defesa do Estado na Constituição de 1988 aparece expurgada da doutrina de segurança nacional do regime revogado e que, na crise, a legalidade normal cede lugar a uma legalidade extraordinária regida pela necessidade e pela temporariedade. Sua advertência é precisa: sem necessidade concreta, a exceção vira puro golpe de Estado; sem prazo certo, vira ditadura³²⁵. Retomando Diego Valadés, formula a pergunta decisiva sobre quem guardará a ordem constitucional quando é um órgão da própria Constituição, em especial o Executivo, quem rompe o equilíbrio, lembrando que, na América Latina, a exceção frequentemente serviu à preservação do domínio das classes dominantes³²⁶. E é o próprio Silva quem oferece os exemplos: a Constituição de 1937 e, sobretudo, a ditadura militar, sob a qual, diz, o país viveu em permanente regime de exceção instrumentado por Atos Institucionais, sendo o AI-5 o mais arbitrário deles, imposto sem necessidade nem temporariedade e destinado a vigor enquanto os detentores do poder quisessem³²⁷.

³¹⁹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 879.

³²⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1095-1097.

³²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 1154; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1395-1397.

³²² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 839; PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 855-861.

³²³ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1273; PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 366-367.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 400.

³²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 760-762. O autor figura entre os constitucionalistas mais citados pelo STF, conforme LORENZETTO; KENICKE, 2013.

³²⁶ VALADÉS, Diego. **La dictadura constitucional en América Latina**. México: UNAM, 1974, p. 34 e 157 apud SILVA, 2010, p. 762.

³²⁷ SILVA, 2010, p. 762-763.

É justamente em Silva, contudo, que se torna visível a confusão conceitual que percorre toda a doutrina. Ora ele emprega estado de exceção como gênero que abriga o estado de sítio e o de defesa de 1988, ora o usa como sinônimo de ditadura, ao afirmar que foi o estado de exceção, em sua expressão pura ditadura, que perdurou de 1964 a 1978. Essa oscilação, a nosso ver, não é descuido de redação, mas sintoma da dificuldade da doutrina constitucional brasileira em pensar a exceção naquilo que ela tem de paradoxal, conforme discutido no capítulo 1 desta Tese, ou seja, não como um catálogo de medidas previstas e contidas pelo texto, mas como a suspensão do próprio direito que se faz, ela mesma, juridicamente fundada.

Entre os manuais analisados, o de Manoel Gonçalves Ferreira Filho é o que mais se detém na exceção, dedicando um capítulo aos sistemas de emergência, no qual percorre a lei marcial dos países de *common law*, o estado de sítio de matriz francesa e a chamada ditadura constitucional de origem romana, além da suspensão da constituição e da suspensão do *habeas corpus*³²⁸. Sua exposição é técnica e comparatista, e nela a exceção surge como instituto neutro, depurado de história. Ocorre que Ferreira Filho não é um observador externo do tema: foi chefe de gabinete e secretário-geral do Ministério da Justiça da ditadura entre 1969 e 1971, vice-governador de São Paulo pela ARENA e autor de *A democracia possível*, de 1972, obra em que procurou justificar juridicamente o golpe de 1964 e esboçou o que se pode ler como um conceito de democracia autoritária³²⁹. A distância entre a biografia e a doutrina reaparece quando Nathalia Masson o cita reiteradamente, inclusive a propósito da tentação militar de intervir na política, sem qualquer menção à sua atuação no regime³³⁰. O episódio é, em si, um documento do modo como a doutrina constitucional brasileira lida com o próprio passado autoritário.

Tomada em conjunto, a doutrina contemporânea revela uma compreensão da exceção que é, a um só tempo, tecnicamente precisa e historicamente cega. Precisa, porque descreve com rigor os pressupostos, os limites e os controles do estado de defesa e do de sítio. Cega, porque reduz a exceção ao que está positivado, ignorando quase por completo a história constitucional recente do país. Subjaz a esses manuais uma crença implícita de que 1964 não se repetirá, porque a Constituição de 1988 delimita a exceção e prevê o controle político do Congresso e o controle jurisdicional do Judiciário. Essa crença, porém, é desmentida pela experiência reconstituída ao longo desta Tese: a ditadura militar não operou à margem do direito, mas por meio dele, e o Supremo Tribunal Federal, como demonstram as decisões

³²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 359-364.

³²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.

³³⁰ MASSON, 2016, p. 1284, citando FERREIRA FILHO, 2001, p. 238.

analisadas, longe de barrar a exceção, em regra a validou. A garantia de controle, que a doutrina toma como suficiente, foi precisamente o que falhou.

O problema, portanto, não está tanto no que a doutrina diz, mas no que ela não consegue ver. Ao tratar a exceção como mero sistema de crises previsto e controlável, não alcança o paradigma da exceção como zona de indistinção entre direito e não direito, no sentido trabalhado no capítulo 1 a partir de Agamben,³³¹ nem percebe que a suspensão do direito pode instalar-se a despeito do texto constitucional e até sob a sua aparência. Essa cegueira não é casual: ela reproduz, no plano da teoria, a operação que o regime executou no plano da prática. Como mostra Cristiano Paixão, a ditadura brasileira distinguiu-se das demais do Cone Sul por uma normalização *sui generis*, pela obsessão de converter atos de força em figuras do direito e pela apropriação do próprio idioma jurídico para controlar a narrativa e produzir aparência de legalidade.³³² Se a exceção se vestiu com as roupas da lei, uma doutrina que só sabe ler a lei como sistema de crises previstas torna-se estruturalmente incapaz de enxergá-la. Não por acaso, o resultado dessa engenharia foi aquilo que Paixão nomeia como uma “textura aberta da exceção”, que permitia ao regime manejar de modo seletivo os instrumentos do ato institucional e da emenda constitucional para conservar e aprofundar os próprios poderes.³³³

É sintomático que o ponto teoricamente mais perigoso de todo o sistema, a ausência de qualquer limite material ou temporal no estado de sítio decretado por guerra ou agressão estrangeira, passe quase despercebido nos manuais, e que a maioria deles sequer nomeie a ditadura militar, referindo-se a ela apenas como regime anterior. A indeterminação conceitual, o esquecimento histórico e o silêncio sobre a participação de juristas no regime compõem, juntos, o retrato de uma doutrina que ainda não acertou as contas com a exceção. Esse silêncio é particularmente grave quando se recorda, com Paixão, que a retórica autolegitimadora do Ato Institucional n. 1 guarda parentesco com a dos juristas que, em 1933, emprestaram verniz de legitimidade à ruptura institucional alemã, sob o conceito de revolução genuína.³³⁴ A doutrina que não nomeia a ditadura tampouco nomeia os juristas que a serviram, e assim deixa intacta a continuidade entre a cultura jurídica de ontem e a de hoje. Emanuel de Melo Ferreira mostra como sobrevive entre nós uma hermenêutica de exceção, um legalismo autocrático em que o idioma do direito é sequestrado para esvaziar a força normativa do projeto democrático de 1988,

³³¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. Sobre a recepção de Agamben pela própria doutrina constitucional, ver a nota de FERNANDES, 2017, p. 1396.

³³² PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). **História do Direito: RHD**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 227-241, jul./dez. 2020.

³³³ PAIXÃO, 2020, p. 239.

³³⁴ PAIXÃO, 2020, p. 232.

a ponto de teses abertamente antidemocráticas ascenderem à fundamentação de decisões judiciais.³³⁵

É contra esse pano de fundo que esta Tese se propõe a recolocar a pergunta sobre o que foi, de fato, a exceção no Brasil, deslocando-a do plano normativo dos poderes emergenciais para o plano histórico e teórico em que ela efetivamente se realizou. Não se trata de negar valor à dogmática do estado de sítio, mas de reconhecer os seus limites: enquanto a doutrina descreve a moldura dos poderes de crise, escapa-lhe o essencial, que é o modo como a exceção se tornou forma de governo e se sustentou pela linguagem da legalidade. Por isso a investigação se volta para os Atos Institucionais, no capítulo 3, e para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no capítulo 4, pois é ali, e não nos compêndios, que se pode medir a distância entre o que a Constituição prometia e o que o regime efetivamente fez em seu nome. E é também por isso que a pergunta não se encerra em 1985: como adverte Ferreira, persiste “um colaboracionismo difuso entre diversos agentes estatais, especialmente juízes e membros do MP, contra o projeto constitucional de 1988, sendo tal atuação conjunta decisiva para a manutenção dos legados do período de exceção”.³³⁶ Compreender a exceção, portanto, não é tarefa apenas de história do direito, mas condição para a defesa do presente.

³³⁵ FERREIRA, Emanuel de Melo. **A difusão do autoritarismo e resistência constitucional**. 2022. 404 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022, p. 173.

³³⁶ FERREIRA, 2022, p. 25.

2ª. PARTE: A EXCEÇÃO E O DIREITO

CAPÍTULO 3 – O DIREITO DA DITADURA: OS ATOS INSTITUCIONAIS

3.1. Introdução

Os dois primeiros Capítulos prepararam o terreno para o que agora se examina. No Capítulo 1, fixou-se o conceito de *estado de exceção* a partir de Giorgio Agamben, segundo o qual a exceção não é a ausência do direito, mas a sua suspensão por dentro, numa zona de indistinção em que a norma vige sem vigorar. A esse conceito somaram-se três chaves de leitura: a *legalidade autoritária* de Anthony W. Pereira, que mostra como os regimes autoritários governam por meio de formas jurídicas e dos tribunais; a *utopia autoritária* de Carlos Fico, que nomeia a crença na violência de exceção como preço de uma ordem futura; e a *textura aberta da exceção* de Cristiano Paixão, que descreve o uso seletivo dos instrumentos jurídicos para conservar e aprofundar o poder. No Capítulo 2, demonstrou-se que esse repertório não era estranho à cultura jurídica brasileira, pois a doutrina constitucional, do início do século XX até 1964, já havia naturalizado a hipertrofia do Executivo e o estado de sítio como instrumento de governo, ao passo que a teoria contemporânea, entre 2010 e 2020, seguiu sem compreender o paradigma da exceção dentro do direito.

Chega-se, assim, ao ponto em que a exceção deixa de ser conceito e repertório doutrinário para se tornar norma posta. Este Capítulo abre a segunda parte da tese, “A Exceção e o Direito”, e desloca o foco da teoria para os próprios textos do regime, analisando integralmente os dezessete Atos Institucionais editados entre 1964 e 1969, bem como o modo como os principais manuais de direito constitucional os interpretaram entre 1964 e 1985. Trata-se de verificar, na materialidade dos diplomas e na sua leitura doutrinária, aquilo que os Capítulos anteriores anunciaram no plano conceitual: como a legalidade autoritária se traduziu em norma, como a utopia autoritária se inscreveu nas exposições de motivos e como a textura aberta da exceção permitiu que o Ato Institucional se sobrepusesse à Constituição, operando como norma fundamental da ordem da ditadura. É esse percurso que conduzirá, no Capítulo 4, à análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, quando se verá como o Tribunal interpretou a figura cujos contornos jurídicos aqui se examinam.

3.2. Os dezessete Atos Institucionais da ditadura militar

O Ato Institucional foi a figura central do aparato normativo da ditadura militar. Muito embora o regime de 1964 tenha, efetivamente, colocado os contornos da natureza jurídica do Ato Institucional, possibilitando, inclusive a sua conceituação, esse instituto jurídico não foi

uma criação da ditadura militar³³⁷. A figura do Ato Institucional já havia aparecido nos debates jurídicos da doutrina constitucional brasileira – não exatamente na mesma forma e uso feitos entre 1964 e 1969 – algumas décadas antes.

De acordo com Heloísa Câmara, em pesquisa sobre a genealogia do Ato Institucional, “a primeira menção encontrada em jornais foi no *Jornal O Federalista*, de 24 de dezembro de 1891”³³⁸. Segundo a autora,

a alusão ocorria em protesto à dissolução do Congresso Nacional em 1891 por ‘acto institucional da ditadura’ do marechal Deodoro da Fonseca, fato que precipitou a renúncia de Júlio de Castilhos da presidência do estado, e, dias depois, do próprio marechal Deodoro da presidência, externando-se como fator importante para a Revolução Federalista.³³⁹

Afirma Heloísa Câmara que, em 1930, o Decreto n. 19.398 de Getúlio Vargas, que instituiu o Governo Provisório, “era chamado nos jornais de Acto Institucional”³⁴⁰. Já na Constituinte de 1946, “a luta pelo sentido de constituição manifesta-se na defesa do ‘ato institucional temporário’, como a outra face da desconsideração da Constituição de 1937 enquanto constituição”³⁴¹, sustenta a autora.

Enquanto “em 1933 o ‘ato institucional’ designava nos jornais o decreto do Governo Provisório que suspendeu a Constituição; na Constituinte na década seguinte, o ato institucional seria justamente a constituição provisória”³⁴².

A partir do cenário anterior a 1964, Heloísa Câmara observa

que a forma ato institucional não foi uma criação dos juristas em 1964, mas esteve no centro da questão sobre como uma constituinte deveria organizar-se e qual a relação entre situações constituintes e desconstituintes com os poderes constituídos.³⁴³

Antes do golpe de 1964, então, é possível observar que a figura do Ato Institucional – ou seu embrião, que seria aperfeiçoado na ditadura militar – já aparecia nos debates constituintes dos períodos de transição. A partir de 9 de abril de 1964, o Ato Institucional ganha novos e definitivos contornos.

De acordo com Carlos Fico, “desde o golpe de 1964 e até 1985, o regime debateu-se com a questão de sua juridicidade a partir de uma dicotomia: a normalidade e a

³³⁷ CÂMARA, Heloisa Fernandes. Genealogia do Ato Institucional - entre legalidade, exceção e legalidade excepcional. *História do Direito – Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 272-299, mar. 2022. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954>>. Acesso em: 09 dez. 2022, p. 276.

³³⁸ D'ANTONIO PIRES, 2020, p. 44 *apud* CÂMARA, 2022, p. 276.

³³⁹ CÂMARA, 2022, p. 276.

³⁴⁰ CÂMARA, 2022, p. 277.

³⁴¹ CÂMARA, 2022, p. 279.

³⁴² CÂMARA, 2022, p. 279.

³⁴³ CÂMARA, 2022, p. 281.

excepcionalidade”³⁴⁴, buscando equacionar esse problema jurídico-político. Para ele, essa dicotomia se origina “na pretensão autoritária de corrigir a democracia por meio de atalhos constitucionais – com o emprego do estado de exceção”³⁴⁵. No mesmo sentido de Agamben, Carlos Fico compreende que essa “anomia”, esse “espaço vazio”, é algo próprio do direito, de tal modo que a exceção, necessariamente, pressupõe a juridicidade³⁴⁶.

E é por conta desse paradigma da exceção que Fico entende que “o objetivo dos atos institucionais não era” reforçar os poderes legais do presidente ou, ainda, uma normatização autoritária, discordando da tese de Marcos Napolitano, mas sim estabelecer justamente essa “moldura institucional” do regime³⁴⁷. “Os atos seguintes e as constituições seguintes foram expressões das tentativas de prevalência da dimensão excepcional e da dimensão institucional”³⁴⁸ da ditadura militar. E Carlos Fico justifica seu argumento no fato de que a ditadura conviveu, de um lado, com 17 Atos Institucionais e mais de cem Atos Complementares, e, de outro lado,

com tantas constituições ou emendas constitucionais: a de 1946, alterada pelo AI-1; a de 1967, de Castelo Branco; a que Costa e Silva pediu a Pedro Aleixo para fazer com o propósito de apontar o fim do AI-5, em 1969; a que a Junta Militar outorgou em 1969, após a doença de Costa e Silva, justamente a que Pedro Aleixo havia coordenado, mas sem a referência à possibilidade de extinção do ato. Finalmente, as alterações estabelecidas pela Emenda Constitucional n.11 de 1978, de Ernesto Geisel.³⁴⁹

A partir de 1964, a presença dos juristas da ditadura foi uma constante. Em verdade, eles participaram da conspiração para o golpe, justamente preparando os documentos jurídicos do regime que viria. Não faltaram professores de direito e juízes para produzir um discurso jurídico que legitimasse o estado de exceção implantado pelos militares com o golpe de estado de 1964, dando ao regime a sua *legalidade*, o seu *direito* – uma legalidade autoritária, um direito autoritário³⁵⁰.

Pode-se dizer que a legitimação da ditadura militar no Brasil, por parte do direito, deu-se em dois aspectos. O *primeiro* com a legitimação por meio do discurso jurídico da ditadura, traduzido na legislação de exceção construída com os Atos Institucionais e

³⁴⁴ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, 2017, v. 9, n. 20, p. 60.

³⁴⁵ FICO, 2017, p. 60.

³⁴⁶ FICO, 2017, p. 60.

³⁴⁷ FICO, 2017, p. 60.

³⁴⁸ FICO, 2017, p. 60.

³⁴⁹ FICO, 2017, p. 60.

³⁵⁰ TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 251.

Complementares, além da justificação dessa legislação em livros jurídicos e em decisões judiciais. Neste grupo de juristas estavam professores e doutrinadores de direito constitucional, magistrados e promotores de justiça.

O *segundo* por meio do apoio político ao golpe e à ditadura, fosse nos meios públicos de comunicação, nas salas de aula das faculdades de direito ou integrando a burocracia estatal da ditadura e viabilizando os intentos do Estado em vários espaços. Aqui, figuram bacharéis em direito de diversas áreas e profissões jurídicas.

Os exemplos de juristas legitimadores do golpe de estado e da ditadura militar são muitos e a atuação vai além da redação dos Atos Institucionais. Alfredo Buzaid, professor da Faculdade de Direito da USP, foi ministro da Justiça do general Emílio Garrastazu Médici, coordenador e autor de uma série de projetos de leis da ditadura, bem como autor do chamado “livro da verdade”³⁵¹, no qual relatava à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a inexistência de torturas e presos políticos no Brasil. Quando morreu, o obituário da Revista “Veja” descreveu Buzaid nos seguintes termos:

foi ministro da Justiça num período da vida nacional em que não havia justiça [...] executou com mão de ferro a censura prévia. [...] Negou publicamente a existência da tortura de presos políticos que corria solta nos porões da repressão política. Defensor do principal instrumento autoritário do regime miliar, o ato Institucional n. 5, transformou-se no civil mais poderoso do governo.³⁵²

A legitimação jurídica da ditadura, contudo, não ocorreu apenas com a redação de atos normativos de exceção, mas, também com o simples apoio político chancelador do golpe, tal como feito pelo Conselho Federal da OAB tanto na campanha pela derrubada de João Goulart, quanto no rápido apoio ao golpe de estado de 1964.

Nas faculdades de direito, professores de direito constitucional escreveram livros e ministraram aulas para justificar os Atos Institucionais e a Constituição de 1967³⁵³. Embora evidente a ditadura, vários juristas contribuíram intelectualmente para legitimar o regime, fosse garantindo as bases dos Atos Institucionais, fosse justificando a ausência de direitos e garantias fundamentais em processos judiciais e administrativos movidos contra os opositores, ignorando

³⁵¹ Sobre este livro, ver o artigo “Brasil: a transição inconclusa”, do historiador Carlos Fico, *In*: ARAÚJO, M. P.; FICO, C.; GRIN, M. (orgs.). **Violência na história: memória, trauma e reparação**. Rio de Janeiro: Ponteiro, 2012.

³⁵² VEJA, 17 jul. 1991, p. 83 *apud* KUSHNIR, Beatriz. De ordem superior... Os bilhetinhos da censura e os rostos das vozes. *In*: GOMES, Angela de Castro (org.). **Escrita de si, escrita da história**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 359.

³⁵³ Neste sentido, uma das obras mais emblemáticas é o livro “**Democracia possível**” de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no qual o autor tenta justificar juridicamente o Golpe Militar de 1964 e desenha o que pode ser compreendido como um conceito paradoxal de *democracia autoritária*.

e ocultando torturas, desaparecimentos e mortes, ou, ainda, no caso dos professores de direito, simplesmente legitimando o golpe e a ditadura em sala de aula diante de seus alunos.

Na advocacia, igualmente, não faltaram apoiadores do golpe militar. Em 7 de abril de 1964, o Conselho Federal da OAB se reuniu e aprovou uma moção de apoio ao golpe que derrubou o Presidente João Goulart³⁵⁴. A sessão foi presidida por Carlos Povina Cavalcanti que, em 1968, passou a integrar a Comissão Geral de Investigações, criada pelo artigo 7º do AI-1 e depois reaberta pelo artigo 8º do AI-5, que cassou sumariamente direitos e garantias constitucionais de várias pessoas consideradas subversivas.

Obviamente, não se perde de vista que, no âmbito jurídico, o apoio ao golpe e à ditadura militar não foi unânime. Ao contrário, a ditadura militar encontrou resistência³⁵⁵ no meio jurídico³⁵⁶. Inúmeros advogados assumiram a defesa de presos políticos e denunciaram a práticas de tortura³⁵⁷. Houve, ainda, juízes que disseram não às leis excepcionais e não aceitaram integrar tribunais do regime, como o caso dos ministros do STF, Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada, que deixaram o Supremo por discordarem das aposentadorias compulsórias de seus pares com o AI-6. O ministro Adaucto Lúcio Costa, em 1971, após o STF declarar constitucional a Lei da Censura Prévia (Decreto-Lei n. 1.077), declarou seu voto vencido, retirou sua toga e a jogou sobre a cadeira, nunca mais retornando à Corte.³⁵⁸

Nesse direito da ditadura, o Ato Institucional foi figura de extrema importância para o regime. Dentre os 17 Atos Institucionais outorgados pela ditadura militar, os 5 primeiros Atos são centrais para a compreensão do direito dentro da lógica autoritária do regime. O Ato Institucional n. 1 (AI-1) foi redigido por Francisco Campos e tinha como objetivo firmar o golpe

³⁵⁴ Sobre a atuação da OAB no Golpe, ver: MATTOS, Marco Aurélio Vanucchi Leme de. **Contra as reformas e o comunismo: a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no governo Goulart**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 25 n. 49, jan./jun. 2012.

³⁵⁵ De acordo com Marcelo Ridenti, o termo resistência “tende mais a um sentido defensivo que ofensivo, menos à ação que à reação: a ideia de oposição predomina sobre a de revolução. Assim, para usar o termo com propriedade a fim de pensar a resistência brasileira, importa mais o significado de combate à ditadura do que o de ofensiva revolucionária”. (RIDENTI, Marcelo. Resistência e mistificação da resistência armada contra a ditadura: armadilhas para pesquisadores. In: REIS, Daniel Aarão; RIDENTI, Marcelo; MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **O golpe e a ditadura militar** - quarenta anos depois (1964-2004). Bauru: Edusc, 2004, p. 54.)

³⁵⁶ Vide: BUZZONI, Henrique D’Aragona (org.). **Arcadas no tempo da ditadura**. São Paulo: Saraiva, 2007. Esta obra reúne 55 relatos de ex-alunos e ex-professores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - USP de 1960 a 1980, os quais deixam clara a permanente tensão política entre apoiadores e resistentes à ditadura militar naquela que foi uma das faculdades que mais emprestou seu conhecimento ao regime pós-1964 e, ao mesmo passo, abarcou importantes atos de resistência.

³⁵⁷ Vide: SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio (orgs.) **Os advogados e a ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Vozes, 2010. Este livro reúne análises históricas a partir da biografia de 15 advogados e advogadas que se destacaram na defesa dos presos e perseguidos políticos no Brasil entre 1964-1985, dentre eles o anticomunista Sobral Pinto, Heleno Frago, o professor Dalmo Dallari e a advogada Eny Moreira. O texto também serviu como base para o documentário “**Os advogados contra a Ditadura**”, do cineasta Silvio Tandler, lançado em 2010 e disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fhRJxeFfbYM>>.

³⁵⁸ LINS E SILVA, Evandro. **O Salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC** [Entrevistas e notas: Marly Silva da Motta, Verena Alberti; Edição de texto Dora Rocha]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; FGV, 1997, p. 399-402.

como um poder constituinte ilimitado, alterando, assim, a Constituição de 1946 e dando maiores poder ao chefe do Poder Executivo.

Embora o regime pudesse recorrer aos Atos Institucionais sem maiores restrições, havia uma preocupação crescente com sua institucionalização, o que levou à percepção de que a Constituição de 1946 deveria ser substituída por uma nova ordem constitucional. Nesse contexto, buscava-se incorporar ao texto constitucional mecanismos permanentes e rigorosos de controle social, capazes de substituir os Atos Institucionais. Estes, apesar de sua denominação, possuíam caráter excepcional e revolucionário, razão pela qual não promoviam a efetiva institucionalização do regime nem permitiam sua normalização sob o prisma da juridicidade constitucional.³⁵⁹

Carlos Fico entende que a decretação do AI-2, do AI-5 e do AI-12, este último impedindo a posse de Pedro Aleixo, foram “surtos revolucionários” dentro da ditadura, numa contradição com as tentativas de institucionalizar o regime. Ora tentavam institucionalizar, ou constitucionalizar, como quando da edição da Constituição de 1967. Ora, segundo Fico, retornavam à “origem revolucionária” do regime, como em 13 de dezembro de 1968 com a edição do AI-5. Houve “surto revolucionário”, mas em escala menor, em outros momentos, como na edição do AI-3, que fixou eleição indireta para governador de estado em 5 de fevereiro de 1966, ou com o AI-16, que fez alterações no STF, mudando competências e reduzindo o número de ministros novamente para 11.³⁶⁰

Carlos Fico sustenta que a criação das penas de banimento e de morte pelos Atos Institucionais n.º 13 e n.º 14, editados em setembro de 1969 após o sequestro do embaixador dos Estados Unidos, contrariou a tradição jurídica brasileira e constituiu uma manifestação do viés revolucionário presente no regime militar.³⁶¹

Esse surto revolucionário foi latente na ditadura até a posse do primeiro civil como presidente da República em 1985, afinal, os militares tinham as armas e, a qualquer tempo, poderiam “reativar a revolução”³⁶².

A legitimação pelo direito na experiência ditatorial de 1964 se deu logo de início com o esforço intelectual para arquitetar um discurso jurídico que fosse capaz de caracterizar o golpe civil-militar de 1964 como uma “revolução”.

³⁵⁹ FICO, 2017, p. 58.

³⁶⁰ FICO, 2017, p. 58-59.

³⁶¹ FICO, 2017, p. 59.

³⁶² FICO, 2017, p. 58.

Dizia o Ato Institucional do golpe – posteriormente chamado Ato Institucional n. 1 –, outorgado em 9 de abril de 1964, que:

“É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. [...] A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma.” - grifo nosso³⁶³

O Ato Institucional que deu a origem jurídica à ditadura militar no Brasil em 1964 foi idealizado pelo jurista mineiro Francisco Luís da Silva Campos, antigo professor de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. O AI-1 também foi redigido em coautoria com Carlos Medeiros da Silva, advogado mineiro membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB em 1964. Carlos Medeiros Silva, conhecido como o “Robespierre mineiro”, também foi um dos principais autores do anteprojeto da Constituição de 1967.

Segundo Madeira Pinto, Francisco Campos levou cerca de quarenta minutos para redigir o preâmbulo do Ato Institucional nº 1 (AI-1). Ao ser indagado sobre o restante do documento, ele demonstrou certo desdém e afirmou que Carlos Medeiros da Silva poderia se encarregar desses detalhes. Medeiros era justamente o jurista técnico encarregado de estruturar os mecanismos legais para o regime ditatorial, especializando-se na criação de normas que pudessem legitimar juridicamente a ruptura da ordem constitucional anterior.³⁶⁴

Ainda em 1963, durante a conspiração contra o governo do Presidente João Goulart, o professor Vicente Rao, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e antigo ministro da justiça de Getúlio Vargas, chegou a redigir um projeto de Ato Institucional, no qual listava as medidas de emergência do futuro governo militar.³⁶⁵

Otávio Valério destaca a influência da obra Carl Schmitt, jurista do nazismo, no pensamento de Francisco Campos, e evidencia que tal doutrina constitucional aparece claramente no preâmbulo do AI-1 quando Campos que a “revolução” possuía poder constituinte

³⁶³ BRASIL, *Ato Institucional n. 1*, de 09 de abril de 1964.

³⁶⁴ MADEIRA PINTO, Francisco Rogério. *A formação do pensamento jurídico-autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo*: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva. Tese (Doutorado em Direito) 284 p. Brasília, Universidade de Brasília, 2018, p. 174.

³⁶⁵ SARTOTI, 2019.

originário³⁶⁶. Valério, nesse sentido, afirma que “para Schmitt, o poder constituinte é pura decisão, e tal decisão constitui única fonte de direito”³⁶⁷, e argumenta que “a decisão dos militares de ‘drenar o bolsão comunista no governo’ investiu a Revolução no exercício do poder constituinte, legitimando-se por si mesma”³⁶⁸.

De fato, para Carl Schmitt, “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, na sua conhecida frase que abre a obra *Teologia Política*, de 1921 e republicada em 1933³⁶⁹. “O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*”³⁷⁰, afirma Schmitt. Para o jurista alemão, em seu célebre debate com Hans Kelsen, o presidente do *Reich* é a quem caberia essa decisão, sendo ele o “guardião da constituição”³⁷¹:

O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”.³⁷²

Ainda sobre o pensamento de Carl Schmitt, influenciador direto de Francisco Campos, vale lembrar o episódio da *Noite das facas longas*, quando o então chanceler Adolf Hitler determinou o fuzilamento sumário de vários líderes da SA (grupo paramilitar do Partido Nazista) entre 30 de junho e 2 de julho de 1934. À época, o jurista Carl Schmitt foi chamado por Hitler para escrever um artigo defendendo a legalidade das execuções, o qual foi publicado em agosto daquele ano sob o título *O Führer protege o Direito*³⁷³, argumentando que a medida de exceção do chanceler foi necessária para proteger a emergência do Estado contra a ação de rebeldes, mantendo, assim, a Alemanha segura. Logo em seguida, em 3 de julho de 1934, o Parlamento Alemão aprovou a *Lei sobre Medidas de Legítima Defesa do Estado*, legalizando os fuzilamentos³⁷⁴. Referida lei possuía apenas um artigo: “As medidas tomadas em 30 de junho

³⁶⁶ VALÉRIO, Otávio L. S. **A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 203.

³⁶⁷ VALÉRIO, 2010, p. 203.

³⁶⁸ VALÉRIO, 2010, p. 203.

³⁶⁹ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 07.

³⁷⁰ SCHMITT, 2006, p. 08.

³⁷¹ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 207.

³⁷² SCHMITT, 2007, p. 233.

³⁷³ ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 105, pp. 225-276, jul./dez. 2012, p. 258.

³⁷⁴ SCHMITT, Carl. *O Führer protege o Direito*. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, FGV, 2011, p. 177-182.

e 1º e 2 de julho para a repressão de ataques de alta traição e traição do Estado são, na qualidade de defesa de emergência do Estado, legais.”³⁷⁵.

De acordo com Gaspari, *Chico Ciência*, como era conhecido Francisco Campos, um dos precursores das ideias do jurista alemão Carl Schmitt no Brasil, “era um mineiro miúdo, autoritário, brilhante e extrovertido”³⁷⁶. No dia 7 de abril de 1964, Francisco Campos e Carlos Medeiros da Silva compareceram ao gabinete do general Costa e Silva no Ministério da Guerra. Durante a reunião realizada naquela tarde, Campos percebeu que os militares desejavam adotar medidas de violência política, mas se sentiam travados pelo receio de violar a Constituição. Diante disso, o jurista transitou agitado entre os generais e disparou que eles demonstravam perplexidade diante do nada, passando, em seguida, a discursar sobre a legitimidade jurídica do poder revolucionário.³⁷⁷

Baseando-se nos relatos de Luiz Vianna Filho e nas memórias de Carlos Medeiros, Elio Gaspari aponta que o discurso de Francisco Campos era exatamente o argumento esperado pelos militares. Naquele momento, o jurista redigiu o preâmbulo do Ato Institucional em uma folha de papel almaço e, ao analisar a proposta enviada por Luís Gallotti, classificou-a pejorativamente como um mero trabalho burocrático de “amanuense” (secretário). A partir desse episódio, a minuta original de Carlos Medeiros, que antes se chamava Ato Constitucional Provisório, sofreu leves alterações e consolidou-se como o Ato Institucional definitivo. Composto por onze artigos, o documento ampliou as prerrogativas do Poder Executivo em detrimento do Congresso e do Judiciário, além de conceder ao presidente um prazo de sessenta dias para cassar mandatos e suspender direitos políticos por uma década, e seis meses para exonerar servidores civis e militares.³⁷⁸

Carlos Medeiros da Silva, em entrevista n’*O Globo*, poucos dias depois da edição do AI-1, assim justificou sua obra em parceria com Francisco Campos:

As medidas de ordem jurídica que o Ato consagra visam à aceleração do processo legislativo, quanto a possibilitar as reformas constitucionais e a elaboração das leis. Como o período será de menos de dois anos e as tarefas são urgentes e complexas, o Presidente da República passou a ter a iniciativa de reformas constitucionais e estabeleceu-se um método de elaboração de leis ordinárias mais condizente com as necessidades do momento.³⁷⁹

³⁷⁵ SCHMITT, In: MACEDO JUNIOR, 2011, p. 177-182.

³⁷⁶ GASPARI, Elio. **As ilusões armadas**: a ditadura envergonhada. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 124.

³⁷⁷ GASPARI, 2014, p. 124.

³⁷⁸ GASPARI, 2014, p. 124-125.

³⁷⁹ MEDEIROS DA SILVA, 1964, p. 474 *apud* MADEIRA PINTO, 2018, p. 261.

Entendia Medeiros da Silva que o Ato Institucional – ainda sem número – tinha a natureza de um instrumento constitucional, que buscava “o restabelecimento da ordem jurídica no país” e seria o AI-1 “uma lei constitucional temporária cuja vigência terminará um ano antes do período presidencial prorrogado”³⁸⁰. Madeira Pinto verifica que, para Carlos Medeiros, o Ato Institucional não era uma novidade no Brasil, pois se tratava de um instituto com raízes na “tradição política e jurídica”, tratando-se de um instrumento jurídico cujo fundamento “era transferir para o Executivo a competência legislativa”³⁸¹, assim defendido pelo coautor novamente n’*O Globo* em outubro de 1964:

É notório que a função do governo se confunde cada vez mais com a legislação, disse eu em trabalho de cunho jurídico, a propósito da elaboração legislativa no Ato Institucional. Como já foi dito por ilustre jurista francês, “governar não é mais agir dentro do quadro das leis existentes; governar é dirigir a própria legislação; governar, em uma palavra, é legislar”. Procurei mostrar, logo após a publicação do Ato, que em todos os países democráticos, principalmente Inglaterra, Estados Unidos, França e Itália, a eficiência do trabalho legislativo e a adoção de novas práticas para esse fim é a grande preocupação de seus estadistas. O Ato Institucional, a despeito de peculiaridades originais, encontra plena correspondência, neste particular, com aqueles modelos tradicionais de nossa formação política e jurídica. Mas no plano legislativo e da renovação dos institutos jurídicos muita coisa já poderia ter sido feita e não o foi, sendo amplos os horizontes ainda por atingir.³⁸²

Segundo a análise de Carlos Fico, o Poder Executivo deteve plenos poderes no período compreendido entre 31 de março de 1964 e 13 de dezembro de 1968, impulsionado pela vigência dos Atos Institucionais n. 1 e n. 2. O historiador argumenta que o primeiro desses atos (AI-1) assegurou prerrogativas excepcionais tanto ao Comando Supremo da Revolução, inicialmente, quanto ao presidente Castello Branco, posteriormente, permitindo-lhes cassar mandatos parlamentares e suspender direitos políticos até o dia 15 de junho de 1964.³⁸³

A respeito dos Atos Institucionais, Paixão argumenta que esses documentos eram altamente representativos da postura adotada pelo governo militar estabelecido em 1964. O autor explica que o primeiro desses atos foi publicado no dia 9 de abril daquele ano, inicialmente sem qualquer numeração. Contudo, à medida que o caráter autoritário do regime se intensificava, novas medidas foram promulgadas, fazendo com que esse documento inaugural passasse a ser conhecido posteriormente como AI-1.³⁸⁴

³⁸⁰ MEDEIROS DA SILVA, 1964 apud MADEIRA PINTO, 2018, p. 263.

³⁸¹ MADEIRA PINTO, 2018, p. 263-264.

³⁸² MEDEIROS DA SILVA, 1964, p. 450 apud MADEIRA PINTO, 2018, p. 263.

³⁸³ FICO, p. 54.

³⁸⁴ PAIXÃO, C. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria*, v. 13, n. 26, 2011, p. 158.

E Paixão ressalta a participação de Francisco Campos na redação do preâmbulo do AI-1, “o mesmo jurista que havia produzido o texto da Constituição de 1937. É quando se manifesta, por meio da história de um jurista, uma relação direta entre dois regimes autoritários: o Estado Novo e a ditadura militar”³⁸⁵.

No discurso jurídico dos Atos Institucionais havia “um projeto constitucional autoritário”, já que, como visto, “uma das características do regime militar brasileiro foi a preocupação com a elaboração de normas jurídicas que sustentassem as medidas de arbítrio”³⁸⁶.

O discurso jurídico criado com o AI-1, principalmente em seu preâmbulo, foi o fio condutor de todos os demais 16 Atos decretados entre 9 de abril de 1964 e 14 de outubro de 1969. “Há um encadeamento entre os textos, que surge da prática de citação dos atos anteriores no ato então editado”³⁸⁷. Segundo Paixão, havia uma lógica muito evidente entre os 17 Atos, começando com uma preocupação no AI-1 quanto à “titularidade do poder constituinte e com a ‘força normativa’ que emana da ‘revolução’”, assim construída por Francisco Campos:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória.

[...] Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País.³⁸⁸

A parte do AI-1 que coube à reconhecida tecnicidade de Carlos Medeiros começava, em seu art. 1º, afirmando a manutenção da Constituição de 1946 e das constituições estaduais “com as modificações constantes deste Ato”³⁸⁹. E, em seguida, definia a data de 11 de abril de 1964 para ocorrência da eleição indireta para presidente e vice-presidente da República, a ser realizada pelo Congresso Nacional e fixando o mandato até 31 de janeiro de 1966.

O art. 6º do AI-1 alargava os poderes do presidente para decretar estado de sítio. Já o art. 7º suspendia por 6 meses as garantias de vitaliciedade e estabilidade, ao passo que o parágrafo 1º desse artigo permitia, a partir de investigação sumária, a demissão, dispensa,

³⁸⁵ PAIXÃO, 2011, p. 158.

³⁸⁶ PAIXÃO, 2011, p. 158.

³⁸⁷ PAIXÃO, 2011, p. 158.

³⁸⁸ BRASIL, AI-1, 1964.

³⁸⁹ BRASIL, AI-1, 1964.

aposentadoria, reserva ou disponibilidade os servidores públicos titulares de vitaliciedade e estabilidade, caso tivessem atentado “contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública”³⁹⁰. Esses atos deveriam ocorrer por ato do Comando Supremo da Revolução até a posse do novo presidente, passando a este, depois, esse poder. No dia seguinte ao AI-1, centenas de servidores civis e militares foram demitidos, postos em reserva ou aposentados, e vários parlamentares tiveram seus direitos políticos cassados e perderam seus mandatos. Muitos desses casos foram parar no STF, via mandado de segurança ou recurso extraordinário, conforme veremos no último Capítulo desta Tese. O art. 7º do AI-1, por conta disso, foi tema de embates entre os ministros do STF.

O AI-1 também afastou parcialmente a jurisdição ao determinar que “o controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de **formalidades extrínsecas**, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade”³⁹¹. Este foi outro tema de debates no STF, como veremos a seguir.

O art. 10 do AI-1 permitia aos militares a suspensão de direitos políticos e cassação de mandatos eletivos:

No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

Subscritos pelo general Arthur da Costa e Silva, pelo tenente brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello e pelo vice-almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald, o AI-1 colocava no horizonte o breve retorno à democracia: o seu art. 9º prometia eleição presidencial direta em 3 de outubro de 1965...

Como sabemos, não ocorreu.

No final de 1965, repetindo o 9 de abril de 1964, ocorreu um novo “surto revolucionário” com a edição do AI-2, de acordo com Fico:

que reabriu a temporada de punições em 27 de outubro de 1965, conferindo novamente a Castelo Branco poderes para cassar mandatos eletivos e suspender direitos políticos (justamente as excepcionalidades mais importantes) até 15 de março de 1967, entre outros dispositivos. Não parece indevido caracterizar tais poderes como plenos: o presidente da República podia suspender os direitos políticos de qualquer cidadão.³⁹²

³⁹⁰ BRASIL, **AI-1**, 1964.

³⁹¹ BRASIL, **AI-1**, 1964.

³⁹² FICO, p. 54-55.

Segundo Elio Gaspari, a promulgação do AI-2 evidenciou o caráter essencialmente antidemocrático que se escondia por trás da postura moderada do presidente Castello Branco. O jornalista aponta que a direita militar, após acumular derrotas nas urnas nos anos de 1946, 1950 e 1954, viu-se diante da escolha entre aceitar a democracia com o ônus da derrota ou assegurar o poder abrindo mão dela. Gaspari ressalta ainda que, ao longo da crise militar que culminou no endurecimento da ditadura, Castello Branco omitiu-se e não adotou qualquer medida para proteger a ordem constitucional que ele próprio liderava.³⁹³

A narrativa do AI-1 permanece no AI-2³⁹⁴, de 27 de outubro de 1965, subscrito por Castello Branco e por Costa e Silva:

Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento.³⁹⁵

Cristiano Paixão observa que, “nos textos dos dois atos, é evidente a linha de raciocínio: por se tratar de um processo revolucionário, o movimento de março de 1964 teria a capacidade de moldar a forma constitucional”³⁹⁶.

O ex-presidente e conselheiro vitalício da OAB Nacional, Nehemias Gueiros, foi o responsável pelo texto final do AI-2, junto com Golbery do Couto e Silva. Conforme relata Gaspari (2014, p. 259), durante o processo de elaboração do ato, o general Golbery do Couto e Silva e o jurista Nehemias Gueiros - responsável por traduzir as diretrizes políticas para o formato jurídico - reuniram-se a portas fechadas com o general Ernesto Geisel no Palácio do Planalto. Ao final daquela noite, após concluírem a redação do preâmbulo do documento, os formuladores repassaram o texto final ao coronel Moraes Rego para que procedesse à sua datilografia correta.³⁹⁷

O AI-2 é o primeiro dos Atos a falar sobre corrupção, um dos principais argumentos dos golpistas civis e militares de 1964: “A Revolução é um movimento que veio da inspiração

³⁹³ GASPARI, 2014, p. 240.

³⁹⁴ GASPARI, 2014, p. 240.

³⁹⁵ BRASIL, AI-2, 1965.

³⁹⁶ PAIXÃO, 2011, p. 158.

³⁹⁷ GASPARI, 2014, p. 259.

do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação e uni Governo que afundavam o País na corrupção e na subversão”³⁹⁸.

O AI-2 traz um conceito de democracia, afirmando no preâmbulo que a

Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional.³⁹⁹

A Constituição de 1946 foi alterada pelo AI-2 em alguns pontos. Um dos principais foi a alteração do art. 98 da Constituição, por força do art. 6º do AI-2, que elevou de 11 para 16 o número de ministros do STF, numa tentativa de a ditadura exercer controle sobre a cúpula do Poder Judiciário. Alterou-se o art. 105 da Constituição, com a organização da Justiça Federal e atribuindo ao presidente da República o poder de nomear os juízes federais a partir de uma lista quártupla elaborada pelo STF.

O AI-2 reorganizou o Supremo Tribunal Militar – STM, no art. 7º, permitindo que o presidente da República nomeasse livremente os 10 membros militares e os 5 membros civis. Mas, o mais grave do AI-2 quanto ao STM foi o art. 8º, que alterou o art. 108 da Constituição de 1946 para estender a competência militar para julgar civis “os casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares”⁴⁰⁰. A par disso, o AI-2 também alterou a Lei de Segurança Nacional – LSN de 1953, constando expressamente passava à competência da Justiça Militar “o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953”⁴⁰¹. Passava também para competência do STM o julgamento dos governadores de Estado, seus secretários e os conselheiros de justiça nos crimes da LSN de 1953.

Segundo Gaspari, a transferência dos processos políticos para a competência da Justiça Militar, fez com que Castello Branco desse “o primeiro grande passo no processo de militarização da ordem política nacional”. Recorda Gaspari de uma intervenção do advogado Heleno Fragoso, “que já nessa época se tornara um sereno e constante defensor de presos políticos: ‘Sempre foi muito mais fácil aos tiranos perseguir os inimigos políticos, não mudando a lei, mas sim os juízes que deveriam julgá-los!’”⁴⁰².

³⁹⁸ BRASIL, AI-2, 1965.

³⁹⁹ BRASIL, AI-2, 1965.

⁴⁰⁰ BRASIL, AI-2, 1965.

⁴⁰¹ BRASIL, AI-2, 1965.

⁴⁰² GASPARI, 2014, p. 255.

O AI-2 limitou a liberdade de expressão prevista na Constituição de 1946, no art. 141, que passou a ter a seguinte redação: “Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”⁴⁰³. O objetivo evidente era limitar a propaganda política da resistência e oposição ao regime.

O art. 14 do AI-2 se dirigia aos servidores públicos civis e militares e foi muito utilizado para demissões e aposentadorias. O presidente da República poderia demitir e aposentar livremente:

Art. 14 - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo.

Parágrafo único - Ouvido o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução.⁴⁰⁴

Não bastasse isso, a partir do AI-2, poderia o presidente da República suspender direitos políticos de quaisquer cidadãos por 10 anos, além de poder cassar mandatos legislativos:

Art. 15 - No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais.⁴⁰⁵

E essa suspensão dos direitos políticos poderia trazer drásticas consequências aos atingidos, conforme redação do art. 16 do AI-2:

Art. 16 - A suspensão de direitos políticos, com base neste Ato e no art. 10 e seu parágrafo único do Ato Institucional, de 9 de abril de 1964, além do disposto no art. 337 do Código Eleitoral e no art. 6º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, acarreta simultaneamente:

- I - a cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
- II - a suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
- III - a proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política;
- IV - a aplicação, quando necessária à preservação da ordem política e social, das seguintes medidas de segurança:
 - a) liberdade vigiada
 - b) proibição de freqüentar determinados lugares;

⁴⁰³ BRASIL, AI-2, 1965.

⁴⁰⁴ BRASIL, AI-2, 1965.

⁴⁰⁵ BRASIL, AI-2, 1965.

c) domicílio determinado.⁴⁰⁶

O art. 17 do AI-2, por sua vez, ampliava os poderes do presidente da República para decretar intervenção federal nos estados, inclusive “para prevenir ou reprimir a subversão da ordem”⁴⁰⁷. Já o art. 18 trouxe uma das marcas mais conhecidas do AI-2, o fim do pluripartidarismo, pois extinguiu todos os partidos políticos então existentes e cancelava seus registros.

O art. 19 aprofundou o § 4º do art. 7º do AI-1, quanto ao controle jurisdicional dos atos da ditadura:

Art. 19 - Ficam excluídos da apreciação judicial:

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

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.⁴⁰⁸

Esse art. 19 foi tema recorrente nos julgamentos do STF nesse período, conforme veremos no último Capítulo desta Tese, pois ensejou vários embates teóricos e políticos entre os ministros, colocando, de um lado, os que desejavam manter incólumes os atos ditatoriais, e, de outro lado, os ministros que tentavam achar brechas na “legislação revolucionária” para adentrar no mérito das centenas de mandados de segurança e recursos extraordinários que atacavam, principalmente, os atos demissionários e aposentatórios baseados no art. 14 do AI-2.

O art. 30 do AI-2 permitia ao presidente da República a edição de atos complementares e decretos-lei em matéria de segurança pública. O art. 31, por sua vez, dava ao presidente a prerrogativa de “decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores pode ser objeto de ato complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele”⁴⁰⁹.

O AI-2 terminava incorporando suas disposições à Constituição de 1946 e colocando uma nova data para o retorno à democracia: 3 de outubro de 1966, quando deveria ocorrer eleição presidencial.

O AI-3, decretado em 5 de fevereiro de 1966 por Castello Branco, seguia a lógica jurídica dos Atos Institucionais e, nos seus “considerandos”, remete ao AI-2. Instituiu em seu

⁴⁰⁶ BRASIL, AI-2, 1965.

⁴⁰⁷ BRASIL, AI-2, 1965.

⁴⁰⁸ BRASIL, AI-2, 1965.

⁴⁰⁹ BRASIL, AI-2, 1965.

art. 1º a eleição indireta para governador e vice-governador dos Estados, que seria feita “pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, em sessão pública e votação nominal”⁴¹⁰. Além disso, o AI-3 determinava que seriam “nomeados pelos Governadores de Estado, os Prefeitos dos Municípios das Capitais mediante prévio assentimento da Assembléia Legislativa ao nome proposto”⁴¹¹. Terminava mantendo a jurisdição impedida de apreciar os praticados com base nos Atos Institucionais.

O AI-4, decretado em 7 de dezembro de 1966 por Castello Branco, também contou com o saber jurídico de Carlos Medeiros e seguia o encadeamento lógico de que fala Cristiano Paixão. O objetivo desse Ato era, principalmente, convocar o Congresso Nacional – que desde 20 de outubro de 1966 estava em recesso por ato de Castello Branco – “para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967” com o objetivo de discutir, votar e promulgar “o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”⁴¹².

Antes de iniciar o ano de 1968 e todo o novo ciclo de repressão que se seguiu, os militares, já no apagar das luzes de 1966, perceberam que era necessário reafirmar as bases jurídicas do regime⁴¹³. Era preciso institucionalizar a “revolução”⁴¹⁴ ou, como queria o SNI, “constitucionalizar o institucional” para dar uma atmosfera de legitimidade e democracia perante a opinião internacional⁴¹⁵. Foi nesse contexto que surgiu o AI-4, que tinha o propósito a elaboração da Constituição da ditadura militar. Dizia o preâmbulo justificador do AI-4 que a Constituição Federal de 1946 “já não atende às exigências nacionais”, era preciso “institucionalizar os ideais e princípios da Revolução” e “continuar a obra revolucionária”, mantendo-se os poderes de exceção conferidos ao Chefe do Executivo pelo AI-1⁴¹⁶.

Assim, entre os dias 12 de dezembro de 1966 e 24 de janeiro de 1967, depois de cassados os deputados mais ativos da oposição em 12 de outubro daquele mesmo ano, o Congresso Nacional, extraordinariamente, transformou-se em Assembleia Nacional Constituinte. Com a oposição abafada, os militares não teriam grande dificuldade para aprovar um texto constitucional centralizador e autoritário.

⁴¹⁰ BRASIL, AI-3, 1966.

⁴¹¹ BRASIL, AI-3, 1966.

⁴¹² BRASIL, AI-4, 1966.

⁴¹³ SARTOTI, 2019, p. 54.

⁴¹⁴ BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 435.

⁴¹⁵ BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 437.

⁴¹⁶ BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 435.

O AI-2 permitia ao Presidente da República, até o final de março de 1967, a edição de decretos-lei sobre segurança nacional.⁴¹⁷ Para garantir a aprovação da nova Constituição sem ter que impor escancaradamente o texto, os militares se utilizaram de algo inexistente, segundo Bonavides e Paes: um Poder Constituinte Congressual, valendo-se da “mutilação do Legislativo que as cassações deformaram e mutilaram”. Bonavides e Paes⁴¹⁸ afirmam:

“Não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte. Isso porque os parlamentares além de não estarem investidos de faculdades constituintes, estavam também cerceados pelos atos institucionais. A coação ao trabalho dos parlamentares exercida pelos atos excepcionais impediu que os representantes do povo, mesmo sem os poderes constituintes autorizados pelo eleitorado, pudessem fazer uma Carta constitucional relativamente independente.”

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, anos depois, em seus comentários, apresentaria uma justificativa que Castello Branco teria dado quanto à elaboração da Constituição de 1967 e a necessidade que a ditadura tinha de completar a *institucionalização* da “revolução”. Numa solenidade de diplomação dos estagiários da Escola Superior de Guerra, Castello Branco teria afirmado que “a Nação vinha há muito inquietada entre as alternativas inelutáveis da anarquia e da ditadura. E a revolução eliminou uma e evitou a outra. Por que não se completar agora a institucionalização da Revolução?”⁴¹⁹

Foi nesse período de votação da Constituição de 1967 e vigência do AI-4 que Castello Branco editou e sancionou o Decreto-Lei n. 314, em 13 de março de 1967, - a nova Lei de Segurança Nacional - que definia os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social.⁴²⁰

Depois de Castello Branco rejeitar o texto elaborado por uma comissão de juristas⁴²¹ nomeada por ele próprio, a responsabilidade pelo texto final do projeto da Constituição de 1967 ficou a cargo de Carlos Medeiros Silva, que já havia colaborado com Francisco Campos no texto do AI-1 e, em 1965, foi nomeado ministro do STF. A escolha de um doutor em direito administrativo não foi por acaso, afinal, a ditadura necessitava proceder com uma grande reforma administrativa, de modo a suprimir os conflitos da legislação ordinária com os desígnios “revolucionários”.⁴²²

⁴¹⁷ SARTOTI, 2019.

⁴¹⁸ BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 436-437.

⁴¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 20.

⁴²⁰ SARTOTI, 2019.

⁴²¹ Integraram esta comissão os juristas Levi Carneiro, Themístocles Cavalcanti, Orozimbo Nonato e Seabra Fagundes. Os militares, entretanto, rejeitaram o trabalho dessa comissão, considerando o texto excessivamente liberal. (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 438-440).

⁴²² SARTOTI, 2019.

O texto-base foi aprovado com poucas alterações pelos deputados e foi promulgado em 24 de janeiro de 1967. Passou a vigorar no dia 15 de março de 1967, introduzindo profundas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Depois da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, e da Constituição do Estado Novo, de 1937, a Constituição de 1967 era a terceira Constituição outorgada no Brasil. Segundo Bonavides e Paes, o Governo permaneceu no seu ritmo de arbítrio sobre o Congresso Nacional e fez o texto original de Carlos Medeiros Silva, então Ministro da Justiça, prevalecer com pequenas modificações admitidas previamente em reuniões com as lideranças da ARENA no Senado e na Câmara⁴²³.

Dentre as principais alterações impostas pelo novo texto constitucional, estava a concentração de poder decisório nas mãos do Chefe do Executivo, cabendo exclusivamente ao Presidente da República legislar sobre matérias atinentes à segurança nacional, estabelecer a pena de morte para crimes relacionados à segurança nacional. A eleição para Presidente estava consolidada na forma indireta, com mandato de cinco anos. Ficava ampliada a competência da Justiça Militar com relação aos civis.⁴²⁴

A nova Constituição implantou de maneira definitiva na ordem constitucional a reforma administrativa que já vinha sendo preparada pelos militares desde 1964, com a chamada Comissão Especial de Estudos de Reforma Administrativa. Entretanto, segundo Gilberto Bercovici, “a reforma administrativa proposta não seria debatida no Congresso Nacional, mas, com base nos poderes de exceção do artigo 9º, § 2º do AI-4, foi promulgada diretamente pelo marechal Castello Branco, por um Decreto-Lei, o de nº 200/1967”⁴²⁵. De acordo com Bercovici, a Constituição da República de 1988 recebeu a estrutura burocrático-administrativa da ditadura militar, incluindo a estrutura administrativa implantada sob o signo da exceção no Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, em vigor até hoje⁴²⁶.

O art. 173, que abria as Disposições Gerais e Transitórias da Constituição de 1967, determinava que:

Art 173 - Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

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

⁴²³ BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 440-441.

⁴²⁴ SARTOTI, 2019.

⁴²⁵ BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da Ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 81-82.

⁴²⁶ BERCOVICI, 2010, p. 77-78.

4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais;

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

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

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

Este art. 137 foi ponto importante de debate entre os ministros do STF quando da análise de mandados de segurança e recursos contra atos ditatoriais baseados nos Atos Institucionais, opondo, no Plenário da Corte, ministros da ditadura e ministros refratários ao regime, conforme último Capítulo desta Tese.

A Carta de 1967, definida por Gustavo Capanema como “superpolaca”⁴²⁷, abria um novo ciclo repressivo, que se aprofundaria em 1968, aprofundando ainda mais a exceção brasileira.

Fimado o ano de 1967, a ditadura militar entrava no conturbado ano de 1968. As investidas contra a ditadura começam a ficar mais intensas, os estudantes tomaram as ruas protestando em várias cidades do país, greves eram declaradas em vários locais. O estudante secundarista Edson Luís de Lima Souto foi morto por um policial no Rio de Janeiro. Os relatos de torturas praticadas pelo regime se tornavam cada vez mais recorrentes. Em 26 de junho, também no Rio de Janeiro, ocorreu a Passeata dos Cem Mil.

Naquele ano, em Brasília, ocorre mais uma violenta invasão da UnB pelos militares, com uma série de prisões de estudantes e professores. Um estudante, Waldemar Alves da Silva, foi alvejado na cabeça durante essa invasão⁴²⁸.

Por conta desses fatos, o deputado federal Márcio Moreira Alves, da Guanabara, vai à tribuna da Câmara e chama os militares de “algozes dos estudantes”, acusando o Ministério do Exército de promover torturadores⁴²⁹. “Quando o Exército não será um valhacouto de torturadores?”⁴³⁰, perguntou da tribuna. No seu discurso proferido no início de setembro de 1968, Moreira Alves ainda disse:

⁴²⁷ BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 438.

⁴²⁸ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 125.

⁴²⁹ RECONDO, 2018, p. 125.

⁴³⁰ GASPARI, 2014, p. 316.

Este é também o momento do boicote. As mães brasileiras já se manifestaram. Todas as classes sociais clamam por este repúdio à polícia. No entanto, isto não basta. É preciso que se estabeleça, sobretudo por parte das mulheres, como já começou a se estabelecer nesta Casa, por parte das mulheres parlamentares da Arena, o boicote ao militarismo.⁴³¹

E acabou por conclamar “‘as moças’ que ‘dançam’ com cadetes e namoram jovens oficiais’ a se recusarem a recebê-los”⁴³².

O discurso do deputado causou a ira dos militares, que passaram a querer a sua cassação. Por conta da imunidade parlamentar de Moreira Alves, coube ao então ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva requerer à Câmara a licença para que o deputado fosse processado judicialmente no STF. Entretanto, em 12 de dezembro de 1968, o requerimento foi negado, numa votação que teve 216 votos contrários ao pedido da ditadura, 141 votos favoráveis e 15 abstenções.⁴³³

A resposta dos militares veio no dia seguinte. Naquela sexta-feira 13 de dezembro de 1968, era decreto o Ato Institucional de n. 5, redigido pelo ministro da Justiça Luís Antônio da Gama e Silva, também professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O AI-5 aprofundou e radicalizou violentamente o estado de exceção no Brasil.

O caso do deputado Márcio Moreira Alves foi o estopim do AI-5, mas, a possibilidade de endurecimento do regime já vinha sendo discutida na cúpula militar, principalmente diante da convulsão que se via nas ruas. “Costa e Silva reuniu o Conselho de Segurança Nacional em duas longas sessões”⁴³⁴ transcorridos quinze dias da Passeata dos Cem Mil. De acordo com Gaspari, e a partir das atas dessas sessões, a ditadura estava se sentindo encurralada, pois “via contra si os ventos do mundo, as vozes das passeatas, a imprensa, o Congresso, a Igreja, o Judiciário, os intelectuais e grupos econômicos”⁴³⁵.

Em 6 de junho de 1968, meses antes do AI-5, reuniu-se o Conselho de Segurança Nacional para discutir a situação crítica em que o governo se encontrava. Nessa reunião, o então chefe do Serviço Nacional de Informações – SNI, Emílio Garrastazu Médici afirmou “que se vê nas ruas não é mais a condução de legítimas reivindicações estudantis, mas um movimento que tem um objetivo nítido, qual seja o de derrubar o governo revolucionário instalado em 1964, para posterior implantação da Revolução Socialista Brasileira”⁴³⁶.

⁴³¹ GASPARI, 2014, p. 316.

⁴³² RECONDO, 2018, p. 126.

⁴³³ RECONDO, 2018, p. 126-141.

⁴³⁴ GASPARI, 2014, p. 306.

⁴³⁵ GASPARI, 2014, p. 306.

⁴³⁶ Arquivo Nacional, Conselho de Segurança Nacional apud GASPARI, 2014, p. 307.

O ministro Gama e Silva, por sua vez, disse: “a contrarrevolução se encontra nas ruas. A contrarrevolução se encontra na imprensa. A contrarrevolução se encontra no meio estudantil. A contrarrevolução se encontra nos meios políticos”⁴³⁷. E seguiu na defesa da adoção do estado de sítio, dizendo que,

se este não for suficiente, confesso, melancolicamente, mas como soldado de Vossa Excelência, que não vejo outro remédio senão retornarmos à origens da Revolução e, através de um Ato Adicional à atual Constituição, darmos ao Poder Executivo os meios necessários para salvar a Revolução Brasileira.⁴³⁸

Costa e Silva, entretanto, desejada outra saída. “O presidente Dutra chamaria o ‘livrinho’. O ‘livrinho’ é a Constituição Brasileira. [...] Eu ainda creio muito na força da lei”⁴³⁹.

O ministro de Relações Exteriores, Magalhães Pinto, manifestou-se dizendo:

É preciso, no meu entender, examinarmos bem detalhadamente nossa situação, particularmente daqueles incumbidos de certos problemas, para vermos se realmente estamos levando satisfação ao povo. [...] Na verdade, depois de 31 de março, nós verificamos que temos vivido certa confusão. Inicialmente, restauramos a Constituição, depois fizemos outra Constituição e falamos ora em legalidade, ora em revolução.⁴⁴⁰

A fala de Magalhães Pinto mostrava bem a sua clareza quanto à ambiguidade jurídica do regime, que para ele era uma “confusão”.

Por sua vez, o ministro do Trabalho Jarbas Passarinho foi ao encontro de Costa e Silva e defendeu uma saída “dentro do livrinho”, com o estado de sítio. Disse que não deviam “desperdiçar um tiro de canhão num alvo que merece apenas um tiro de fuzil. Vemos a palavra ditadura escrita todos os dias, com todas as letras, como se vivêssemos realmente uma ditadura, dando até vontade de fazê-la. Há esse ônus que todos nós sofremos”⁴⁴¹.

“Marcaram uma reunião para a sexta-feira seguinte”⁴⁴², na qual assim se manifestou Costa e Silva: “Nós estamos aqui justamente para decidir se o momento impõe medida de exceção ou não. Eu quero que cada ministro dê seu parecer rápido, opinando pelo sim ou pelo não”⁴⁴³. Pedro Aleixo, vice-presidente, defendeu o estado de sítio, colocando-se contra a proposta dura de Gama e Silva, porque “qualquer providência nesse sentido significaria, no meu entender, verdadeiro retrocesso”⁴⁴⁴. E continuou o vice-presidente:

⁴³⁷ GASPARI, 2014, p. 309.

⁴³⁸ GASPARI, 2014, p. 309.

⁴³⁹ GASPARI, 2014, p. 309.

⁴⁴⁰ GASPARI, 2014, p. 309.

⁴⁴¹ GASPARI, 2014, p. 310.

⁴⁴² GASPARI, 2014, p. 310.

⁴⁴³ GASPARI, 2014, p. 310.

⁴⁴⁴ GASPARI, 2014, p. 311.

Parece-me de necessidade premente, se cogitasse, desde logo [...] uma preparação prévia da execução do sítio. [...] A ocupação de todos os jornais por um corpo de censores, as providências contra o rádio, a televisão e assim por diante, dando uma demonstração de força do governo, que, por serem feitas com a devida eficiência, pudessem durar pouco [...]. Teríamos, talvez, que invocar um pouco os exemplos do Estado Novo, como foi que ele se preparou etc.⁴⁴⁵

Para Elio Gaspari, “a proposta de Pedro Aleixo embutia um cenário violento, porém ordenado. Não poderia haver estado de sítio sem censura, nem censura sem censores”⁴⁴⁶. Para o autor, “O estado de sítio defendido por Pedro Aleixo manteria o país na ordem constitucional. O Ato Institucional proposto por Gama e Silva e insinuado por outros membros do Conselho de Segurança, não”⁴⁴⁷.

Costa e Silva encerrou a reunião do Conselho afirmando que “a ditadura jamais será uma solução para o Brasil. [...] Eu entendo, como revolucionário, que qualquer ato fora da Constituição, no momento, será uma precipitação”⁴⁴⁸.

Passaram-se alguns meses. Manifestações nas ruas de todo o país. O caso Márcio Moreira Alves era noticiado por toda a imprensa. Chegou, então, a sexta-feira 13 daquele mês de dezembro de 1968. No final da tarde desse dia, no Palácio das Laranjeiras no Rio de Janeiro, reuniu-se novamente o Conselho Nacional de Segurança, com todos os ministros do governo ditatorial. Estavam sentados em volta de uma mesa na biblioteca.⁴⁴⁹ A ata e o áudio⁴⁵⁰ dessa fatídica reunião se tornaram públicos em 2009.

Costa e Silva abriu a sessão do Conselho dizendo:

Meus senhores, eu convoquei o Conselho de Segurança Nacional que é o órgão consultivo da Presidência da República, para colocá-los a par de problemas de muita gravidade, que devem ser equacionados e resolvidos com a maior tranquilidade de espírito e a maior isenção de ânimo. O presidente da República, que se considera ainda um legítimo representante da Revolução de 31 de março de 1964, vê-se em um momento dramático, em que tem de tomar uma decisão optativa: ou a Revolução continua ou a Revolução se desagrega.⁴⁵¹

Leu a minuta do AI-5 escrita por Gama e Silva. Foi aplaudido pelos presentes.

⁴⁴⁵ GASPARI, 2014, p. 311.

⁴⁴⁶ GASPARI, 2014, p. 311.

⁴⁴⁷ GASPARI, 2014, p. 312.

⁴⁴⁸ GASPARI, 2014, p. 312.

⁴⁴⁹ GASPARI, 2014, p. 335.

⁴⁵⁰ Áudio da reunião na página do Instituto Humanitas Unisinos – IHU.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3sHMZq8kzGc>> Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁵¹ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/reuniao/index.html>> Acesso em: 10 jan. 2023.

Em seguida, falou o vice-presidente Pedro Aleixo, defendendo novamente o estado de sítio, nos termos da Constituição de 1967:

Nesta oportunidade, pois, o que me parece aconselhável, seria antes do exame de um Ato Institucional, a adoção de uma medida de ordem constitucional que viesse a permitir o melhor exame do caso em todas as suas conseqüências. A medida seria a suspensão da Constituição por intermédio do recurso do Estado de Sítio.⁴⁵²

Aleixo se colocou energicamente contra o Ato Institucional que acabara de ser lido pelo presidente Costa e Silva:

Acrescento, senhor presidente, que da leitura que fiz do Ato Institucional, cheguei à sincera conclusão de que, o que menos se faz nele é resguardar a Constituição que no seu artigo 1º declara-me preservada. Eu estaria faltando um dever comigo mesmo se não emitisse, com sinceridade, esta opinião. Da Constituição, que é, antes de tudo, um instrumento de garantia dos direitos da pessoa humana e da garantia de direitos políticos, não sobra nos artigos posteriores, absolutamente nada que possa ser realmente apreciada como uma caracterização do regime democrático.⁴⁵³

E finalizou:

Todo Ato Institucional, portanto, com este nome ou com qualquer outro, que implique a modificação da Constituição existente é, realmente, um ato revolucionário. Caso se torne necessário fazer essa revolução, é uma matéria que poderá ser debatida e acredito, até, que se possa demonstrar que essa necessidade existe. Mas, o que me parece, é que nós não estamos realmente, cumprindo uma Constituição quando a declaramos existente, tão somente, para que dela fiquem fragmentos, trechos que não têm, efetivamente, a capacidade de dar vida às instituições democráticas.⁴⁵⁴

Observa Gaspari que, nessa sessão, embora o vice-presidente tenha concluído apresentando sua discordância, “em nenhum momento Pedro Aleixo disse diretamente que condenava a promulgação do Ato. O bacharel denunciou a ditadura, mas nela se manteve vice-presidente”⁴⁵⁵.

Sobreveio a manifestação do almirante Augusto Rademaker, ministro da Marinha, que discordou do vice-presidente e pedindo repressão:

Eu acho que nós estamos vivendo uma situação de fato, nós não temos que debater juridicamente, legalmente ou constitucionalmente a questão, porquanto, lá no Congresso, os atos que se passaram não foram apenas, de palavras, foram de ofensas a uma instituição, não de ofensas a uma pessoa. A instituição da democracia, creio, não fica defendida assim e os meios de repressão não têm defesa nesta Constituição. [...] Eu julgo que por essa situação o que se tem que fazer é realmente uma repressão, acabar com estas situações que podem levar o país, não a uma crise, mas a um caos do qual não

⁴⁵² GASPARI, 2014, p. 335.

⁴⁵³ GASPARI, 2014, p. 335.

⁴⁵⁴ GASPARI, 2014, p. 335.

⁴⁵⁵ GASPARI, 2014, p. 337.

sairemos. É oportuno portanto, fazer qualquer Ato Institucional como este, e o recesso é que vai dar valor, justamente, a esta repressão.⁴⁵⁶

Após, falou Lyra Tavares, ministro do Exército, para quem não havia “dentro da Constituição a harmonia de poderes para salvar a nação”.⁴⁵⁷ Foi seguido do ministro das Relações Exteriores, Magalhães Pinto, que se manifestou afirmando:

Eu também confesso, como o vice-presidente da República, que realmente com este Ato nós estamos instituindo uma ditadura. Acho que se ela é necessária, devemos tomar as responsabilidades de fazê-la. Eu não conheço, bem dentro do mecanismo constitucional, comparando os textos, se o que resta caracteriza mesmo essa ditadura. [...] Então, no meu entender, senhor presidente, devemos fazer um Ato Institucional que resguarde a obra revolucionária, procurando-se colocar nele, apenas, o essencial. Eu confesso a vossa excelência que, naturalmente, um debate privado entre os elementos que redigiram o Ato com aqueles que possam dar uma contribuição jurídica, seria útil, porque devemos elaborar um documento o mais jurídico possível e que simultaneamente, resguarde o máximo possível, os direitos dos cidadãos.⁴⁵⁸

Veio a intervenção do ministro Delfim Neto, da Fazenda, que concordou com o Ato proposto:

eu estou plenamente de acordo com a proposição que está sendo analisada neste Conselho. Se vossa excelência me permitir, direi mesmo que creio que ela não é suficiente. Acredito que deveríamos atentar que deveríamos dar a vossa excelência, senhor presidente da República, a possibilidade de realizar certas mudanças constitucionais, que são absolutamente necessárias para que este país possa realizar o seu desenvolvimento com maior rapidez. Eram essas as considerações que eu gostaria de fazer.⁴⁵⁹ (grifo nosso)

O ministro dos Transportes, coronel Mario David Andreazza, foi muito breve: “Senhor presidente, senhores membros do Conselho de Segurança Nacional. Estou de pleno acordo com a proposição feita, porque acho que, no momento, há uma contestação ao processo revolucionário”⁴⁶⁰.

Após, falou o ministro da Agricultura, Ivo Arzua, em longuíssimo, confuso e enfadonho voto:

Acredito, pois, sinceramente, que devemos ir mais longe, não parando neste Ato Adicional, para cuja promulgação eu já havia votado favoravelmente em sessão deste Conselho de 16.7.68. Ele seria apenas o verdadeiro início de uma nova república, permitido: a) a dissolução do Congresso Nacional; b) a convocação de novas eleições, com prazo definido; c) a constituição de autênticos partidos aglutinados em torno de princípios filosóficos e programáticos; d) a convocação de uma nova Constituinte; e) a elaboração e

⁴⁵⁶ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁵⁷ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁵⁸ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁵⁹ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁶⁰ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

discussão de uma nova e autêntica Constituição, dando lugar ao surgimento do verdadeiro Estado brasileiro.⁴⁶¹

Falou, então, Jarbas Passarinho, ministro do Trabalho, que proferiu uma das mais conhecidas frases dessa reunião, tão enfática que nem sequer consta da ata, apenas se ouve no áudio da reunião:

Sei que a Vossa Excelência repugna, como a mim, e creio que a todos os membros deste conselho, enveredar para o caminho da ditadura pura e simples, mas parece que claramente é esta que está diante de nós. Eu seria menos cauteloso do que o próprio ministro das Relações Exteriores, quando diz que não sabe se o que restou caracterizaria a nossa ordem jurídica como não sendo ditatorial, eu admitiria que ela é ditatorial. Mas, às favas, senhor presidente, neste momento, todos, todos os escrúpulos de consciência.⁴⁶²

O general Emilio Garrastazú Medici, chefe do Serviço Nacional de Informações, aprovou o Ato sem muitas delongas: “Eu me sinto perfeitamente a vontade senhor presidente, e porque não dizer, com bastante satisfação, em dar o meu aprovo ao documento que me foi apresentado”⁴⁶³.

Em seguida, manifestou-se o chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, general Orlando Geisel, assim constando da ata:

Se não tomarmos, neste momento, esta medida que está sendo aventada, amanhã vamos apanhar na carne, senhor presidente. Desejaria, apenas, que se fizesse um adendo neste projeto, é o adendo já preconizado por sua excelência o ministro da Fazenda e apoiado pelo excelentíssimo senhor ministro do Interior. Que se facultasse ao presidente a possibilidade de modificar a Constituição, nos pontos em que fossem necessários. É esse o meu parecer senhor presidente.⁴⁶⁴

No áudio, entretanto, ouve-se “cara” ao invés de “carne”: “Se não tomarmos, neste momento, esta medida que está sendo aventada, amanhã vamos apanhar na cara, senhor presidente”⁴⁶⁵.

O almirante-de-esquadra Adalberto de Barros Nunes, chefe do Estado-Maior da Armada, e general do Exército Adalberto Pereira dos Santos, chefe do Estado-Maior do Exército, foram brevíssimos e concordaram com o Ato Institucional.⁴⁶⁶

O chefe do Estado-Maior da Aeronáutica, tenente-brigadeiro Carlos Alberto Huet de Oliveira Sampaio, assim se posicionou a favor do Ato:

⁴⁶¹ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁶² BRASIL. Transcrição do áudio da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/reuniao/index.html>> Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁶³ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁶⁴ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁶⁵ Transcrição do áudio da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁶⁶ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

Henrique Pongetti, disse certa vez, analisando a Revolução de março de 1964, que era preciso lembrar não ser indicado passar pomada em um ferimento onde a imputação fosse indicada, como também não pensar na amputação onde a pomada fosse remédio. Creio viemos o caso da amputação e não o de passar pomada. Considero, um suicídio aceitarmos a situação tal qual ela se apresenta agora, para demonstrarmos o nosso respeito à democracia. Se não houver qualquer medida que proteja o regime, em pouco a nação será envolvida pelos atos de subversão, que cada vez mais vão se avolumando, até que correrá o risco o próprio regime pela impossibilidade de se frear a aceleração da contra-revolução. Se não há como aceitar juridicamente o Ato Institucional, poder-se-ia dar ao mesmo o caráter revolucionário e, nesse caso, o fechamento puro e simples do Congresso seria válido. Seria válido também, a reformulação do Poder Judiciário, onde pontificam ainda juizes do governo deposto em março de 1964. A medida aqui proposta não é tão drástica, julgo-a, portanto, necessária e indispensável de ser tomada, sem perda de tempo. Era o que eu tinha a dizer.⁴⁶⁷

O chefe de gabinete da Casa Civil concordou com o Ato, mas propôs que se colocasse um prazo no recesso do Congresso Nacional. Em seguida, manifestou-se o secretário-geral do Conselho de Segurança Nacional, Jayme Portella: “sou plenamente pela assinatura da proposição que nos é apresentada”.⁴⁶⁸

Terminados os pareceres dos membros do Conselho, Costa e Silva se manifestou para passar a palavra a Gama e Silva, ministro da Justiça:

cabe a sua excelência o senhor ministro da Justiça, responsável direto pela redação desse projeto, que representa a decisão do presidente da República, expor o seu ponto de vista e as razões, pelas quais, o Ato Institucional apresentado à consideração deste Conselho, foi redigido dessa forma. Com a palavra, Sua Excelência o senhor ministro da Justiça.⁴⁶⁹

Gama e Silva começou rebatendo os argumentos de Pedro Aleixo:

Vossa Excelência observou, reiteradamente, que o ato... a minuta de Ato Institucional apresentada à apreciação deste conselho praticamente nada deixa da Constituição. Mais uma vez lamento divergir de Vossa Excelência, porque, lendo-se o ato, até mesmo na matéria do estado de sítio, os preceitos constitucionais são respeitados. Há um sem número de normas da própria Constituição que são mantidos.

Fala Vossa Excelência que estabelece-se uma ditadura. Também não acredito que se estabeleça uma ditadura, porque não se dá a Sua Excelência o senhor presidente da República um poder discricionário que é a nota qualitativa dos regimes ditatoriais. Investe-se, Sua Excelência, de poderes necessários, que, por assim dizer, se tornaram tradicionais, apesar de tão curtos os prazos em que nasceram, na revolução de março de 1964.⁴⁷⁰

De acordo com o autor da minuta do AI-5, a Constituição de 1967

⁴⁶⁷ Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁶⁸ Transcrição do áudio da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁶⁹ Transcrição do áudio da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁷⁰ Transcrição do áudio da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968

Não correspondeu às necessidades revolucionárias. A subversão que surgiu nos mais variados setores infelizmente atingiu também o Congresso Nacional. O que não posso entender senão como ato de autêntica subversão contra o regime o comportamento da Câmara dos Deputados em particular do Partido que deveria apoiar o governo, e que se quis até chamar de “Partido da Revolução” na apreciação de um pedido de licença para processar um dos seus pares.⁴⁷¹

O ex-diretor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco explicou que sua minuta do Ato n. 5 era um texto que, “sem as limitações constitucionais”, permitia ao “presidente da República fazer emendas à Constituição, menos aquelas que pudessem, virtualmente, atentar contra a Federação e a República, repetindo um princípio tradicional que vem desde a Constituição de 1891. Estamos de inteiro acordo com essa sugestão”⁴⁷².

Após rebater algumas outras colocações feitas pelos presentes à sessão, Gama e Silva devolveu a palavra a Costa e Silva, que encerrou a reunião decidindo pela aprovação do AI-5 escrito por Gama e Silva:

Eu considero que o momento é grave, mas ainda não desesperador para a nação. E por isso mesmo, devemos lançar mão dos remédios que podem ainda recuperar o organismo nacional. [...] Mas também exige, após a reflexão, uma decisão. A decisão está tomada e é proposta ao conselho de segurança nacional para ampla discussão, para a ampla opinião de cada um. Porque eu não desprezo o conselho do Conselho de Segurança Nacional.⁴⁷³

“Durante a reunião falou-se dezenove vezes nas virtudes da democracia, e treze vezes pronunciou-se pejorativamente a palavra *ditadura*. Quando as portas da sala se abriram, era noite. Duraria dez anos e dezoito dias”⁴⁷⁴.

Naquela mesma noite, no Palácio das Laranjeiras, Gama e Silva posaria sentado numa mesa estilo Luís XIV, à esquerda de Augusto Curi, locutor da Rádio Tupi do Rio de Janeiro, para leitura em do AI-5 em cadeia nacional.

Na manhã seguinte, jornais de todo o país noticiavam o Ato n. 5. O canto superior esquerdo do *Jornal do Brasil* trazia um pequeno detalhe *meteorológico* que dizia: “Tempo negro. Temperatura sufocante. O ar está irrespirável. O país está sendo varrido por ventos fortes. Máx.: 38°, em Brasília. Min.: 5°, nas Laranjeiras.”

Mantendo a dualidade jurídica própria do regime militar⁴⁷⁵, o AI-5 estava acima da Constituição de 1967, que, como visto na sessão do Conselho de Segurança Nacional, já não

⁴⁷¹ Transcrição do áudio da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968

⁴⁷² Transcrição do áudio da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁷³ Transcrição do áudio da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968.

⁴⁷⁴ GASPARI, 2014, p. 342.

⁴⁷⁵ PAIXÃO, 2020.

atendia mais às necessidades da ditadura. Esse Ato dava superpoderes ao presidente da República, dentre eles: (i) fechar o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores por tempo indeterminado (art. 1º); (ii) intervir nos estados e municípios ilimitadamente (art. 3º); (iii) suspender sem qualquer limitação os direitos políticos de quaisquer cidadãos por 10 anos (art. 4º); (iv) cassar mandatos de deputados, senadores e vereadores sem qualquer limitação (art. 4º); (v) decretar demissão, remoção, disponibilidade ou aposentadoria de quaisquer servidores públicos, inclusive juízes, promotores e militares (art. 6º, § 1º); (vi) decretar estado de sítio quase ilimitadamente (art. 7º); (vii) confiscar bens de servidores públicos sob investigação (art. 8º); (viii) decretar a suspensão da liberdade de reunião e de associação (art. 9º); (ix) violar correspondências e censurar a imprensa (art. 9º).

O AI-5 suspendeu o direito de *habeas corpus* (art. 10) e mantinha o afastamento da jurisdição, impedindo o poder judiciário de apreciar as medidas tomadas com base no novo Ato e nos Atos Complementares (art. 11). Além disso, o Ato n. 5 permitia que todas as funções do Poder Legislativo fossem usurpadas pelos respectivos chefes do Executivo – lembrando que os governadores e prefeitos das capitais eram “eleitos” indiretamente após indicação direta da ditadura, por força do AI-3.

Gaspari considera a suspensão do *habeas corpus*, imposta no art. 10, “a pior das marcas ditatoriais do Ato, aquela que haveria de ferir toda uma geração de brasileiros”. Para o autor, nesse dispositivo do AI-5 “estava atendida a reivindicação da máquina repressiva”⁴⁷⁶. Conforme aponta Gaspari (2014, p. 342-343), o *habeas corpus* constitui um princípio fundamental do direito que, historicamente, resguarda o indivíduo contra abusos e coações ilegais por parte do Estado. Contudo, a partir de 1964, o regime militar passou a enxergar esse instrumento jurídico como uma brecha que permitia a impunidade de seus opositores. Três meses após a publicação do AI-5, determinou-se que os responsáveis por inquéritos políticos tinham a prerrogativa de deter cidadãos por até sessenta dias, prevendo um período de dez dias sob total incomunicabilidade. Na prática, esses prazos visavam favorecer as práticas de tortura, estabelecendo um período de isolamento que dobrava o limite outrora permitido pela Coroa portuguesa no alvará de 1705, consolidando assim a estrutura para as violações de direitos humanos cometidas pela ditadura.⁴⁷⁷

Em termos de continuidade do aparato jurídico da ditadura, o Ato seguia o encadeamento lógico. Cristiano Paixão observa que o preâmbulo do AI-5 assume abertamente

⁴⁷⁶ GASPARI, 2014, p. 342.

⁴⁷⁷ GASPARI, 2014, p. 342-343.

sua natureza de regra de exceção. O autor evidencia isso ao ressaltar o trecho do documento que justifica o endurecimento do regime sob o argumento de que ações subversivas, vindas de diferentes setores políticos e da sociedade, estariam utilizando os próprios mecanismos jurídicos criados pelo movimento de 1964 não para a defesa da nação, mas como ferramentas para combater e desestruturar o próprio regime.⁴⁷⁸

De acordo com Paixão, Gama e Silva, autor do AI-5, “as normas jurídicas não são suficientes, por si só, para proteger a ‘revolução’ de seus opositores”. Conforme argumenta Paixão, a manutenção do regime exigiu a intensificação do estado de exceção. Esse processo concretizou-se por meio da supressão dos direitos e liberdades públicas, da prerrogativa de fechamento das casas legislativas e da aplicação de intervenções federais. Além disso, o autor destaca que o período foi marcado pelo cancelamento das garantias constitucionais voltadas à magistratura, entre outros mecanismos autoritários que o governo militar elaborou com acentuada engenhosidade.⁴⁷⁹

O AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, ampliou a possibilidade de suspensão de direitos políticos e alterou novamente a composição do STF, diminuindo de 16 para 11 ministros.

Os demais Atos trataram de questões pontuais. O AI-10, de 16 de maio de 1969, ampliou os efeitos da suspensão de direitos políticos ou cassação de mandato eletivo, que poderia, a partir de então, ensejar em perda do cargo ou função na Administração Pública, aposentadoria compulsória, cessação imediata de exercício de quaisquer mandatos eletivos. O AI-10 também permitia ao presidente da República, a qualquer tempo, impor essas sanções.

O AI-11, de 14 de agosto de 1969, tratou da data para eleição de prefeito, vice e vereadores. O AI-12, de 1º de setembro de 1969, cuidou do afastamento de Costa e Silva, por motivo de saúde, e passou o poder temporariamente para uma junta militar formada pelas três armas. O AI-13, de 5 de setembro de 1969, mais breve de todos, trouxe a possibilidade de banir brasileiros do território nacional, caso se tornasse “nocivo ou perigoso à segurança nacional”⁴⁸⁰.

O Ato seguinte, AI-14, decretado no mesmo dia 5 de setembro, alterou a Constituição e implantou as penas de morte e perpétua para civis:

CONSIDERANDO que atos de guerra psicológica adversa e de guerra revolucionária ou subversiva, que atualmente perturbam a vida do País e o mantêm em clima de intranquilidade e agitação, devem merecer mais severa repressão;

⁴⁷⁸ BRASIL, AI-5, 1968.

⁴⁷⁹ PAIXÃO, 2011, p. 159.

⁴⁸⁰ BRASIL, AI-13, 1969.

CONSIDERANDO que a tradição jurídica brasileira, embora contrária à pena capital, ou à prisão perpétua, admite a sua aplicação na hipótese de guerra externa, de acordo com o direito positivo pátrio, consagrado pela Constituição do Brasil, que ainda não dispõe, entretanto, sobre a sua incidência em delitos decorrentes da guerra psicológica adversa ou da guerra revolucionária ou subversiva;⁴⁸¹

Pelo AI-14, a Constituição passava a ter a seguinte redação no art. 150:

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.⁴⁸²

O AI-15, de 11 de setembro de 1969, apenas alterou a data das eleições municipais. Já o AI-16, de 14 de outubro de 1969, foi o conhecido “golpe dentro do golpe”, que impediu o vice-presidente Pedro Aleixo, civil, de assumir a presidência diante do afastamento definitivo de Costa e Silva por doença grave.

O último Ato, AI-17, também de 14 de outubro de 1969, permitia ao presidente da República a transferência para reserva

por período determinado, os militares que hajam atentado, ou venham a atentar, comprovadamente, contra a coesão das forças armadas, divorciando-se, por motivos de caráter conjuntural ou objetivos políticos de ordem pessoal ou de grupo, dos princípios basilares e das finalidades precípuas de sua destinação constitucional.

Parágrafo único - A sanção prevista neste artigo aplicar-se-á quando, em face dos antecedentes, do valor próprio e dos serviços prestados à Marinha, ao Exército, à Aeronáutica e à Revolução, for de presumir-se que o militar assim punido possa vir a reintegrar-se no espírito e nos deveres próprios da instituição militar.⁴⁸³

Após a edição do décimos-sétimo e último Ato Institucional da ditadura, foi outorgada, em 17 de outubro de 1969, a emenda constitucional n. 1, editada pela Junta Militar que comandava o país logo após a morte do Presidente Artur da Costa e Silva. Essa emenda incorporou à ordem constitucional todos os Atos Institucionais da ditadura e, na prática, passou a ser considerada uma nova Constituição.

Os Atos Institucionais vigoraram no ordenamento jurídico da ditadura militar até a promulgação da Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978⁴⁸⁴, que alterou a

⁴⁸¹ BRASIL, AI-14, 1969.

⁴⁸² BRASIL, AI-14, 1969.

⁴⁸³ BRASIL, AI-17, 1969.

⁴⁸⁴ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978**. Brasília, DF: Presidência da República, 1978. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 12 jan. 2023.

Constituição de 1969. O art. 3º dessa Emenda determinada que estavam “revogados os Atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”. A Emenda, todavia, ressalvava os efeitos dos atos praticados com base nos Atos Institucionais, ou seja, os Atos seriam revogados, mas os *atos* da ditadura permaneceriam. Era mais uma face da auto-anistia dos militares. Além disso, a Emenda só entrou em vigor 1º de janeiro de 1979.

3.3. O artifice do Ato Institucional n. 1: Francisco Campos

A análise dos dezessete Atos Institucionais, feita no tópico anterior, mostrou que o preâmbulo do AI-1 foi o fio condutor de toda a legalidade da ditadura, e que nele se cristalizou a tese da revolução vitoriosa investida de poder constituinte originário. Viu-se também, com a genealogia traçada por Heloisa Câmara, que a figura do Ato Institucional não nasceu em 1964, e, com Cristiano Paixão, que a redação do preâmbulo por Francisco Campos estabeleceu uma relação direta entre dois regimes autoritários, o Estado Novo e a ditadura militar. Convém agora deter o olhar sobre o autor dessas linhas inaugurais, pois compreender quem foi Francisco Campos e que concepção de direito o animava é condição para entender por que os Atos Institucionais puderam apresentar-se como expressão de uma legalidade, e não de pura força. Se o tópico anterior examinou os textos da exceção, este examina o jurista que lhes forneceu a gramática, mostrando que a legalidade autoritária mobilizada ao longo desta Tese teve, na figura de Campos, um de seus principais artífices.

Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968) é reconhecido pela historiografia como o principal arquiteto jurídico das duas grandes rupturas autoritárias do Brasil no século XX, o Estado Novo de 1937 e o golpe militar de 1964.⁴⁸⁵ A literatura especializada frequentemente o define como um “jurisconsulto adaptável”,⁴⁸⁶ capaz de transitar entre diferentes regimes e ideologias e de instrumentalizar sua erudição técnica para conferir revestimento de legalidade a atos de força. Como principal redator do preâmbulo do Ato Institucional n. 1, Campos é figura central para esta Tese, pois nele se encontra a formulação mais acabada da tese, retomada no capítulo 1 e na análise da legalidade autoritária, de que a revolução vitoriosa detém poder constituinte originário e se legitima por si mesma.

⁴⁸⁵ MAIA, Daniele Lovatte. Em torno de Francisco Campos: ideias autoritárias, Estado nacional e democracia substancial. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 1-24, 2025.

⁴⁸⁶ SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite; CASTRO, Alexandre Rodrigues de. Um jurisconsulto adaptável: Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (org.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro*: de 1930 aos dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255-291.

Para Francisco Campos, o modelo de democracia liberal e parlamentar herdado do século XIX revelava-se obsoleto e incapaz de solucionar as tensões sociais e a fragmentação partidária da modernidade.⁴⁸⁷ Em contraposição, formulou o conceito de democracia substancial, ou autoritária, na qual a legitimidade do poder não adviria do sufrágio individual clássico, interpretado por ele como ato de relativismo e esquecimento, mas de processos de aclamação ou plebiscito.⁴⁸⁸ Nesse paradigma, a vontade popular seria ratificada em torno de um líder carismático, a figura do “César” ou “Mito”, responsável por personificar a unidade nacional. Fundamentado no pensamento de Georges Sorel e Carl Schmitt, Campos argumentava que a política contemporânea operava primordialmente no campo do irracional, cabendo ao Executivo e à sua burocracia técnica a gestão racional do Estado, enquanto as massas seriam mobilizadas por símbolos e mitos. Sob essa ótica, o Estado assumiria a função de protetor e garantidor da coesão social, subordinando a liberdade individual ao bem comum, sob o postulado de que “a lei liberta onde a liberdade escraviza”.⁴⁸⁹

A visão constitucional campiana rompeu com o formalismo e com o que Oliveira Vianna denominava idealismo utópico, que Campos via como importação desconectada das necessidades sociológicas brasileiras.⁴⁹⁰ A Constituição de 1937 foi apresentada como a consubstanciação das tradições e realidades nacionais, dispositivo para assegurar a unidade política e econômica e neutralizar os feudalismos regionais. Campos defendia a primazia do Executivo na criação normativa, por considerar que a técnica legislativa residia naturalmente no governo, enquanto o Parlamento seria reduzido a espaço de discussões estéreis.⁴⁹¹ É esse arcabouço que, vinte e sete anos depois, reapareceria condensado no preâmbulo do AI-1, no qual a vontade da revolução se afirma como fonte originária de validade, independentemente de qualquer normatividade anterior.

O pensamento de Francisco Campos constitui, assim, um dos alicerces teóricos da legalidade autoritária no Brasil, ao estabelecer que a ruptura revolucionária cria uma nova legalidade hierarquicamente superior à ordem constitucional anterior.⁴⁹² Trata-se da matriz

⁴⁸⁷ SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite (org.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 426.

⁴⁸⁸ SEELAENDER, 2009, p. 417.

⁴⁸⁹ SEELAENDER, 2009, p. 417; MADEIRA PINTO, Francisco Rogério. Francisco Campos e o cinismo constitucional. **REJUR: Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 2, n. 4, p. 39-66, jul./dez. 2018.

⁴⁹⁰ MADEIRA PINTO, 2018.

⁴⁹¹ SEELAENDER, 2009.

⁴⁹² PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, Sevilla, v. 13, n. 26, p. 146-169, 2011; SEELAENDER, 2009.

doutrinária que, no capítulo 4, se verá convertida em problema concreto para o Supremo Tribunal Federal, levado a um persistente dilema institucional, pois, para preservar sua funcionalidade, a Corte acabou aceitando a validade técnica de normas de exceção que se apresentavam como atos do poder constituinte.⁴⁹³ A noção de democracia substancial é, nesse sentido, esclarecedora, pois permite compreender como o regime manteve um discurso de preservação democrática enquanto suprimia garantias fundamentais, valendo-se do idioma do direito para conferir verniz de normalidade à rotinização do estado de exceção.

A chave analítica que melhor descreve essa operação é a do cinismo constitucional, proposta por Francisco Rogério Madeira Pinto a partir da razão cínica de Peter Sloterdijk. A categoria descreve a transformação do direito em ferramenta puramente técnica para viabilizar decisões de força previamente tomadas, com plena consciência, por parte dos agentes estatais, da manipulação ideológica em curso, de modo que a gramática constitucional atua como máscara do arbítrio.⁴⁹⁴ Essa prática articula-se por meio de uma insolência discursiva, inspirada na *parresía* cínica analisada por Foucault, que promove uma desconexão deliberada entre palavras e ações, permitindo que regimes autocráticos empreguem vocabulários liberais para destruir as próprias instituições democráticas.⁴⁹⁵ O mito político, nesse arranjo, opera como dispositivo pragmático, pois, para o jurista cínico, a verdade do mito não possui valor ético, mas apenas valor de ação para a mobilização de massas tidas por irracionais.⁴⁹⁶ A trajetória de Campos é, por isso, o paradigma do jurista adaptável, capaz de desvinculação ideológica e ajuste técnico aos governos de ocasião, operando uma legalidade *ad hoc* que rotinizava a exceção sem compromisso com valores democráticos.⁴⁹⁷

A interlocução entre Campos e o decisionismo de Carl Schmitt é central para a compreensão dessa arquitetura, sendo Campos reconhecido como o principal mediador das teses do jurista alemão no país.⁴⁹⁸ Foi dessa matriz que extraiu tanto a justificativa do poder constituinte originário da revolução vitoriosa, inscrita no preâmbulo do AI-1, quanto a crítica ao parlamentarismo que sustenta a democracia substancial, na qual a vontade popular se manifesta pela aclamação em torno do líder, e não pelo sufrágio individual.⁴⁹⁹ A recepção, contudo, não foi mera transposição. Enquanto Schmitt se fundava em um realismo existencial,

⁴⁹³ MADEIRA PINTO, 2018.

⁴⁹⁴ MADEIRA PINTO, 2018, p. 39-44.

⁴⁹⁵ MADEIRA PINTO, 2018, p. 44.

⁴⁹⁶ MADEIRA PINTO, 2018, p. 42, 46-47.

⁴⁹⁷ SEELAENDER; CASTRO, 2010, p. 256-257; MADEIRA PINTO, 2018, p. 41, 44, 48.

⁴⁹⁸ SEELAENDER; CASTRO, 2010, p. 264.

⁴⁹⁹ MAIA, 2025.

cujó núcleo era a distinção entre *amigo* e *inimigo*, Campos buscava ancorar suas teses no positivismo e na força da lei produzida pelo Executivo, implementando o controle social por meio de uma burocracia estatal e corporativista. É essa apropriação seletiva, técnica e instrumental, voltada a revestir de legalidade atos de pura força, que confirma, na figura de Campos, o caráter de uma doutrina posta a serviço da exceção.⁵⁰⁰

Compreende-se, assim, por que o preâmbulo redigido em poucos minutos por Francisco Campos pôde tornar-se, conforme se viu no tópico anterior, o fio condutor de todos os dezessete Atos Institucionais. Não se tratava de improviso, mas da síntese de uma concepção de direito que Campos vinha elaborando desde o Estado Novo, segundo a qual a vontade do poder vitorioso é a fonte última da norma, e a Constituição, instrumento dócil dessa vontade. A democracia substancial e o cinismo constitucional não são, portanto, curiosidade biográfica, mas a própria chave que explica como o regime de 1964 conseguiu apresentar a exceção sob a forma da legalidade. É essa herança que será levada ao Supremo Tribunal Federal, e é com a estrutura conceitual fundada por Campos, a do Ato Institucional como norma superior à Constituição, que os ministros terão de se confrontar nos julgamentos analisados no capítulo 4. Antes, porém, de chegar às decisões da Corte, cabe examinar como a doutrina constitucional do período, nos manuais publicados entre 1964 e 1985, recebeu e justificou a figura do Ato Institucional, tarefa do tópico seguinte.

3.4. Os manuais de direito constitucional pós-1964

Continuando a pesquisa nas fontes primárias, serão analisados os principais manuais de direito constitucional publicados após 1º de abril de 1964 até 1985, para investigar como a doutrina interpretou os Atos Institucionais e a relação destes com a Constituição de 1967 e com o estado de exceção. Se o tópico anterior reconstruiu a doutrina do estado de sítio até 1964, cabe agora observar o momento em que essa mesma cultura jurídica é chamada a interpretar não mais uma hipótese de crise prevista na Constituição, mas uma legalidade nova, a dos Atos Institucionais, que se coloca ao lado e acima dela. É nesse deslocamento que se poderá ver, em ato, a passagem da exceção pensada para a exceção legitimada.

Utilizando a mesma metodologia de busca nas bases de dados das bibliotecas acima mencionadas, adicionando-se as palavras-chave “ato institucional” e “atos institucionais”, bem

⁵⁰⁰ MADEIRA PINTO, 2018.

como o acréscimo das principais faculdades de direito do país entre 1964 e 1985 no rol de instituições, foram selecionados os principais manuais de direito constitucional.

Um dos manuais mais recorrentes nesse período é o do professor Paulino Jacques, então Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara,⁵⁰¹ que publicou em 1958 a primeira edição da sua obra *A Constituição Explicada*.

Em 1970, em plena ditadura militar, Paulino Jacques publica a terceira edição da obra, que passava a incluir comentários sobre os Atos Institucionais. Era uma das obras mais recorrentes nas bibliotecas das Faculdades de Direito nesse período, conforme levantamento feito nesta pesquisa.

Já de início, ao comentar os efeitos da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, Paulino Jacques defendia que “a questão da outorga por uma Junta Militar”, bem como a questão “dos poderes constituintes remanescentes” haviam perdido “a significação diante das concepções modernas de ‘poder constituinte’ e ‘revolução’”, sendo que, segundo ele, para essa concepção moderna,

a “assembleia” não é a única fonte legítima do “poder constituinte”, qual revela a história das instituições políticas e sustenta a hodierna “teoria jurídica das revoluções”, liderada por OTTO GIERKE, HANS KELSEN e CARLOS CÔSSIO. [...] Demais, se toda revolução traz em seu ventre o “poder constituinte”, como realmente acontece, enquanto ela atua, aquele poder permanece, como o efeito que decorre da causa, e torna revolucionariamente legítimos os atos praticados com base nesse “poder constituinte remanescente”.⁵⁰²

Para Jacques, era claro que, do ponto de vista formal, tratava-se efetivamente de uma emenda à Constituição de 1967, mas, do ponto de vista substancial, a Emenda n. 1 de 1969 era uma nova Constituição outorgada pela Junta Militar. Segundo Jacques, o cenário político brasileiro da época configurava-se juridicamente como uma anomalia. O autor argumenta que a gravidade da crise naquele momento chegou a inverter a clássica máxima de Cogliolo, que define o direito como uma forma capaz de abrigar qualquer conteúdo, permitindo afirmar, sem incorrer em erro jurídico, que o direito havia se tornado um conteúdo submetido a qualquer tipo de forma. Jacques pondera ainda que, diante daquele transe político, a distinção schmittiana entre legalidade e legitimidade perdia o sentido, devendo as duas categorias ser vistas de maneira indissociável, o que reforçaria a conhecida premissa de Gierke de que o direito se

⁵⁰¹ Atualmente Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

⁵⁰² JACQUES, Paulino. *A Constituição Explicada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 5.

define pelo que concretamente é, e não pelo que deveria ser.⁵⁰³

Paulino Jacques, efetivamente, defendia a legitimidade e a legalidade da Constituição de 1967 e da nova Constituição efetivada por meio da Emenda n. 1 em 1969. Para o catedrático, essa Emenda poderia ser outorgada porque a Junta Militar representava e era legitimada pelas “fontes do poder constituinte conjuntural”, emanada do art. 3º do AI-16, e do § 1º do art. 2º do AI-5. Além disso, porque esse mesmo poder constituinte havia permitido a decretação do recesso do Congresso Nacional pouco antes.⁵⁰⁴⁵⁰⁵

“O Ato Institucional, por sua própria natureza”, defendia Paulino Jacques, “é outorgado pelo Chefe de Estado, independentemente de consulta à Nação, porque resulta do ‘poder constituinte’ ínsito e imanente em toda revolução vitoriosa”.⁵⁰⁶ Para o doutrinador, o Ato Institucional “está no mesmo grau hierárquico da Constituição outorgada, quando estrutura por inteiro o Estado, ou corresponde à Emenda Constitucional, se se limita a modificar em parte essa estrutura ou funcionalidade, como o presente Ato fez”.⁵⁰⁷ É precisamente esta a tese que esta investigação retoma e radicaliza: a equiparação do Ato Institucional à Constituição, formulada pelo próprio jurista da ditadura, é a confissão doutrinária de que o Ato ocupava a posição de norma fundamental do ordenamento, o ponto a partir do qual todas as demais normas recebiam validade. Paulino Jacques, ao defender a ditadura, oferece o testemunho mais eloquente daquilo que a tese sustenta criticamente, a saber, que a *grundnorm* da ordem instaurada em 1964 não era a Constituição, mas o Ato Institucional.

Também concorda com o conceito de democracia apresentado no preâmbulo do AI-5, pois “acentua, com razão, que a autêntica ordem democrática se baseia ‘na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, e na luta contra a corrupção’”,⁵⁰⁸ os quais, para Jacques, são “pressupostos de uma ‘vida digna de ser vivida’ e da própria reconstrução nacional, como já acentuara o Ato Institucional n. 1”. Cabe registrar a inversão sintática do argumento, pois a definição de democracia pela via do combate à subversão e às ideologias adversas é exatamente o vocabulário da Doutrina de Segurança Nacional, no qual a democracia se afirma negando as liberdades que a constituem, o que confirma, no plano doutrinário, a *utopia autoritária* descrita

⁵⁰³ JACQUES, 1970, p. 6.

⁵⁰⁴ Por força do Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968.

⁵⁰⁵ JACQUES, 1970, p. 9.

⁵⁰⁶ JACQUES, 1970, p. 9.

⁵⁰⁷ JACQUES, 1970, p. 9.

⁵⁰⁸ JACQUES, 1970, p. 200.

por Carlos Fico e mobilizada no Capítulo 1.

O autor manifesta concordância com as justificativas que fundamentaram a decretação do AI-5, respaldando-se diretamente no pronunciamento feito em rede nacional pelo ministro da Justiça, Luís Antônio da Gama e Silva, no dia 13 de dezembro de 1968. Com base nesse discurso, Jacques argumenta que o governo não poderia tolerar a atuação de opositores que conspirassem contra o movimento de 1964, sob a premissa de que o curso da revolução era irreversível. O ministro apontava que as agitações haviam se intensificado nos meses anteriores, deflagrando o início de uma guerra revolucionária articulada por setores ligados ao regime deposto.

Ademais, a argumentação de Gama e Silva é retomada para demonstrar como o próprio preâmbulo do AI-5 evidenciava o avanço dessa subversão. Segundo o relatório ministerial citado pelo autor, relatórios de inteligência comprovavam que as ações subversivas haviam se expandido a ponto de alcançar o Parlamento Federal, contando inclusive com a participação de parlamentares da própria base governista, os quais tinham o dever político de salvaguardar as diretrizes estabelecidas em março de 1964.⁵⁰⁹ Note-se que Jacques não argumenta, ele transcreve a fundamentação do próprio regime e a converte em doutrina, gesto que ilustra com precisão o que Anthony Pereira denomina *legalidade autoritária*, isto é, a cooperação ativa da cultura jurídica na produção do verniz de legitimidade do arbítrio.

Como visto, para Paulino Jacques, a figura jurídica do Ato Institucional traz consigo o poder constituinte originado do Presidente da República na condição de chefe do governo revolucionário. Sob essa ótica, a prerrogativa concedida ao chefe do Executivo para decretar o recesso das assembleias legislativas nos âmbitos federal, estadual e municipal evidencia a aplicação do conceito de *notrecht* (direito de necessidade). O autor pondera que tal medida, embora inadmissível em um regime presidencial sob condições normais, tornava-se compreensível diante do cenário de anormalidade da época, cuja superação cabia ao próprio governo promover. Essa ação justificava-se mesmo que demandasse um “golpe de Estado”, configurando o que ele define como uma revolução realizada pelo próprio poder estabelecido, de maneira pacífica, ou como uma “revolução branca”.

E esse mesmo “direito de necessidade” permite, no entender de Jacques, o “poder excepcional de intervenção nos Estados e nos Municípios, conferido ao Presidente da República, sem as limitações constituição”, afastando “as normas regulares para que imperem

⁵⁰⁹ JACQUES, 1970, p. 201.

as singulares, impostas pela conjuntura revolucionária”.⁵¹⁰ A invocação do *Notrecht*, o direito de necessidade, é reveladora, pois é sob essa categoria que a doutrina alemã de Weimar justificou os poderes excepcionais do Executivo, e é a mesma matriz que, conforme se mostrou no capítulo 1, conduz à zona de indistinção entre direito e não direito descrita por Agamben. Jacques não suspende o direito contra a norma, ele o faz em nome de uma necessidade que a própria ordem reconhece, que é a estrutura mesma do estado de exceção.

Decorre desse mesmo *notrecht* a possibilidade trazida pelo AI-5 de suspender direitos políticos por ato do Presidente da República sem as limitações constitucionais, “a fim de que a medida alcance os seus fins imediatos e irreversíveis em favor da nova ordem”.⁵¹¹

No que tange às demissões, aposentadorias e remoções reforçadas pelo AI-5, explica Paulino Jacques que se trata de uma “decorrência da suspensão das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, em vigor desde 13 de dezembro de 1968”, podendo o Presidente da República, “mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade, Ministros dos Tribunais Federais e do Tribunal de Contas da União, professores catedráticos e outros titulares daquelas garantias”.⁵¹²

Nessa mesma linha, defende Paulino Jacques que “a suspensão do habeas corpus nos crimes não comuns enumerados” pelo artigo 10 do AI-5 também “resulta do *notrecht* reinante, como acima foi acentuado, o qual afasta o controle jurisdicional ordinário, exercido pelos Tribunais de Justiça sobre as instâncias inferiores”.⁵¹³

Por fim, reforçando sua tese de que a figura do Ato Institucional está no mesmo grau hierárquico da Constituição, afirma Paulino Jacques que isso se comprova no fato de que o Ato pode modificar a Constituição de modo anômalo, em decorrência do direito de necessidade.⁵¹⁴ O autor defende que o Ato Institucional é imune a questionamentos por parte de outros órgãos, incluindo o Poder Judiciário. Sob essa ótica, Jacques argumenta que, por emanar diretamente do Poder Constituinte, personificado no chefe do governo e da revolução vitoriosa, o decreto não poderia ser contestado por instituições do Poder Constituído, como os tribunais judiciais, que possuem hierarquia inferior. Da mesma forma, o jurista aponta que os Atos Complementares, apesar de subordinados ao Ato Institucional, partilham da mesma imunidade em razão da conjuntura política vigente, que sustentaria a legitimidade do regime.

⁵¹⁰ JACQUES, 1970, p. 204.

⁵¹¹ JACQUES, 1970, p. 205.

⁵¹² JACQUES, 1970, p. 207.

⁵¹³ JACQUES, 1970, p. 209.

⁵¹⁴ JACQUES, 1970, p. 209.

Por fim, ele conclui que os efeitos decorrentes dessas medidas, por configurarem um desdobramento temporal delas, devem gozar dessa mesma proteção jurídica.⁵¹⁵ A imunidade jurisdicional teorizada por Jacques deve ser retida, pois é ela que reaparecerá, no capítulo 4, como a cláusula de afastamento da jurisdição que o Supremo, em regra, ora acatou, ora contornou. A doutrina, aqui, antecipa e fundamenta aquilo que o Tribunal teria de enfrentar caso a caso.

Quanto ao Ato Institucional n. 6, decretado pela ditadura militar em 1º de fevereiro de 1969 e que trouxe novas alterações no Supremo, Paulino Jacques reforça a tese segundo a qual “o ‘poder constituinte’ é ínsito e imanente a todo movimento revolucionário vitorioso, que tem, mesmo, o dever de estabelecer as condições da vitória. Subsiste, êsse poder, obviamente, enquanto a Revolução não realiza integralmente os seus fins”, defende.⁵¹⁶

O AI-6, como já visto, retomou a composição do STF com 11 ministros. Além disso, fez uma série de modificações na estrutura recursal que, até então, era de competência do Supremo. Paulino Jacques, indo ao encontro do mesmo argumento usado pela ditadura em 1965 para aumentar o número de ministros para 16, diz que se trata de uma “tendência contemporânea, restringir a competência da Suprema Corte aos casos precipuamente constitucionais ou políticos *stricto sensu* como acontece”, segundo ele, em países como a “Itália, com a ‘Corte Costituzionale’ (Constituição de 1947, arts. 134 usque 137); na Alemanha Ocidental, com o ‘Bundesverfassungsgericht’ (Constituição de 1949, artigos 92 usque 94); e na França, com a ‘Haute Cour de Justice’ (Constituição de 1958, art. 67)”.⁵¹⁷ O argumento comparado merece reparo crítico, pois as cortes constitucionais europeias invocadas surgem para reforçar o controle de constitucionalidade, e não para esvaziar a jurisdição de um tribunal inconveniente. Jacques inverte o sentido das instituições que cita, mobilizando o prestígio do constitucionalismo do pós-guerra para justificar o oposto dele, que é a redução do Supremo à condição de órgão tolerado.

De acordo com Paulino Jacques, a alteração do art. 114 da Constituição de 1967 “extinguiu o recurso ordinário em caso de ‘mandado de segurança’, autorizado na Constituição”, e perceberemos, no último capítulo desta Tese, que o STF estava conhecendo de mandados de segurança contra atos da ditadura baseados em Ato Institucional, que estavam excluídos da apreciação judicial por força dos próprios Atos, “vedou a substituição do recurso

⁵¹⁵ JACQUES, 1970, p. 209.

⁵¹⁶ JACQUES, 1970, p. 210.

⁵¹⁷ JACQUES, 1970, p. 211.

ordinário, em hipótese de habeas corpus, por pedido originário” e, por fim, “suprimiu o recurso ordinário na espécie prevista no § 1º do art. 122 da Constituição, isto é, repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares, praticados por civis”.⁵¹⁸ A observação, registrada por Jacques como simples nota técnica, é decisiva para esta Tese, pois revela que a supressão de recursos não era neutra, mas a resposta institucional do regime à resistência de um Supremo que, mesmo sob a cláusula de exclusão, seguia conhecendo de mandados de segurança contra atos fundados nos Atos Institucionais.

Além disso, o AI-6 suprimiu “o recurso extraordinário, in totum, em se tratando de decisões de juízes”, de modo que, para Jacques, “o Supremo Tribunal Federal ficou aliviado em sua pesada tarefa de julgar recursos ordinários ou extraordinários, com as alterações acima apontadas”.⁵¹⁹

Houve, também, pelo AI-6, “a supressão do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, nos crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares, praticados por civis”. “Com essa medida”, repete Paulino Jacques, “aliviou-se, ainda mais, a Suprema Corte em sua tarefa ingente de controlar as decisões das inferiores instâncias”.⁵²⁰ A reiteração do verbo aliviar, empregado sem ironia pelo jurista, denuncia o ponto de vista a partir do qual escreve, pois o esvaziamento da competência do Tribunal é apresentado como benefício, e não como mutilação, o que confirma o caráter colaborativo da doutrina examinada.

Paulino Jacques analisa o artigo 2º do AI-6, que estende as determinações do AI-5 àqueles que haviam sido punidos com base no AI-1 ou no AI-2, classificando esse mecanismo como um preceito repristinatório. O autor explica que a medida restaura os efeitos decorrentes da aplicação de normas já revogadas, cujas consequências continuam válidas e passam a ser regidas por essa nova determinação jurídica. Jacques justifica essa dinâmica com base no caráter excepcional ou temporário dessas legislações, traçando um paralelo analógico com o respaldo oferecido pelo artigo 3º do Código Penal brasileiro da época.⁵²¹

Por fim, sobre o dispositivo do AI-6 que mantém o afastamento da jurisdição, argumenta Jacques que se trata do que, “no Direito inglês, denomina-se ‘act of indemnity’, verdadeira anistia em favor do Governo, em determinadas conjunturas qual ocorre na espécie. O Ato Institucional n. 5 cit. já o havia previsto (art. 11)”.⁵²² A menção ao *act of indemnity*

⁵¹⁸ JACQUES, 1970, p. 212.

⁵¹⁹ JACQUES, 1970, p. 213.

⁵²⁰ JACQUES, 1970, p. 213.

⁵²¹ JACQUES, 1970, p. 214.

⁵²² JACQUES, 1970, p. 214.

antecipa, no plano doutrinário, a lógica da indenidade que, no capítulo 4, reaparecerá na jurisprudência da redemocratização, quando o Supremo for chamado a decidir sobre os efeitos patrimoniais das punições fundadas nos Atos, evidenciando a longa sobrevida da exceção.

Sobre o Ato Institucional n. 7, de 26 de fevereiro de 1969, que, dentre outras disposições, suspendeu as eleições para cargos do Executivo e Legislativo da União, Estados, Territórios e Municípios, Paulino Jacques vai novamente ao encontro da ditadura militar afirmando que inexistia naquele “momento, razão para quaisquer eleições parciais nos âmbitos federal, estadual, municipal e territorial, tendo em vista o recesso parlamentar e o *notrecht* reinante”. Por isso, para o autor, havia “a necessidade da ‘intervenção federal’, decretada pelo Presidente da República, na forma dos §§ 1º e 2º, a fim de prevenir a acefalia governamental nas municipalidades”.⁵²³

Sobre o Ato Institucional n. 10, de 16 de fevereiro de 1969, Paulino Jacques afirma que tal Ato se apoia “nos Atos anteriores acima mencionados, mostrando a continuidade e a coerência do ‘espírito revolucionário’, que se plasma nos textos legais primários e secundários, os atos institucionais e os atos complementares, respectivamente”.⁵²⁴ A expressão continuidade e coerência, usada por Jacques em louvor ao regime, é a mesma que esta Tese reivindica em sentido crítico, pois o que o jurista celebra como coerência do espírito revolucionário é, do ponto de vista aqui adotado, a coerência interna de uma ordem jurídica fundada no Ato Institucional, e não na Constituição.

De acordo com Jacques, em sua defesa, a ampliação dos efeitos da suspensão dos direitos políticos de cidadãos e da cassação de mandatos eletivos trazida pelo AI-10 mostrava “a linha de defesa da Revolução diante da agressividade do inimigo”, sendo que, por isso, o Ato autorizava “o Presidente da República a impor as sanções previstas no artigo, ‘a qualquer tempo’ e com ‘efeito retroativo’, obviamente por força da conjuntura que o País vive, impondo um verdadeiro *notrecht* (direito de necessidade), como autodefesa do Estado”.⁵²⁵ A figura do inimigo, que aqui aflora, é reveladora, pois é ela que, na chave schmittiana retomada no capítulo 1, define o soberano como aquele que decide quem está dentro e quem está fora da ordem, e é sob a sua invocação que a sanção retroativa e por tempo indeterminado se apresenta como autodefesa, e não como arbítrio.

Já as demissões e aposentadorias decorrentes dessas cassações e suspensões, de que

⁵²³ JACQUES, 1970, p. 218.

⁵²⁴ JACQUES, 1970, p. 225.

⁵²⁵ JACQUES, 1970, p. 227.

tratava o AI-10, eram “sanções acessórias, decorrentes das principais, à maneira do que ocorre no Direito Penal regular, mas com a peculiaridade de sua aplicação”⁵²⁶ dever ficar a critério do Presidente da República, nos âmbitos federal, estadual, municipal, autárquico e de empresa pública ou sociedade de economia mista, concessionária ou permissionária de serviço público, fundação criada ou subvencionada pelos Podêres Públicos, bem assim em instituições de ensino ou pesquisa e organizações de interesse da segurança nacional.⁵²⁷

O Ato Institucional n. 12, baixado pela Junta Militar em 1º de setembro de 1969, foi a forma de impedir o então vice-presidente Pedro Aleixo, civil, de assumir temporariamente a Presidência da República diante do quadro de saúde de Costa e Silva, afastado em decorrência de uma trombose. A Constituição de 1967, no art. 80,⁵²⁸ garantia a posse de Pedro Aleixo. Essa Junta Militar era formada pelo então ministro da Marinha, almirante Augusto Rademaker, pelo ministro do Exército, general Aurélio de Lira Tavares, e pelo ministro da Aeronáutica, major-brigadeiro Márcio de Sousa e Melo, os quais ascenderam ao poder por força do AI-12.

Para Paulino Jacques, estava justificado “o afastamento da eficácia da norma constitucional contida no art. 80 da Constituição”⁵²⁹ por conta da conjuntura política em que o país se encontrava e tudo em “conformidade dos Atos Institucionais e Complementares vigentes, bem assim da Constituição de 1967”.⁵³⁰ O episódio é emblemático, pois mostra a Constituição sendo expressamente afastada para impedir a posse de um civil, e a doutrina, em vez de denunciar a ruptura, certifica a sua conformidade com a ordem, o que torna patente a inversão hierárquica entre Ato e Constituição sustentada nesta Tese.

O Ato Institucional n. 13, baixado em 5 de setembro de 1969 pela Junta Militar, apesar de breve em suas disposições, representou um recrudescimento da ditadura, pois passou a admitir a pena de banimento de brasileiros:

Art. 1º. O Poder Executivo poderá, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional. Parágrafo único. Enquanto perdurar o banimento, ficam suspensos o processo ou a execução da pena a que, porventura, esteja respondendo ou condenado o banido, assim como a prescrição da ação ou da condenação. Art. 2º. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato

⁵²⁶ JACQUES, 1970, p. 228.

⁵²⁷ JACQUES, 1970, p. 228.

⁵²⁸ “Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.”

⁵²⁹ JACQUES, 1970, p. 233.

⁵³⁰ JACQUES, 1970, p. 235.

Institucional e Atos Complementares dele decorrentes, bem como os respectivos efeitos.

Paulino Jacques, em seu livro, lembra que “A República havia abolido a pena de banimento, desde a Constituição de 1891”. Entretanto, o autor faz a ressalva afirmando que “‘para os grandes males, os grandes remédios’, na sabedoria popular; e, quem se torna incompatível com o sistema de convívio vigente no País, é melhor que vá procurar outro a que se adapte convenientemente”.⁵³¹ Para ele, o parágrafo único do art. 1º do AI-13 “estabelece norma excepcional que visa a tornar efetiva a repressão penal”.⁵³² A naturalidade com que o jurista acolhe o ressurgimento de uma pena abolida havia quase oitenta anos mede a distância entre a tradição liberal reconstruída no tópico anterior e a doutrina da exceção, pois o que era conquista civilizatória da República é reapresentado como remédio provável para um mal político.

O Ato Institucional seguinte, de n. 14, também baixado em 5 de setembro daquele ano, seguiu no recrudescimento da ditadura militar possibilitando a pena de morte para civis em tempos de paz no Brasil, o que estava abolido desde o início da República.⁵³³ Assim dispunha o AI-14:

Art. 1º. O § 11 do art. 150 da Constituição do Brasil passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 150. [...] § 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.” Art. 2º. Continuam em vigor os Atos Institucionais, Atos Complementares, leis, decretos-leis, decretos e regulamentos que dispõem sobre o confisco de bens em casos de enriquecimento ilícito. Art. 3º. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e Atos Complementares dele decorrentes, bem como seus respectivos efeitos.

O AI-14, expressamente, permitia a pena de morte para civis em tempos de paz, pois, ao falar em guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, referia-se a situações internas do país. Nesse sentido, Paulino Jacques resgata as definições

⁵³¹ JACQUES, 1970, p. 237-238.

⁵³² JACQUES, 1970, p. 238.

⁵³³ A pena de morte por enforcamento e na fogueira, no Brasil, era prevista nas Ordenações Filipinas. A Constituição de 1824 não tratou expressamente da pena de morte, limitando-se apenas a proibir as penas cruéis. No entanto, o Código Criminal do Império de 1830, no art. 38, permitia a pena de morte na forca. O Código Criminal de 1890, o primeiro da República, aboliu a pena capital. As Constituições de 1891 e de 1934 expressamente proibiam a pena de morte de civis em tempos de paz, permitindo-a apenas em tempos de guerra. A Constituição de 1937, com a alteração dada pela Lei Constitucional n. 1, decretada por Getúlio Vargas em 1938, passou a permitir a pena de morte para civis, em tempos de paz, numa série de situações. As Constituições de 1946 e de 1967 retomaram a proibição da pena de morte para civis em tempos de paz, ressaltando apenas em tempos de guerra.

estabelecidas pela Lei de Segurança Nacional para conceituar tais cenários. Com base nos parágrafos do artigo 3º da referida lei, a propaganda e a contrapropaganda, bem como as ações de cunho político, econômico, psicossocial e militar, eram caracterizadas pelo propósito de moldar opiniões, reações e comportamentos de grupos externos para obstruir o alcance dos objetivos da nação. Da mesma forma, o texto legal tipificava a guerra revolucionária ou subversiva como um embate interno, comumente estimulado por correntes ideológicas ou suporte estrangeiro, cujo intuito fundamental era a tomada do poder por meio do domínio gradual e progressivo do país.⁵³⁴

Na visão de Jacques, a extrema gravidade de tais infrações justificava uma repressão rigorosa, prática que ele apontava ser comum a todas as nações, inclusive nos regimes socialistas. O autor fundamentava a aplicação da pena capital argumentando que, embora ela estivesse abolida em tempos de paz desde a primeira Constituição republicana do Brasil em 1891, as principais potências globais da época, fossem democráticas ou totalitárias, como Estados Unidos, União Soviética, França e China, previam essa punição para indivíduos considerados inaptos à reintegração social. De acordo com o jurista, tanto a guerra psicológica quanto a revolucionária demonstravam uma incompatibilidade absoluta com a convivência humana, o que legitimava a imposição da pena de morte.⁵³⁵ Chega-se, aqui, ao ponto extremo da legalidade autoritária, no qual a doutrina jurídica fornece fundamentação teórica à morte de opositores travestida de pena legal. É a demonstração mais crua da tese central deste trabalho, pois a ditadura não suprimiu o direito para matar, ela construiu, com o auxílio de juristas, um direito que autorizava matar.

Em obra anterior, no seu “Curso de Direito Constitucional”, Paulino Jacques trata do estado de exceção à luz da Constituição de 1946, ainda vigente quando da publicação da 5ª edição em 1967. Segundo o doutrinador, o constitucionalismo brasileiro adotou o sistema francês, que engloba a “suspensão, não apenas do *habeas corpus*, como fazem os anglo-americanos, com o *bill of indemnity*, ou sem êle, mas também de outras garantias, por ato do Congresso e, em casos excepcionais, do presidente da República”.⁵³⁶

“A Constituição do Império consagrou o sistema nos itens 34 e 35 do art. 179”, lembra Paulino Jacques. “Admitiu a declaração do estado de sítio em dois casos: a) rebelião; b) invasão de inimigos”. Já a Constituição de 1891, “primeira Constituição republicana, manteve,

⁵³⁴ JACQUES, 1970, p. 239.

⁵³⁵ JACQUES, 1970, p. 239.

⁵³⁶ JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 251.

em linhas gerais, o sistema monárquico” quanto ao estado de sítio, dando “mais exata denominação àqueles casos, substituindo a ‘invasão de inimigos’ por ‘agressão estrangeira’ e a ‘rebelião’ por ‘comoção intestina’”, ensina o autor. Além disso, essa Constituição “restringiu a duas as medidas de repressão que o Poder Executivo podia tomar contra as pessoas: a) detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns; b) destêrro para outros sítios do território nacional”.⁵³⁷

Passado o período do Estado Novo, “a Constituição de 1946 restaurou, mercê de Deus, a nossa tradição de respeito às garantias constitucionais, nas bases de 1891 e 1934”. Nesse sentido, “exigiu que fôsse grave ‘a comoção intestina’, ou ‘evidente’ a sua irrupção, para que o Congresso Nacional pudesse decretar o estado de sítio”.⁵³⁸

Diante desse modelo de 1946, de acordo com Paulino Jacques, “não basta que haja comoção intestina ou iminência de irrupção; é preciso, a fim de que êsse estado de exceção possa ser declarado, seja ela grave ou ocorram fatos que lhe evidenciam a eclosão”.⁵³⁹

Entende o doutrinador que a Constituição de 1946 “procurou legalizar, ao máximo, o estado de sítio, fiel ao ideal de Rui BARBOSA”, ao passo que “dispôs que ‘a lei estabelecerá as normas a que deverá obedecer a sua execução e indicará as garantias constitucionais que continuarão em vigor’ (art. 207, 1ª parte)”.⁵⁴⁰ É instrutivo o contraste entre os dois Paulino Jacques, pois o de 1967, comentando a Constituição de 1946, louva a legalização máxima do estado de sítio fiel ao ideal de Rui Barbosa, ao passo que o de 1970, comentando os Atos Institucionais, celebra a suspensão ilimitada das garantias pelo *notrecht*. O mesmo autor que prestigiava a contenção liberal da exceção passa a justificar a sua libertação, e essa virada, operada em tão poucos anos, condensa a trajetória da própria doutrina constitucional brasileira diante do golpe.

Por sua vez, Rosah Russomano, professora de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Pelotas, então integrante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no seu livro Lições de Direito Constitucional, publicado em 1968, vai em sentido semelhante ao de Paulino Jacques ao defender a ordem jurídica da ditadura militar. Rosah Russomano é uma das raras mulheres que publicavam livros jurídicos nesse período no Brasil.

⁵³⁷ JACQUES, 1967, p. 251.

⁵³⁸ JACQUES, 1967, p. 254.

⁵³⁹ JACQUES, 1967, p. 254.

⁵⁴⁰ JACQUES, 1967, p. 255.

Na sua justificativa da ordem jurídica da ditadura, Rosah Russomano afirma que “o movimento das Forças Armadas nacionais, a 31 de março de 1964, que depôs o presidente João GOULART, alterou, incisivamente, a estrutura constitucional”⁵⁴¹ do país. Segundo Russomano, a conjuntura excepcional daquele momento histórico abriu caminho para alterações estruturais profundas na Constituição do país. A autora explica que os comandantes-em-chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, respaldados pelo argumento de que o movimento vitorioso detinha o Poder Constituinte originário, outorgaram o Ato Institucional de 9 de abril de 1964. Dessa forma, os chefes militares estabeleceram um conjunto de novas diretrizes jurídicas sem estarem subordinados a qualquer limite imposto pelas normas constitucionais que vigoravam antes daquele acontecimento político.⁵⁴²

Para Russomano, o AI-1 e o AI-2, por sua natureza, modificaram a Constituição de 1946 “em partes essenciais. Considerados como provindos do Poder Constituinte originário, que emana também das revoluções, estatuíram regras que tornavam sem sentido ou expressão muitas das determinações contidas naquela Lei suprema”.⁵⁴³

Ao tratar da Constituição de 1967, Russomano diz que a nova carta constitucional viria para moldar o Estado brasileiro, “dando ênfase à responsabilidade, à segurança e à unidade”.⁵⁴⁴ No que tange ao estado de exceção, destaca a modificação da competência para decretar estado de sítio, já que o Congresso Nacional, “que seria o órgão competente para, normalmente, decretar o estado de sítio, teve esta competência subtraída, sendo a mesma drenada para a esfera de atuação presidencial”.⁵⁴⁵

Na interpretação da autora, a exceção, na figura do estado de sítio, faz-se necessária porque a estabilidade social é frequentemente afetada pelas contingências humanas. Russomano argumenta que, diante de crises profundas de origem interna ou externa, as restrições ao poder estatal voltadas à proteção das garantias individuais não podem ser mantidas de forma absoluta. Sob essa ótica, a rigidez constitucional representaria um obstáculo para o próprio restabelecimento da ordem, privando o Estado de ferramentas para atuar com a agilidade e o vigor necessários. Desse modo, o fortalecimento do poder governamental e a consequente suspensão das garantias liberais justificam-se como medidas essenciais para responder a esses

⁵⁴¹ RUSSOMANO, Rosah. **Lições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1968, p. 114.

⁵⁴² RUSSOMANO, 1968, p. 114.

⁵⁴³ RUSSOMANO, 1968, p. 114.

⁵⁴⁴ RUSSOMANO, 1968, p. 115.

⁵⁴⁵ RUSSOMANO, 1968, p. 117.

momentos de emergência.⁵⁴⁶

Nessas situações agudas, entretanto, “o Govêrno não atua sem peias, suspendendo, quando e como melhor o entenda, as garantias constitucionais”, afirma, pois, “antes, no próprio texto supremo, traçam-se os preceitos que devem ser seguidos”. Desse modo, é rompido “o equilíbrio constitucional, em proveito do Poder Executivo, ao qual se concede ênfase ainda mais acentuada”. Para a autora, todavia, é colocado “êste Poder no círculo preciso das normas jurídicas, que legalizam, assim, as restrições impostas às garantias que habitualmente protegem os direitos da pessoa humana”.⁵⁴⁷

Lembra a doutrinadora que “Os Atos Institucionais n. 1 e 2 transferiram ao Presidente da República a competência para decretar e prorrogar o estado de sítio, firmando a direção que a Constituição de 1967 manteve”.⁵⁴⁸

Rosah Russomano retoma o antigo debate do início do século XX sobre as modalidades do estado de sítio, se repressivo ou preventivo. Embora reconheça que muitos juristas e políticos afirmavam somente a possibilidade de estado de sítio repressivo, afirma ser possível estado de sítio tanto repressivo quanto preventivo. Argumenta que as Constituições a partir de 1934 confirmaram essa tese, inclusive a de 1967 no art. 152, que, no seu entendimento, permite estado de sítio preventivo e repressivo.⁵⁴⁹

A autora também revisita o debate promovido por Rui Barbosa acerca da natureza do conceito de “comoção intestina”, apontando que a Constituição de 1967 inovou em sua terminologia, uma vez que as cartas magnas anteriores utilizavam tradicionalmente a expressão “comoção intestina grave” como requisito para a decretação do estado de sítio. Sob a vigência da primeira Constituição republicana, Rui Barbosa buscava delimitar o alcance desse termo como justificativa para o estado de exceção. Conforme explica Russomano, o jurista defendia que a medida não se aplicava a qualquer perturbação rotineira que o governo pudesse conter por meio de seus mecanismos ordinários de ação. Pelo contrário, tratava-se de cenários excepcionais que abalassem o espírito nacional e gerassem ansiedade pública sob a ameaça de anarquia, demandando uma intervenção drástica da autoridade para salvaguardar a própria sobrevivência do Estado.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ RUSSOMANO, 1968, p. 391.

⁵⁴⁷ RUSSOMANO, 1968, p. 393.

⁵⁴⁸ RUSSOMANO, 1968, p. 395.

⁵⁴⁹ RUSSOMANO, 1968, p. 396.

⁵⁵⁰ RUSSOMANO, 1968, p. 396.

E, apesar de concordar com a atribuição do Presidente da República para decretar estado de sítio, inclusive em anuência do Congresso, Rosah Russomano adverte que esse dispositivo, apesar de dar “ênfase mais acentuada à atuação do chefe do Executivo” e “encontrar embasamento em disposições similares no constitucionalismo atual”, pois requer o Executivo, “sobretudo em períodos agudos de anormalidade, uma atividade plena de energia e decisão, não se pode deixar de reconhecer que ele encerra o perigo de distorcer o verdadeiro espírito que deve dominar os quadros nacionais, durante os períodos de exceção”.⁵⁵¹

Em que pese a preocupação de Rosah Russomano com a hipertrofia dos poderes do Presidente da República, sobretudo no estado de exceção, sua doutrina ignora a absoluta excepcionalidade colocada pela figura jurídica do Ato Institucional. É aqui que reside o limite da sua crítica e, ao mesmo tempo, a confirmação da hipótese desta Tese, pois Russomano consegue ver o perigo da concentração de poderes no estado de sítio, que é a exceção contida pela Constituição, mas não percebe que o Ato Institucional já havia rompido essa moldura, instaurando uma exceção que não se deixa medir pela gramática do sistema constitucional de crises. A doutrina mais lúcida do período enxerga o risco da figura antiga e permanece cega à figura nova.

Heber Americano Silva, então Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Bauru, publicou em 1976 a 3ª edição do seu manual *Direito Constitucional*,⁵⁵² no qual também saiu em defesa da ordem jurídica da ditadura militar.

No volume 1 desse livro, Americano Silva dedica boa parte do capítulo sobre História do Constitucionalismo brasileiro para discutir o conceito de revolução, a relação desta com o direito e a ocorrência de uma revolução em 1964.

Para o doutrinador, há um conceito político e outro sociológico de revolução, que não se excluem. Politicamente, revolução é um “movimento, na maior parte das vezes tendo como centro uma minoria insatisfeita ou frustrada, que vem promover uma simples alteração política no governo do Estado, à parte dos processos normais ou habituais de sucessão”.⁵⁵³

Sociologicamente, por outro lado, o conceito de revolução é mais radical, argumenta Americano Silva, caracterizando-se como “um movimento, popular espontâneo ou

⁵⁵¹ RUSSOMANO, 1968, p. 399.

⁵⁵² Este manual não consta do levantamento feito nesta pesquisa. No entanto, a abordagem feita pelo autor nos chamou a atenção, principalmente pelo esforço teórico de conceituar a figura do Ato Institucional. Por conta disso, optou-se por colocar a obra neste tópico como fonte primária.

⁵⁵³ SILVA, Heber Americano. **Direito Constitucional**. O homem e a sociedade; o estado constitucional brasileiro. 1º volume. 3. ed. Bauru: Jalovi, 1976, p. 84.

popular conduzido por uma minoria, que vem produzir mudança total ou parcial na estrutura da sociedade”.⁵⁵⁴

Na sequência, Americano Silva questiona se existe um direito de revolução, ao qual responde que sim. Para o professor de Bauru, existe “um direito natural do homem em se insurgir contra a opressão”. Partindo da obra de Pinto Ferreira, afirma que “Tomás de Aquino na sua obra *‘De Regimine Principum’* estabelece aquilo que resolveu chamar de condições éticas de legitimidade das revoluções”, que, segundo Americano Silva, seriam “a existência de um excesso de tirania”, a “existência de um líder designado pelo povo” e a “concorrência de qualidades morais e espirituais do próprio povo, o qual se deve tornar digno da liberdade pelo amor à virtude”.⁵⁵⁵

Ademais, para Heber Americano Silva, há também no direito positivo um direito de revolução, ou seja, “a existência de uma norma legal, notadamente de natureza constitucional, asseguradora dêsse direito”, ou “a existência de uma norma implícita de permissibilidade”.⁵⁵⁶

O doutrinador cita como exemplo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na qual os revolucionários franceses positivaram o direito de resistência à opressão. Para o autor, esse direito de resistência à opressão é um direito de oposição ou, ainda, um direito de revolução.⁵⁵⁷

O autor também cita o exemplo da Constituição russa, de 1923, no “seu art. 43: ‘Para afirmar a legalidade revolucionária no território da União, se estabelece um Tribunal Supremo adstrito ao Comitê Central Executivo da União das U.R.S.S.’”.⁵⁵⁸ Para Americano Silva, “muito embora aí não esteja categoricamente expresso ‘fica assegurado um direito de revolução’, a norma constitucional diz expressamente haver uma ‘legalidade revolucionária’, o que não deixa de ser uma consagração normativa expressa ao direito de revolução”.⁵⁵⁹

Americano Silva argumenta que o ordenamento brasileiro comporta, de forma implícita, o direito de revolução. O autor fundamenta sua premissa lembrando que a Constituição de 1946 consagrava expressamente institutos como o modelo federativo, a forma republicana de governo, o regime democrático e a soberania popular, além de garantias

⁵⁵⁴ SILVA, 1976, p. 84.

⁵⁵⁵ PINTO FERREIRA, Luís. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. v. 2, p. 420 apud SILVA, 1976, p. 90.

⁵⁵⁶ SILVA, 1976, p. 90.

⁵⁵⁷ SILVA, 1976, p. 90.

⁵⁵⁸ SILVA, 1976, p. 91.

⁵⁵⁹ SILVA, 1976, p. 91.

individuais fundamentais voltadas à vida, à liberdade e à segurança.

Diante disso, o autor sustenta que o recurso extremo à reação popular, inclusive mediante o emprego da violência, torna-se legítimo sempre que o poder público violar o dever constitucional de respeito à legalidade e à vontade soberana do povo. Conforme essa tese, quando as ações da autoridade colocam em risco as instituições e os mecanismos ordinários de responsabilização se mostram ineficazes ou obstruídos, o povo detém a prerrogativa implícita de reaver o controle dessa fiscalização. Trata-se, essencialmente, da transposição do princípio penal da legítima defesa para o âmbito do Direito Constitucional, salvaguardando a integridade dos direitos à existência, à liberdade e à autodeterminação diante do arbítrio estatal.⁵⁶⁰

Americano Silva, nesse sentido, admite a existência de um direito de revolução no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive como norma positivada na ordem constitucional de 1946, “como defesa legítima do povo contra a irresponsabilidade da autoridade”. Todavia, Americano Silva alerta que, em certas ocasiões, as revoluções podem intensificar os próprios problemas que pretendiam solucionar. O autor argumenta que, com frequência, os idealistas movidos pela boa-fé acabam sendo sobrepujados por indivíduos oportunistas, aventureiros e desprovidos de escrúpulos ou convicções. Segundo essa perspectiva, esses sujeitos aderem aos movimentos revolucionários com o propósito exclusivo de satisfazer seus próprios interesses e apetites pessoais, desvirtuando os objetivos iniciais da sublevação.⁵⁶¹

Por conta disso, o autor defende o “recurso à revolução apenas ‘in extremis’, quando a pacificidade puder ser confundida com a concordância, aprovação ou mesmo conivência com a ilegalidade”, situação na qual “cumpre-nos, então, como homens de bem, fiéis a princípios, à moral e à lei, reagir e de armas nas mãos, se preciso tanto, lutar pelo império do direito, da decência, da justiça”.⁵⁶²

Apresentado o conceito de revolução, bem como argumentada a existência de um “direito de revolução” no ordenamento jurídico brasileiro, Heber Americano Silva passa a explicar por que houve uma revolução no Brasil em 1964 e não um golpe de estado.

Para o autor, “em hipótese alguma, se pode caracterizar no movimento de março um ‘golpe de Estado’”, pois “o ‘golpe’ se caracteriza por ser uma ação de quem já está no poder e não de quem está fora dele”. De tal modo que golpe se caracteriza como um movimento “do

⁵⁶⁰ SILVA, 1976, p. 91-92.

⁵⁶¹ SILVA, 1976, p. 93.

⁵⁶² SILVA, 1976, p. 93.

próprio governo, visando eliminar a legalidade ou constitucionalidade, notadamente a tripartição dos poderes, para se investir de poderes extraordinários, aconstitucionais ou inconstitucionais”.⁵⁶³

Há, assim, no “golpe” como que uma insídia, uma fraude, uma traição mesmo ao mandato ou aos poderes recebidos do povo e ao próprio povo, o que se induz da própria nomenclatura. E, positivamente, não se pode caracterizar como tal o movimento de março de 64, eis que desde logo se verifica que êsse não foi feito por quem estava no governo, mas sim pelos que fora dêle estavam e exatamente contra êsse governo.

Para Heber Americano Silva, é incorreto afirmar que o movimento de 1964 careceu de respaldo popular, argumentando que não se deve confundir o apoio civil a um processo revolucionário com a obrigatoriedade de sua atuação direta e massiva na execução do ato. O autor sustenta que a sociedade pode integrar uma revolução de maneira indireta, seja por meio do estímulo ideológico, da construção de uma consciência coletiva favorável ou pelo fornecimento de uma base de sustentação psicológica e material. Sob essa ótica, o jurista afirma que a população brasileira não apenas respaldou o acontecimento de março de 1964, como também tomou parte dele por meio de manifestações claras, chegando a pressionar ativamente pela eclosão do movimento. E usa como exemplo disso a Marcha da Família com Deus Pela Liberdade, ocorrida poucos dias antes do golpe civil-militar e, em sua visão, espontaneamente. Segundo ele, o povo efetivamente foi às ruas apoiar a “revolução” em 1964 e, depois da “vitória”, foi às ruas comemorar, demonstrando seu “apoio iniludível e irrestrito ao movimento revolucionário e à revolução mesma”.⁵⁶⁴

Heber Americano Silva defende a teoria expressa nos preâmbulos da maioria dos Atos Institucionais, segundo a qual a “revolução” continua em marcha. Para o autor, nessa linha, “o fenômeno revolucionário ainda está em evolução, a revolução ainda está em marcha, e o seu evento deve chegar gradativa e paulatinamente; segundo, porque a finalidade não se prende ao evento necessariamente”.⁵⁶⁵

Para ele, “a verdade é que a revolução brasileira teve uma finalidade, a qual pode ser dividida em duas etapas: 1ª) apagar do poder a minoria governante (objetivo primeiro e imediato de toda revolução); 2ª) dar ao país nova estrutura moral e econômica”.⁵⁶⁶

O autor também faz questão de defender a tese de que a “revolução” de 1964 foi

⁵⁶³ SILVA, 1976, p. 94.

⁵⁶⁴ SILVA, 1976, p. 95.

⁵⁶⁵ SILVA, 1976, p. 96.

⁵⁶⁶ SILVA, 1976, p. 96.

violenta, embora esta não seja uma característica obrigatória no conceito de revolução.⁵⁶⁷ Defende que, no caso do Brasil em 1964, não se pode ignorar que houve o recurso à força, pois “os revolucionários de março de 1964, ao se declararem em estado de revolução, pegaram em armas e foram para o campo de batalha. Os canhões foram para as ruas, as tropas motorizadas saíram de seus quartéis e rodaram para a luta”.⁵⁶⁸

O autor conclui sustentando que os eventos de março de 1964 constituíram efetivamente uma revolução, refutando a tese de que teria ocorrido um golpe de Estado. Para fundamentar essa posição, Silva argumenta que as lideranças do movimento operavam fora das estruturas de poder estabelecidas e que a ação possuía propósitos claros, valendo-se de força e contando com ampla sustentação popular expressa em diferentes momentos. Sob essa ótica, o jurista aponta que o movimento superou o caráter estritamente político para assumir uma dimensão sociológica, uma vez que pretendia reestruturar os padrões éticos da administração pública do país ao combater a corrupção e a inflação, fenômenos descritos por ele como crises estruturais que há décadas debilitavam a nação.⁵⁶⁹

Essa “revolução” de 1964, entretanto, continuará Americano Silva no tópico seguinte de sua obra, não foi constitucional, muito embora defenda que teoricamente seja possível uma revolução ser constitucional. Em seu argumento contraditório, uma revolução apenas será constitucional quando a constituição previr expressamente esse direito positivo de revolução. Para ele, no Brasil, não havia essa disposição expressa na Constituição de 1946.⁵⁷⁰

Contudo, Americano Silva defende que, no caso brasileiro, pode acontecer em algum “momento de transição ou de exceção, apesar da ausência de um direito de revolução expresse, tal seja possível”. Para o doutrinador, isso “acontece quando o poder esteja sendo usurpado, quando o govêrno seja inconstitucional ou constitucional”. Nessa situação, “pode perfeitamente haver uma revolução ‘strictu sensu’ que possa ser chamada de constitucional”.⁵⁷¹

O autor encerra o tópico afirmando categoricamente que os acontecimentos de março de 1964 no Brasil configuraram uma revolução legítima e de natureza impositiva, embora sem derramamento de sangue, uma vez que foi consolidada por meio do emprego da força. Conforme a argumentação de Silva, o movimento contou com expressivo respaldo popular, evidenciado pelas manifestações massivas de setores significativos da sociedade civil

⁵⁶⁷ SILVA, 1976, p. 96-97.

⁵⁶⁸ SILVA, 1976, p. 97.

⁵⁶⁹ SILVA, 1976, p. 97.

⁵⁷⁰ SILVA, 1976, p. 98-99.

⁵⁷¹ SILVA, 1976, p. 99.

tanto antes quanto depois da deflagração do ato. O jurista defende, por fim, que tais mobilizações públicas são suficientes para conferir o caráter popular ao processo, sustentando que a legitimidade de um movimento revolucionário dessa natureza não deve ser condicionada à validação por vias eleitorais tradicionais.⁵⁷² Todo esse esforço para nomear o evento de 1964 como revolução, e não como golpe, não é ingenuo, pois é da resposta a essa questão que depende a legitimidade da nova ordem. Se foi revolução vitoriosa, então havia poder constituinte originário e os Atos Institucionais são legítimos; se foi golpe, são pura força. A doutrina, ao escolher a primeira palavra, executa a operação conceitual que o próximo tópico examinará à luz de Koselleck, em que nomear é já constituir.

Na sequência de sua obra, Heber Americano Silva dedica-se a analisar a natureza jurídica do Ato Institucional. Inicialmente, o autor estabelece uma equivalência semântica entre os termos “instituir” e “constituir”, sustentando que o ato institucional e o ato constitucional possuem, essencialmente, o mesmo significado e a mesma finalidade de ordenar e estruturar um grupo social. No entanto, o jurista observa que a doutrina jurídica costuma reservar a denominação de “ato constitucional” para as normas originadas do Poder Constituinte popular, seja por democracia direta via plebiscito, seja de forma indireta por meio de uma assembleia constituinte.

Por outro lado, Silva aponta que a expressão “ato institucional” é empregada para designar o comando emanado de um Poder Constituinte fáctico, ou seja, aquele exercido na prática por uma liderança individual ou por um grupo oligárquico. Sob essa premissa, os Atos Institucionais editados pelo regime de 1964 são conceituados como instrumentos de natureza constitucional destinados a fundar a nova ordem revolucionária e a desenhar a estrutura do Estado brasileiro após o movimento. A distinção de Americano Silva é preciosa para esta Tese, ainda que formulada em chave apologética, pois, ao equiparar instituir e constituir e ao admitir que o Ato Institucional emana de um poder constituinte fáctico, o autor reconhece, com todas as letras, que o Ato exerce função constitucional, isto é, fundante da ordem, o que coincide com a leitura do Ato como norma fundamental aqui sustentada.

O autor fundamenta essa dinâmica na premissa teórica de que todo movimento revolucionário vitorioso carrega em si um Poder Constituinte próprio e originário. Assim que se consolida, essa nova força política busca imediatamente institucionalizar-se para gerir o país sob uma nova égide de legalidade. Para ilustrar essa transição, o jurista traça um paralelo

⁵⁷² SILVA, 1976, p. 99.

histórico entre a Revolução Francesa de 1789, que iniciou seu processo de constituição jurídica de imediato, e o movimento brasileiro de março de 1964, que formalizou sua estrutura de poder com a edição do primeiro ato normativo apenas oito dias após a queda do governo anterior.

Para o autor, “e a revolução visa e tem como consequência imediata alterar a ordem constituída, não se pode exigir ou mesmo pretender que ela, em se vitoriando, aceite essa mesma ordem constituída e a ela se subordine; tanto seria absurdo”.⁵⁷³ Nesse sentido, entende que a “revolução” de 1964, sendo vitoriosa, “trazia em si Poder Constituinte próprio, poder êsse que usou para institucionalizar o país”.⁵⁷⁴

Todavia, Americano Silva entende que apenas o Ato Institucional n. 1 era legítimo, o mesmo não ocorrendo com os Atos 2, 3 e 4, pois, podendo governar o país “aconstitucionalmente”, a “revolução” optou por outro caminho, o da constitucionalização do país, fazendo isso justamente com o AI-1, “absolutamente legítimo eis que a Revolução nada mais fez do que exercer aquêlê Poder Constituinte que lhe era próprio e inato”.⁵⁷⁵

Por outro lado, os Atos 2, 3 e 4 e os Atos Complementares não eram legítimos, segundo o doutrinador, pois a “revolução” de 1964, ao editar o AI-1, teria se autolimitado, bem como renunciado ao seu poder constituinte ao manter a Constituição de 1946.⁵⁷⁶

Para Americano Silva, mantendo a Constituição de 1946 sem ressalvas no que diz respeito “ao exercício do poder, a Revolução devolveu ao povo todo êsse poder, eis que revigorado ficou em tôda a sua plenitude o art. 1.º da Constituição de 1946, ‘in fine’, onde se estabelece que ‘todo poder emana do povo’”.⁵⁷⁷

Sob essa premissa, o autor afirma que, ao restabelecer o artigo 1º da Constituição anterior, a “Revolução abriu mão do Poder Constituinte do qual dispunha”. Como consequência dessa devolução de soberania ao povo, o regime não poderia voltar a exercer tal poder sem o consentimento popular. É por essa razão que Silva classifica como ilegítimos os Atos Institucionais n. 2, 3 e 4, bem como todos os Atos Complementares decorrentes dessas medidas. Esse argumento merece destaque, pois Americano Silva, mesmo sendo defensor do regime, constrói sem querer uma crítica devastadora à sua continuidade, ao reconhecer que, a partir do AI-2, a ditadura passou a exercer um poder constituinte que ela própria havia devolvido ao

⁵⁷³ SILVA, 1976, p. 100.

⁵⁷⁴ SILVA, 1976, p. 101.

⁵⁷⁵ SILVA, 1976, p. 101.

⁵⁷⁶ SILVA, 1976, p. 102.

⁵⁷⁷ SILVA, 1976, p. 102.

povo. O que para o autor é ilegitimidade de alguns Atos, para esta Tese é a confirmação de que a ordem instaurada vivia de reabrir, ao seu talante, um poder constituinte permanente, marca da exceção convertida em regra.

Nessa mesma linha argumentativa, o jurista sustenta que a Constituição de 1967 também padecia de ilegitimidade, assemelhando-se a uma mera Carta outorgada, a exemplo da Constituição de 1937. O autor fundamenta essa crítica apontando que o Congresso Nacional que a elaborou e promulgou carecia de competência para tanto. De acordo com sua análise, os parlamentares haviam sido eleitos para exercer apenas as funções legislativa ordinária e de reforma constitucional, mas nunca o Poder Constituinte originário. Como a prerrogativa para criar a nova Carta derivava do Ato Institucional n. 4, que o jurista considera nulo, a própria Constituição de 1967 perdeu seu caráter dogmático e legítimo, equiparando-se historicamente ao documento imposto pelo Estado Novo.⁵⁷⁸

Após tratar da legitimidade e ilegitimidade dos Atos Institucionais e da Constituição de 1967, Heber Americano Silva passa a discorrer especificamente sobre o Ato Institucional de n. 5. Em sua breve análise, faz um discurso em defesa do AI-5.⁵⁷⁹

De acordo com o doutrinador, a História Constitucional brasileira, ao encontro do “dynamismo que caracteriza o nosso Direito, não parou na promulgação da Constituição de 1967. As forças da reação, inconformadas com os sucessos da Revolução de 64, continuaram, por todos os meios ao seu alcance, nas tentativas de perturbação da ordem interna”.⁵⁸⁰ Defende que foram “as constantes provocações dos reacionários” que obrigaram Costa e Silva a promulgar um “nôvo Ato Institucional, o de n. 5, em 13 de dezembro de 1968, quebrando, por necessidade imperiosa de preservação da paz interna e das instituições, o ritmo de constitucionalização do país”.⁵⁸¹ Para Americano Silva, os Atos Institucionais que se seguiram depois do cinco mostram o “dynamismo constitucional”.⁵⁸²

Nesse dynamismo, o autor enquadra a Constituição de 1967 e sua Emenda n. 1 de 1969. Para ele, a Emenda, ao contrário do que muitos defendem, não configurou uma nova constituição, não se podendo falar, portanto, em Constituição de 1969.⁵⁸³ A Emenda n. 1, de 1969, “é uma total reforma da Constituição de 1967, não só por haver introduzido profundas

⁵⁷⁸ SILVA, 1976, p. 104.

⁵⁷⁹ SILVA, 1976, p. 116-117.

⁵⁸⁰ SILVA, 1976, p. 116-117.

⁵⁸¹ SILVA, 1976, p. 117.

⁵⁸² SILVA, 1976, p. 117.

⁵⁸³ SILVA, 1976, p. 117.

alterações nas instituições constitucionais do país, como também por haver renumerado todos os artigos da Constituição de 1967”.⁵⁸⁴ Para Americano Silva, a Emenda n. 1 trouxe “maior centralização do poder, num caminho para um Estado Federal mais indivisível e unitarista, como uma reafirmação de nossas próprias origens”.

E embora o doutrinador reconheça a inconstitucionalidade da Emenda n. 1, afirma que, “sem sombras de dúvidas, veio melhorar em muito a estrutura constitucional do Brasil, aperfeiçoando tecnicamente nossas instituições e imprimindo aos atos públicos um novo ritmo de desenvolvimento e brasilidade”.⁵⁸⁵

Finaliza dizendo que, naquele momento, a “legislação constitucional” do Brasil compreendia: “a) Constituição de 1967, com a reforma e redação que lhe emprestou a Emenda Constitucional n. 1, de 1969; b) Atos Institucionais ns. 5 a 17; c) Atos Complementares ns. 1 a 94; d) Leis Complementares à Constituição”.⁵⁸⁶ A própria enumeração da “legislação constitucional” feita por Americano Silva é prova documental da tese deste trabalho, pois nela a Constituição aparece lado a lado com os Atos Institucionais e Complementares, como se todos integrassem um mesmo bloco normativo de estatura constitucional, exatamente a coexistência de ordens que o capítulo 4 verá reaparecer nos debates do Supremo.

Um dos manuais de Direito Constitucional mais utilizados entre o fim da década de 1960 e início da década de 1980 é o do Professor Sahid Maluf. Na obra intitulada *Direito Constitucional*, o autor, a partir de Pedro Calmon, entende a Constituição como uma “norma de conduta do Governo na paz e para a paz”.⁵⁸⁷ Entretanto, “nos momentos de crise, quando é perturbado o ritmo normal da vida pública, podem ser suspensos os direitos e garantias cujo exercício venha embaraçar a ação defensiva do Estado”, ensina. Diante disso, “suspende-se parcialmente a Constituição, para que ela não venha a ser totalmente sacrificada”.⁵⁸⁸

Para Maluf, “a tradição brasileira sempre adotou o estado de sítio como forma de ampliação do poder de polícia que cabe ao Executivo, ampliação esta que pode ser maior ou menor segundo a intensidade do perigo que o Governo tenha que enfrentar”.⁵⁸⁹

A existência de previsão constitucional para a tomada dessas medidas extraordinárias é inerente aos regimes democráticos e até mesmo uma característica deles, pois como consta do parecer apresentado pela Comissão

⁵⁸⁴ SILVA, 1976, p. 117.

⁵⁸⁵ SILVA, 1976, p. 117.

⁵⁸⁶ SILVA, 1976, p. 117.

⁵⁸⁷ MALUF, Sahid. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 481.

⁵⁸⁸ MALUF, 1980, p. 481.

⁵⁸⁹ MALUF, 1980, p. 481.

Mista que apreciou a proposta de emenda constitucional que se transformou na Emenda Constitucional n. 11, de 1978, a democracia não pode, pela constante ameaça, abdicar de instrumentos de defesa. Estes instrumentos, também, não podem ser somente de caráter político, isto é, no que se refere às liberdades subjetivas.⁵⁹⁰

De acordo com o autor, após a chamada “Revolução de 1964”, o AI-5 acabou substituindo “as salvaguardas constitucionais, atribuindo autoridade praticamente ilimitada ao Presidente da República, para agir até mesmo contra a Constituição, na aplicação das medidas que entendesse necessárias para a defesa do regime e da democracia”.⁵⁹¹

No seu entendimento, houve entre juristas e legisladores um verdadeiro clamor “contra a existência de tal Ato, reclamando a volta do Estado de Direito, isto é, a revogação daquele Ato Institucional, a devolução, ao texto constitucional, de todas as medidas passíveis de serem adotadas em situações emergenciais”, o que ocorreu com a Emenda n. 11, diz.⁵⁹² Maluf é significativo justamente por destoar em parte do coro, pois reconhece que o AI-5 autorizava agir contra a Constituição e registra o clamor pela volta ao Estado de Direito. Ainda assim, sua crítica permanece nos limites do sistema constitucional de crises, pois trata o problema como excesso a ser corrigido pela via da emenda, e não como ruptura estrutural, o que mostra que mesmo a doutrina mais reticente da época não alcançava a dimensão da exceção instaurada pelo Ato Institucional.

Para o autor, ao tratar das medidas de emergência, figura jurídica criada no fim da ditadura, “embora a intenção tenha sido evitar a volta total ao Estado de Direito, pretendendo o Governo revolucionário um retorno gradativo, impõe-se para breve a revogação de tal tipo de salvaguarda, que concentra no Presidente da República, ao seu arbítrio”, posto que a existência dessas medidas “não se harmoniza com o verdadeiro Estado de Direito”.⁵⁹³

Afirma que o estado de emergência constituiu uma “inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 11, de 1978”, refletindo “a fórmula encontrada pelo Governo revolucionário, para substituir, sem grande perda de poder, o arbítrio que dispunha na vigência do Ato Institucional n. 5”.⁵⁹⁴

Sahid Maluf aponta que a renúncia do presidente Jânio Quadros submeteu o país a um período prolongado de instabilidade e tensões políticas. Segundo a sua análise, setores

⁵⁹⁰ MALUF, 1980, p. 481.

⁵⁹¹ MALUF, 1980, p. 482.

⁵⁹² MALUF, 1980, p. 482.

⁵⁹³ MALUF, 1980, p. 483.

⁵⁹⁴ MALUF, 1980, p. 488.

expressivos da sociedade, em especial as Forças Armadas, manifestaram oposição à posse do vice-presidente João Goulart devido ao alinhamento deste com correntes políticas de esquerda. Para mitigar a crise institucional e salvaguardar a legalidade, adotou-se como mecanismo de contenção política a limitação das prerrogativas presidenciais por meio da implementação do sistema parlamentarista, estabelecendo um Conselho de Ministros subordinado à Câmara dos Deputados.

Diante do agravamento desse cenário político, o autor sustenta que a eclosão do movimento de 31 de março de 1964 buscou reinserir o país em suas diretrizes democráticas e de orientação cristã, culminando na eleição indireta do marechal Humberto de Alencar Castello Branco pelo Congresso Nacional. Conforme o jurista, o Ato Institucional outorgado em 9 de abril de 1964 pelas chefias militares instituiu um regime de excepcionalidade jurídica que flexibilizou o rito de emendas à Constituição. Essa medida estipulou o prazo de trinta dias para a deliberação legislativa sobre as propostas enviadas pelo Executivo e respaldou a adoção de ações centralizadas voltadas à reestruturação das esferas econômica, política e administrativa do Estado.⁵⁹⁵

Outro manual recorrente nesse período é o do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O seu “Curso de Direito Constitucional”, cuja edição mais recente, ainda revista pelo autor, foi trabalhada no Capítulo 2 desta Tese, tratou do estado de sítio na 3ª edição, de 1971. Entre as versões recentes e essa de 1971, há pouquíssimas diferenças, basicamente apenas quanto à parte de dogmática constitucional, visto que tratam de Constituições diferentes, a de 1969 e a de 1988, que abordam o estado de sítio de modo diverso. A reaparição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho é emblemática, pois o mesmo autor estudado no tópico da doutrina atual figura também entre os juristas da ditadura, o que estabelece uma ponte direta com o capítulo 2 e ilustra, melhor do que qualquer argumento, a continuidade entre a doutrina do período autoritário e a do presente, e o quanto certas matrizes do pensamento constitucional brasileiro atravessaram incólumes a redemocratização.

Na versão de 1971, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, um exímio jurista da ditadura, como visto, afirma que o estado de sítio é “medida excepcional e perigosa”, devendo ser declarado apenas “em circunstâncias excepcionais e graves, de perigo extremo para a ordem constitucional. Para o constituinte brasileiro, essas circunstâncias se agrupam em duas

⁵⁹⁵ MALUF, Sahid. **Curso de Direito Constitucional**. v. 2. 7. ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1973, p. 19-20.

hipóteses: a grave perturbação da ordem (ou sua ameaça) e a guerra externa (art. 155)".⁵⁹⁶

O autor observa que, ao adotar o critério de “grave perturbação da ordem”, o texto constitucional vigente rompeu com a terminologia tradicional do direito brasileiro, que historicamente utilizava a expressão “comoção intestina”. De acordo com essa perspectiva, as cartas magnas anteriores davam preferência ao termo “comoção intestina grave” para tipificar as crises institucionais cuja intensidade superava a capacidade de resposta dos mecanismos ordinários do Estado, tornando imperiosa a suspensão temporária de garantias individuais em nome da segurança pública.⁵⁹⁷

Relembra Manoel Gonçalves do debate sobre o conceito de comoção intestina, afirmando que “essa expressão, porém, durante a primeira República em particular, suscitou grande polêmica, já que insignes mestres como RUI BARBOSA e JOÃO BARBALHO entendiam que ela significava ‘levante público em armas’”, e, de outro lado, juristas como Carlos Maximiliano “entendiam ser mais amplo o seu sentido, abrangendo tôda e qualquer perturbação grave da ordem”.⁵⁹⁸ Nesse sentido, adverte Manoel Gonçalves que também “a ameaça de grave perturbação da ordem, à luz do art. 155, I, da Constituição [de 1969], justifica a decretação da suspensão de garantias constitucionais”.⁵⁹⁹

E quanto à suspensão dos direitos fundamentais durante o estado de sítio, afirma o jurista da ditadura que “é óbvio que na conceituação do estado de sítio é o sentido estrito da expressão ‘garantias constitucionais’ o considerado”, pois, “do contrário, o estado de sítio equivaleria à suspensão da Constituição, que é repelida, sem discrepância por todos os que o estudaram”.⁶⁰⁰ Para Manoel Gonçalves, “O estado de sítio suspende as garantias dos direitos fundamentais e, nunca, segundo se afirma impensadamente, êsses direitos”, ou seja, “suspende aquelas limitações postas à ação governamental que acompanham a declaração de direitos”.⁶⁰¹ Com essa suspensão, o estado de sítio “alarga a esfera de ação legítima do Estado”, como, “por exemplo, suspendendo a garantia da liberdade de expressão do pensamento, a proibição da censura, permite que o Estado estabeleça a censura, restringindo o direito à livre manifestação do pensamento”.⁶⁰²

“Por outro lado”, afirma o antigo diretor da Faculdade de Direito da USP, “importa

⁵⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 277.

⁵⁹⁷ FERREIRA FILHO, 1971, p. 277.

⁵⁹⁸ FERREIRA FILHO, 1971, p. 277.

⁵⁹⁹ FERREIRA FILHO, 1971, p. 277.

⁶⁰⁰ FERREIRA FILHO, 1971, p. 275.

⁶⁰¹ FERREIRA FILHO, 1971, p. 275.

⁶⁰² FERREIRA FILHO, 1971, p. 275.

não confundir a garantia constitucional com o remédio constitucional, ou seja, com o meio de se fazer valer o direito fundamental ameaçado ou violado”, pois “o conceito de garantia constitucional é mais amplo; do contrário se resumiria o estado de sítio na suspensão do habeas-corpus e do mandado de segurança”.⁶⁰³ A distinção doutrinária entre suspender garantias e suspender a Constituição, cara a Manoel Gonçalves, é precisamente aquela que os Atos Institucionais tornaram inútil, pois, ao excluir da apreciação judicial os atos neles fundados e ao permitir que o Executivo agisse contra a própria Constituição, a ditadura realizou na prática aquilo que toda a doutrina dizia repelir, isto é, a suspensão da Constituição sob a aparência de mera suspensão de garantias.

Alcides de Mendonça Lima, Professor Catedrático de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, publicou a obra *As novidades da Constituição Federal de 1967, segundo a Emenda n. 1, de 1969*, em 1971. Nesse livro, o professor afirma que há um “novo constitucionalismo brasileiro”.⁶⁰⁴ Nesse contexto, a Constituição de 1967 surge para “consolidar os ideais e as concepções do próprio movimento revolucionário vitorioso”, o que era “imprescindível para assegurar ao país uma ordem democrática forte e resistente às tentativas subversivas e atentatórias às nossas tradições cívicas e éticas”.⁶⁰⁵

Conforme aponta Lima, fatores históricos e políticos fizeram com que o Brasil entrasse em um período de excepcionalidade em seu ordenamento jurídico a partir do movimento de 31 de março de 1964. O autor sustenta que esse fenômeno é uma reação natural e observada também em outros países diante da necessidade de conter crises institucionais profundas. Sob essa ótica, a medida justificava-se para salvaguardar a identidade e os costumes da sociedade quando estes se encontravam sob o risco de desestabilização por pressões internas ou externas, cujas diretrizes ideológicas divergiam dos valores éticos e do senso cívico que fundamentavam a nação.⁶⁰⁶

Nesse sentido, justifica que, quando “o Comando Revolucionário inicialmente e, posteriormente, o Presidente Humberto Alencar Castelo Branco tomaram medidas excepcionais, que não poderiam seguir, rigorosamente, o processo das normas legais”, haja vista que se trata de processo “moroso e suscetível de deturpações, não se conciliando com a

⁶⁰³ FERREIRA FILHO, 1971, p. 275.

⁶⁰⁴ LIMA, Alcides Mendonça. *As novidades da Constituição Federal de 1967, segundo a Emenda n. 1, de 1969*. São Paulo: Juriscredi, 1971, p. 19.

⁶⁰⁵ LIMA, 1971, p. 21.

⁶⁰⁶ LIMA, 1971, p. 21.

necessidade de solução rápida como as circunstâncias exigiam”.⁶⁰⁷

Afirma que, depois do golpe, o Poder Executivo foi “hipertrofiado”. Além disso, “foram editados vários atos institucionais e atos complementares (diplomas inéditos em nosso meio)”, cujo projeto é, segundo Lima, de autoria do “ministro da Justiça Carlos Medeiros da Silva”.⁶⁰⁸

Na visão de Lima, “a Emenda 1 de 1969 não é uma nova Constituição como vem sendo dito por jornais e livros, é apenas emenda”. Segundo ele, a Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, “é o resultado da adaptação e da reformulação dos vários Atos Institucionais e Complementares, e de Emendas que vinham sendo editados desde abril de 1964”, principalmente “depois do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, que originou o Ato Complementar n. 38, da mesma data, que colocou o Congresso Nacional em recesso”.⁶⁰⁹

Defende que, “na atual Constituição, desde seu texto originário, o Poder Executivo federal foi fortalecido, orientação que mais se acentuou com a Emenda n. 1, introduzindo alterações no teor básico”.⁶¹⁰ Lima sustenta que a tendência contemporânea da época orientava-se para o fortalecimento da figura do chefe do Poder Executivo. Segundo a análise do autor, a realidade social não mais comportava uma postura governamental passiva, tornando-se imperioso conferir ao Executivo a prerrogativa de cooperar ativamente na produção legislativa e de adotar, por iniciativa própria, medidas céleres em favor do interesse público. Essa centralização justificava-se pela necessidade de contornar a lentidão habitual dos processos legislativos tradicionais perante demandas nacionais urgentes em momentos de crise. Nesse cenário, o jurista defende que a Constituição de 1967 logrou ampliar o protagonismo e a capacidade de atuação do presidente da República, sem que isso significasse a instituição de um regime ditatorial ou abrisse margem para desvios autoritários.⁶¹¹ A ressalva final de Lima, de que o fortalecimento do Executivo não significava regime ditatorial, beira o inacreditável quando se recorda que escrevia sob a vigência do AI-5, e exemplifica o mecanismo de denegação que percorre toda a doutrina do período, na qual a realidade da ditadura é simultaneamente descrita e negada.

Sobre a função legislativa do Presidente da República, Lima dá ênfase à alteração relativa ao decreto-lei, que foi restaurado pelo AI-2, pois já existira no Estado Novo. Chama de

⁶⁰⁷ LIMA, 1971, p. 21-22.

⁶⁰⁸ LIMA, 1971, p. 22.

⁶⁰⁹ LIMA, 1971, p. 29.

⁶¹⁰ LIMA, 1971, p. 90-91.

⁶¹¹ LIMA, 1971, p. 92.

“excepcional faculdade conferida ao titular do Poder Executivo”.⁶¹²

Ressalta que a matéria sobre a Segurança Nacional passou a figurar, na Constituição de 1967, no capítulo referente ao Poder Executivo, ao passo que na Constituição de 1946 fazia parte do título sobre as Forças Armadas. A Segurança Nacional, diz, passou a ser um verdadeiro direito cívico no art. 86 da Constituição de 1967.⁶¹³

Entende que a Constituição de 1967, em seu texto original, com as alterações dos atos institucionais e da Emenda n. 1 de 1969, revelou zelo do legislador constitucional ao “aliviar o Supremo Tribunal Federal do julgamento de certas causas, que entravavam seu funcionamento e o próprio andamento normal da justiça, sem qualquer interesse para a ordem jurídica nacional”, pois “o STF era desviado de suas funções essenciais”.⁶¹⁴

Sobre estado de sítio, entende que, tradicionalmente, a decretação cabia ao Poder Legislativo, cabendo ao Presidente apenas quando o Congresso estivesse em recesso. Agora, na Constituição de 1967, a iniciativa é exclusiva do Presidente da República, sendo que essa mudança no estado de sítio reflete “a diretriz de fortalecer o titular do Poder Executivo”.⁶¹⁵

Quanto aos Atos Institucionais, Lima entende que, “por sua índole excepcional, poderão ter sua vigência cessada, no todo ou em alguns de seus dispositivos, por iniciativa do Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional (art. 182, parágrafo único)”, além de poderem alterar a Constituição em algumas partes, em especial determinando o fechamento de casas legislativas. Mas, para o autor, essas restrições ao Poder Legislativo advindas dos Atos “são menores do que num regime inteiramente revolucionário (como no Governo Provisório, de 1930 a 1934, e no ‘Estado Nôvo’, de 1937 a 1946, durante cujos períodos o Poder Legislativo federal, estadual e municipal nunca funcionou”.⁶¹⁶

Para Alcides Lima, a normalidade estava retornando gradativamente ao país, “cortadas as arestas que, antes de 1964, maculavam a ordem jurídica, os princípios morais e a própria segurança nacional, que era um modo de deturpar o regime democrático, como a constante aspiração de nosso povo, ao longo da História”.⁶¹⁷

Por seu turno, Roberto Piragibe da Fonseca, Professor Catedrático da Faculdade de

⁶¹² LIMA, 1971, p. 97-98.

⁶¹³ LIMA, 1971, p. 100.

⁶¹⁴ LIMA, 1971, p. 115.

⁶¹⁵ LIMA, 1971, p. 153-154.

⁶¹⁶ LIMA, 1971, p. 136-137.

⁶¹⁷ LIMA, 1971, p. 137.

Economia e Finanças do Rio de Janeiro, em seu Curso de instituições de direito público, de 1968, entende que a Constituição de 1967 não foi outorgada, mas se trata de uma “constituição anômala”, afirmando que sua elaboração ocorreu “à margem dos trâmites usuais e clássicos, e promulgada por Câmaras ordinárias e despidas, portanto, de qualquer poder constituinte explícito”.⁶¹⁸

Afirma que a Constituição de 1967 “não está bem redigida e, conseqüentemente, vários dos seus dispositivos não primam pela clareza. Diminui a autonomia dos Estados-membros, o que é contrário à nossa tradição jurídica. Restringe a competência do Legislativo, o que não é aconselhável. Dilata a área do Executivo, o que é sempre perigoso”.⁶¹⁹

Piragibe da Fonseca fala sobre o aumento dos poderes do Presidente de modo irônico, colocando entre aspas que essa “temerosa dilatação da esfera do Executivo” é uma “novidade” no constitucionalismo brasileiro. O autor segue com sua ironia questionando: “mas por que tanto susto?”. E responde afirmando que esse “robustecimento” do Executivo não deve nos impressionar, haja vista o nosso regime presidencialista e a forma federativa, que, em essência, demandam não apenas um poder executivo forte, mas “fortíssimo”. Por conta disso, afirma, no Brasil, “ser o Presidente da República, contas feitas, um acabado ‘ditador legal’”.⁶²⁰ A expressão ditador legal, ainda que empregada com ironia, condensa involuntariamente a tese central deste trabalho, pois é exatamente disso que se trata na ditadura brasileira, de um arbítrio que se exerce na forma da lei e que encontra na doutrina quem o nomeie, mesmo a contragosto, com a expressão exata.

Para Piragibe da Fonseca, a Constituição de 1967 representou essencialmente uma reformulação da Carta de 1946, cuja principal inovação consistiu na integração definitiva das normas que constituíam a legislação do movimento de 31 de março de 1964, abrangendo os Atos Institucionais e Complementares outorgados pelas lideranças militares. Ao avaliar a validade jurídica dessa recepção de normas, o autor conclui que o processo foi legítimo. Conforme o seu entendimento, uma revolução vitoriosa atua como fonte autêntica de produção legislativa na doutrina jurídica, detendo a prerrogativa formal de estruturar ou reorganizar o aparato estatal sob novas bases normativas. Sob essa ótica, o jurista defende que todas as constituições brasileiras promulgadas até aquele período, inclusive o texto de 1967, compartilhavam de uma identidade essencial e incontestável. Dentre essas características

⁶¹⁸ FONSECA, Roberto Piragibe da. **Curso de instituições de direito público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, p. 175.

⁶¹⁹ FONSECA, 1968, p. 175.

⁶²⁰ FONSECA, 1968, p. 175-176.

fundamentais, Fonseca destaca o alinhamento histórico com o princípio da soberania e da origem popular do poder, elemento que ele aponta como a base de sustentação do modelo democrático.⁶²¹

Em 1977, Carlos Ayres Britto, então Professor de Direito e Advogado em Aracaju, publicou na Revista da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro um artigo intitulado O problema da vigência dos atos complementares à edição do AI-5, no qual defende a juridicidade do AI-5 e sua harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro.

No artigo, Ayres Britto concorda com a tese de João de Oliveira Filho, reconhecendo que se está diante de um regime revolucionário que, apesar de autoritário, não é arbitrário e nem se desconfigura como um estado de direito.⁶²²

Segundo ele, o ordenamento jurídico brasileiro, à época, era formado por dois conjuntos de normas, um compreendendo as normas ordinárias derivadas da Constituição e dela retirando a validade, e outro que englobava as regras legislativas e judiciais derivadas do AI-5 e que se legitimavam como expressões jurídicas da “revolução” de 31 de março de 1964.⁶²³

De acordo com Ayres Britto, o AI-5 derogou a Constituição de 1967 como um todo, muito embora a tenha mantido em vários artigos, já que derogou as normas constitucionais com ele incompatíveis. De acordo com o futuro ministro do STF na era democrática, o AI-5 se tornou o documento cancelador da Constituição de 1967, tornando-se a referência de vigência e legitimidade das normas constitucionais.⁶²⁴

Entretanto, argumenta que, após a Emenda n. 1 de 1969, o AI-5 foi rebaixado na hierarquia das normas, visto que passou a ter sua validade referida na Emenda. Mas se tratou de um rebaixamento apenas técnico e formal, pois, segundo o autor, o AI-5 permaneceu substancialmente em superioridade à Constituição de 1967, mesmo com a Emenda n. 1.⁶²⁵ A análise de Ayres Britto é das mais valiosas para esta Tese, e não sem ironia histórica, vinda de quem viria a ser ministro do Supremo na democracia, pois descreve com exatidão técnica a superioridade substancial do AI-5 sobre a Constituição. Ao reconhecer que o Ato Institucional cancelava a Constituição, e não o contrário, Ayres Britto formula, ainda que sem intenção

⁶²¹ FONSECA, 1968, p. 177.

⁶²² BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares à edição do AI-5. **Revista da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro**, n. 32, 1977, p. 01.

⁶²³ BRITTO, 1977, p. 04.

⁶²⁴ BRITTO, 1977, p. 05.

⁶²⁵ BRITTO, 1977, p. 06-07.

crítica naquele momento, a própria estrutura que esta Tese identifica como a da norma fundamental da ditadura, em que a validade da Constituição passa a depender do Ato, e não o Ato da Constituição.

Da análise dos manuais e textos jurídicos publicados no período da ditadura militar, constata-se que a doutrina da época tratou com tranquilidade a existência de uma legislação de exceção que se sobrepôs à Constituição de 1946 e, posteriormente, se arvorou como instrumento de um poder constituinte “revolucionário” capaz de editar uma nova Constituição ao país.

Além disso, a doutrina entendia que se estava diante de um movimento “revolucionário” que detinha poder constituinte originário permanente, e não de uma ditadura que, de acordo com seus interesses, alterava a ordem constitucional do país.

Para a doutrina, de fato, havia uma linearidade entre os Atos Institucionais a partir do primeiro, de 9 de abril de 1964, como se formassem um ordenamento jurídico apartado do ordenamento vinculado à Constituição de 1946.

Esse panorama autoriza uma última observação, que serve de passagem ao próximo tópico. Por mais que divergissem quanto à legitimidade de um ou de outro Ato, e por mais que alguns, como Maluf, Piragibe da Fonseca ou mesmo Russomano, deixassem escapar reservas ou ironias, todos os autores examinados partilhavam de uma mesma incapacidade, a de nomear com rigor o que era, afinal, o Ato Institucional. Ora o equiparavam à Constituição, ora à emenda, ora o tratavam como expressão de um poder constituinte permanente, ora como legislação revolucionária, sem jamais fixá-lo. Essa hesitação não era falha individual dos juristas, mas sintoma da própria natureza do objeto, pois o Ato Institucional resistia às categorias disponíveis precisamente porque inaugurava uma forma nova de articular direito e exceção. É dessa constatação que parte o tópico seguinte, no qual se buscará, com o auxílio da História dos Conceitos de Reinhart Koselleck, construir um conceito jurídico-historiográfico de Ato Institucional, capaz de dar nome àquilo que a doutrina do período, por estar imersa nele, não conseguiu definir.

3.5. Em busca de um conceito jurídico-historiográfico de “Ato Institucional”

Esta Tese examina como a doutrina constitucional pensou a exceção e como o Supremo Tribunal Federal interpretou os Atos Institucionais. Há, porém, um problema que perpassa todo o trabalho e que convém enfrentar de modo explícito: afinal, o que é,

conceitualmente, um Ato Institucional? A pergunta não é ociosa. Como será visto no Capítulo 4, os próprios ministros do Supremo oscilaram entre chamá-lo de lei constitucional temporária, norma de estatuto constitucional, legislação revolucionária ou uma das duas ordens jurídicas coexistentes, sem jamais fixá-lo em uma categoria estável. Essa instabilidade, longe de ser um defeito de observação, é propriedade do objeto, e é ela que recomenda abandonar a pergunta puramente dogmática, que indaga em que gaveta do ordenamento o Ato se encaixa, para formular uma pergunta historiográfica, que indaga como o termo condensou experiências e projetou expectativas. É esse o objetivo deste tópico: construir um conceito jurídico-historiográfico de Ato Institucional, a partir do pensamento de Reinhart Koselleck, e situar a contribuição desta Tese no interior da literatura que, nas últimas décadas, dedicou-se ao tema.

A opção por Koselleck não é ornamental. Tratar o Ato Institucional como conceito, e não como mero dispositivo normativo, permite captar aquilo que a análise estritamente dogmática deixa escapar, isto é, o modo como uma palavra se torna campo de disputa política e instrumento de poder. Se a doutrina constitucional da época, examinada no neste Capítulo 2, e boa parte dos ministros, examinados no Capítulo 4, não conseguiram definir o Ato, foi porque o trataram como um dado a ser classificado. Cabe à historiografia do direito fazer uma construção conceitual e histórica desse instituto jurídico. É a essa reconstituição que as páginas seguintes se dedicam, primeiro expondo o instrumental koselleckiano, depois cotejando treze autores que se ocuparam do Ato Institucional, para, ao final, demarcar em que esta Tese converge com eles e em que dela se afasta.

A proposta de Reinhart Koselleck para a História dos Conceitos (*Begriffsgeschichte*) estabelece que um conceito transcende a mera dimensão linguística da palavra ao condensar uma multiplicidade de experiências históricas acumuladas e tensões sociopolíticas em um único termo.⁶²⁶ Diferentemente de uma palavra simples, o conceito atua simultaneamente como um indicador, ou índice, que registra sentidos passados, e como um fator, ou agente, que molda a realidade e estabelece as condições de possibilidade para ações futuras.⁶²⁷ Essa dinâmica articula-se pelas categorias meta-históricas do espaço de experiência, que é o passado atualizado pela memória, e do horizonte de expectativa, que é o futuro projetado por desejos e previsões, cuja tensão constitui o próprio tempo histórico, especialmente a partir do *Sattelzeit* (1750-1850), período em que a linguagem política sofreu um processo radical de

⁶²⁶ KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Tradução de Manoel Luis Salgado Guimarães. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146, 1992; TURIN, Rodrigo. **História dos conceitos**. [S. l.: s. n.], [s.d.]. (Metodologia da Pesquisa Histórica, Aula 10), p. 325.

⁶²⁷ KOSELLECK, 1992, p. 136.

temporalização e aceleração.⁶²⁸

A aplicação desse instrumental à historiografia jurídica permite superar o positivismo científico que, frequentemente, trata os institutos do direito de forma anacrônica ou como dogmas estáticos desvinculados da vida social.⁶²⁹ Ao encarar o direito como um campo de disputa por sentidos, a metodologia de Koselleck ajuda a reconstruir a história das normas não como uma sucessão linear de fatos, mas como uma cristalização linguística de experiências coletivas em disputa.⁶³⁰ Assim, o direito passa a ser compreendido como uma estrutura que normaliza ou desafia as relações de poder por meio de estratos semânticos, exigindo que o pesquisador investigue como categorias jurídicas tradicionais foram reapropriadas para justificar novas configurações políticas.⁶³¹

No que concerne especificamente ao conceito de “Ato Institucional”, o método koselleckiano possibilita uma análise que ultrapassa a mera descrição cronológica da ditadura militar brasileira. Como conceito indicador e fator, o Ato Institucional operou a temporalização da exceção, suspendendo o passado constitucional, que é o espaço de experiência, em nome de um horizonte de expectativa autoritário que se autoatribuía o poder constituinte originário.⁶³² Uma investigação sincrônica revelaria sua inserção na rede semântica de 1964, ao lado de termos como “revolução” e “limpeza”, enquanto uma abordagem diacrônica permitiria traçar a sedimentação e o desgaste desses sentidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até 1978.⁶³³ Dessa forma, o Ato Institucional é interpretado como uma legalidade *ad hoc* que manipulou a gramática do direito para normalizar a autocracia, tornando-se objeto de estudo fundamental para compreender como o regime buscou rotinizar o arbítrio por meio de uma engenharia conceitual autoritária. Note-se, desde já, que essa leitura conceitual reforça o argumento central desta Tese: se o Ato Institucional foi, ao mesmo tempo, índice do passado constitucional que suspendia e fator de uma nova ordem que fundava, então ele cumpriu, no plano da história dos conceitos, a mesma função que, no plano da teoria do direito, se descreveu como a de uma norma fundamental, a *Grundnorm* de que falam Kelsen e Bobbio.

⁶²⁸ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 308-309, 321.

⁶²⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Koselleck de história dos conceitos e a reconstrução da história do direito. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 124, p. 361-385, jun./set. 2019, p. 362-363.

⁶³⁰ MARQUARDT NETO, Roland Hamilton. A metodologia da história em Reinhart Koselleck: análise e aplicação à pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de História do Direito*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 129-150, jul./dez. 2015.

⁶³¹ KOSELLECK, 1992, p. 137.

⁶³² KOSELLECK, 1992, p. 137-138.

⁶³³ MARQUARDT NETO, Roland Hamilton. A metodologia da história em Reinhart Koselleck: análise e aplicação à pesquisa jurídica. **Revista Brasileira de História do Direito**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 129-150, jul./dez. 2015, p. 143-144; TURIN, [s.d.], p. 327-328.

Fixado o instrumental, cabe percorrer a literatura especializada. A releitura que se segue não pretende esgotar cada obra, mas extrair da atual historiografia jurídica a concepção de Ato Institucional que nelas se enuncia, verificando em que medida convergem ou divergem da tese aqui sustentada, segundo a qual o Ato foi a norma fundamental da ordem jurídica da ditadura e o Supremo, longe de ser simples tribunal adesista ou de resistência, foi palco de disputas em torno do seu sentido jurídico-conceitual.

Para Marcos Napolitano, os Atos Institucionais funcionaram como vetores de uma *normatização autoritária*, destinados a conferir previsibilidade e rotina operativa a um exercício de poder essencialmente autocrático. Esses instrumentos não constituíam simples fachada jurídica, pois sua função era promover o fortalecimento legal do Poder Executivo, de modo a mitigar possíveis conflitos entre as lideranças militares, despersonalizando o comando e institucionalizando a tutela estatal sobre a sociedade civil. Desse modo, a ditadura brasileira estruturou-se como um sistema complexo, que articulou um robusto aparato legal-burocrático para a sua própria institucionalização, integrando a força direta à coerção normativa para assegurar o controle sobre o corpo político e social.⁶³⁴ A leitura de Napolitano converge com a desta Tese ao recusar a ideia de que o aparato normativo fosse mero verniz, e ao sublinhar a função de rotinização do arbítrio, que é, em termos koselleckianos, a função de fator desempenhada pelo conceito.

Sob a ótica de Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, a figura do Ato Institucional é interpretada como a *expressão máxima da supremacia da vontade revolucionária*. O autor demonstra que, a partir da fundamentação teórica de Francisco Campos, a “revolução vitoriosa” autoatribuiu-se a condição de poder constituinte originário, legitimando-se por si própria e agindo de forma ilimitada frente à normatividade preexistente. A edição do AI-1, especificamente, inaugurou uma tensão permanente entre a manutenção formal da normalidade constitucional e a imposição da excepcionalidade revolucionária, estabelecendo um jogo normativo que turvava os limites entre a regra e a exceção. No que tange à relação entre o sistema jurídico e o regime, Barbosa introduz a categoria de *engenharia constitucional autoritária*, sugerindo que o aparato normativo na ditadura não representava mero arbítrio, mas instrumento estratégico para a estabilização de expectativas e para a oferta de uma justificação normativa à política. Esse modelo permitiu que o regime se apresentasse como um poder devidamente institucionalizado e dotado de coercibilidade, distanciando-se da imagem de uma

⁶³⁴ NAPOLITANO, Marcos. **1964**: história do regime militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014.

força meramente fática ou episódica.⁶³⁵ A noção de estabilização de expectativas dialoga de perto com a chave koselleckiana do horizonte de expectativa, e a tese da vontade revolucionária como fonte autolegitimada é exatamente o ponto em que esta investigação reconhece, no AI-1, a materialização de uma norma fundamental, retomando a leitura de *grundnorm* da ditadura.

Andréa da Conceição Pires França caracteriza os Atos Institucionais como mecanismos estratégicos de manipulação do Poder Executivo, concebidos para sobrepor uma ordem institucional de matiz autoritário ao sistema legislativo e constitucional vigente. Nesse sentido, o AI-1 é interpretado como o marco fundamental que transmutou a ruptura política inicial em uma legalidade revolucionária, ao passo que diplomas subsequentes, notadamente o AI-5, representaram o apogeu da força estatal, ao suspenderem a garantia do *habeas corpus* e viabilizarem cassações de mandatos e direitos políticos imunes ao controle jurisdicional. A autora enfatiza a vigência de uma *esquizofrenia jurídica*, manifestada pela coexistência paradoxal de duas ordens normativas incompatíveis, a *constitucional* e a *institucional*. Esse arranjo permitiu ao regime sustentar instituições democráticas como mera fachada de legitimação, enquanto, na prática, o sistema operativo ignorava princípios basilares do direito, como a presunção de inocência, o livre convencimento motivado do juiz e a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.⁶³⁶ A imagem da esquizofrenia jurídica de França aproxima-se da tese das duas ordens jurídicas que o próprio Supremo formulou, examinada no Capítulo 4, embora aqui se sustente que essa dualidade não era contradição do regime, e sim o seu modo coerente de operar, articulado precisamente pela figura do Ato Institucional.

Heloisa Fernandes Câmara caracteriza o Ato Institucional como uma categoria normativa *híbrida e superconstitucional*, dotada de força intrínseca para alterar ou derrogar o texto constitucional sem a observância dos ritos parlamentares ordinários. A autora, como visto no tópico anterior, realiza uma genealogia do termo, demonstrando que a figura do Ato Institucional não foi criação espontânea de 1964, pois o conceito já permeava debates na Constituinte de 1946 e discussões sobre a organização do Estado da Guanabara em 1960, vindo a ser reapropriado pelo regime militar para conferir uma roupagem de legalidade técnica ao golpe. No que concerne à relação entre o sistema jurídico e a ditadura, Câmara propõe o paradigma do *constitucionalismo autoritário (rule with law)*, no qual o direito atua como campo de disputa por sentidos constitucionais, em que a excepcionalidade se mescla permanentemente

⁶³⁵ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

⁶³⁶ FRANÇA, Andréa da Conceição Pires. **Doutrina e legislação: os bastidores da política dos militares no Brasil (1964-1985)**. 2009. 204 f. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

à normalidade. Nesse cenário, o regime brasileiro notabilizou-se por sua alta densidade legalista, instrumentalizando o Supremo Tribunal Federal como esfera de fundamentação e legitimação, enquanto a Corte, por sua vez, buscava preservar sua funcionalidade institucional por meio de uma postura adaptável frente às pressões do Executivo.⁶³⁷ A contribuição de Câmara é das que mais se aproximam desta Tese, em dois pontos decisivos. Primeiro, ao qualificar o Ato como *superconstitucional*, ela confirma, com outro vocabulário, a posição acima da Constituição que aqui se atribui ao AI. Segundo, a noção de tribunal adaptável é inteiramente convergente com a recusa, sustentada no Capítulo 4, das leituras maniqueístas do Supremo, seja como tribunal de resistência, seja como mero tribunal adesista. A genealogia do termo, que recua a 1946 e 1960, reforça ainda a leitura koselleckiana aqui adotada, pois evidencia que o conceito carregava um espaço de experiência anterior ao golpe.

Cristiano Paixão acentua a capacidade autoatribuída do regime de editar regras unilaterais com alcance constitucional, o que engendrou uma nítida *circularidade normativa*. Sob essa perspectiva, o Ato Institucional é compreendido como manifestação de poder que desconsidera uma hierarquia clara frente às normas constitucionais tradicionais, uma vez que ambos os instrumentos detinham a força jurídica necessária para alterar a ordem pretérita. No que tange à relação entre o sistema jurídico e a ditadura, o autor destaca a obsessiva preocupação do regime em “normalizar” e *institucionalizar* a força por meio da linguagem do direito. O Brasil diferenciou-se das ditaduras limítrofes do Cone Sul pela intensidade com que transmutou medidas discricionárias em instrumentos jurídicos, empenhando-se na construção de uma narrativa plausível para justificar a violação da Constituição como um imperativo para a preservação da própria democracia.⁶³⁸ A convergência com Paixão é ampla, sobretudo quanto à ideia de normalização pelo direito, que esta Tese adota. Há, contudo, uma divergência de qualificação que importa registrar: onde Paixão tende a ver, na circularidade entre Ato e Constituição, uma ambiguidade ou indefinição cultivada, esta Tese sustenta que tal circularidade era a marca coerente do uso do direito pela ditadura, logicamente articulada pela função fundante do Ato Institucional. Não se trata de indefinição, mas de uma definição precisa, a de uma norma que se reservava o poder de decidir sobre todas as demais.

Para Danilo Pereira Lima, o Ato Institucional configurou-se como o eixo central da estrutura normativa do regime, operando como modalidade de legalidade *ad hoc* situada em

⁶³⁷ CÂMARA, Heloisa Fernandes. **STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?** 2017. 259 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

⁶³⁸ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). **História do Direito: RHD**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 227-241, jul./dez. 2020.

patamar hierárquico superior à própria Constituição. Essa engenharia jurídica foi articulada por juristas como Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva, com o propósito de conferir um prestimoso verniz jurídico à ditadura, camuflando a violência do Estado sob uma narrativa normativa fantasiosa que simulava a vigência de um Estado de Direito. A obra analisa a consolidação de uma *cultura jurídica autoritária* no Brasil, sustentada por uma concepção instrumentalista do direito, na qual a norma perde sua autonomia para servir estritamente aos detentores do poder. Lima argumenta que essa postura intelectual permitiu que a maior parte da comunidade jurídica colaborasse ativamente na desestruturação das instituições democráticas, aceitando a supressão de garantias constitucionais conforme os imperativos políticos da Doutrina de Segurança Nacional.⁶³⁹ Lima está entre os autores mais próximos da tese aqui defendida, pois a localização do Ato em patamar superior à Constituição e a ênfase no papel dos juristas convergem diretamente com os Capítulos 2 e 4 deste trabalho, em especial com a análise da doutrina que legitimou a figura do Ato e do papel de juristas como Paulino Jacques e Francisco Campos.

Mateus Gamba Torres interpreta o Ato Institucional como uma invenção legislativa deliberada, concebida para facultar aos militares a alteração da ordem constitucional sem a observância de limites legais ou ritos democráticos preexistentes. Dentro dessa arquitetura de exceção, o autor destaca o AI-2 como o marco fundamental da neutralização do Poder Judiciário, pois esse diploma não apenas expandiu a composição do Supremo Tribunal Federal de onze para dezesseis ministros, permitindo ao Executivo o controle da maioria por meio de nomeações estratégicas, mas também transferiu a competência para o julgamento de crimes contra a segurança nacional à Justiça Militar, esvaziando a jurisdição comum. Quanto à relação entre o direito e o regime, Torres sustenta a tese de um acordo militar-judicial, no qual o STF atuou como peça-chave na legitimação do golpe de 1964, chancela simbolizada pela presença do presidente da Corte na sessão do Congresso que declarou a vacância do cargo de João Goulart. Para o autor, o Tribunal aceitou a validade jurídica dos Atos Institucionais como estratégia para preservar sua autonomia formal, operando sob um discurso de imparcialidade técnica enquanto, na prática, adaptava-se à legislação de exceção imposta pelos militares.⁶⁴⁰ Esta Tese, contudo, discorda dessa interpretação de Torres no tocante ao papel do Supremo. A

⁶³⁹ LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964**. 2018. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) – Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

⁶⁴⁰ TORRES, Mateus Gamba. **Política, discurso e ditadura: o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos recursos ordinários criminais (1964-1970)**. 2014. 235 f. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

categoria do acordo militar-judicial, ao acentuar a chancela e a adaptação, tende a aproximar o Tribunal da imagem de uma corte aderente, ao passo que a análise dos acórdãos, desenvolvida no Capítulo 4, mostrará um STF atravessado por disputas internas, no qual a aceitação da validade dos Atos convivia com resistências pontuais e relevantes. A divergência, registre-se, é de ênfase e de recorte documental, pois Torres analisa os recursos criminais de um período determinado, ao passo que este trabalho examina o conjunto de 285 acórdãos do Plenário.

Para Américo Bedê Junior, os Atos Institucionais constituíram a *expressão jurídica elementar do regime*, situando-se em patamar hierárquico superior à própria Constituição e operando como fundamento de um estado de exceção permanente. O autor argumenta que a ditadura institucionalizou uma aparente legalidade, na qual o sistema jurídico foi instrumentalizado para converter o poder soberano de suspender normas e de estigmatizar opositores como inimigos em um exercício de arbítrio traumático. Bedê Junior conclui que tal arranjo, pautado em uma legalidade puramente instrumental, não resiste a uma análise rigorosa sobre os requisitos essenciais de uma democracia constitucional e de um regime que assegure o respeito efetivo aos direitos fundamentais.⁶⁴¹ A fórmula do estado de exceção permanente empregada por Bedê Junior é a mesma que esta Tese mobiliza, a partir de Agamben, e a localização do Ato acima da Constituição, somada à menção do inimigo, aproxima sua leitura tanto da matriz agambeniana quanto da schmittiana adotadas no Capítulo 1.

Na investigação de Francisco Rogério Madeira Pinto, os Atos Institucionais são interpretados como a materialização de uma legislação delegada que permitiu ao Poder Executivo absorver as prerrogativas e funções tradicionalmente atribuídas aos demais poderes da República. O autor descreve a personalidade dividida do regime, manifestada pela coexistência paradoxal entre a observância de uma legalidade formal, necessária à legitimação institucional, e o exercício de uma arbitrariedade prática em nome da governabilidade. Essa arquitetura jurídica autoritária possui raízes intelectuais profundas, que Madeira Pinto rastreia em juristas paradigmáticos como Oliveira Vianna e Francisco Campos, para os quais o direito deixava de ser um limite ao poder para se tornar ferramenta estratégica de transformação política e de centralização estatal, consolidando um modelo de constitucionalismo autoritário que permeou as experiências ditatoriais brasileiras no século XX.⁶⁴² A genealogia traçada por Madeira Pinto presta apoio direto ao Capítulo 2 desta Tese, ao demonstrar que o pensamento

⁶⁴¹ BEDÊ JUNIOR, Américo. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 50, n. 197, p. 161-174, jan./mar. 2013.

⁶⁴² MADEIRA PINTO, Francisco Rogério. *A formação do pensamento jurídico-autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo*: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva. 2018. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

jurídico-autoritário que sustentou os Atos Institucionais não nasceu em 1964, mas se formou ao longo de décadas, o que confirma, no plano da história intelectual, a continuidade que aqui se sustenta entre a doutrina anterior a 1964 e a legitimação dos Atos.

Na perspectiva de Fabricia Cristina de Sá Santos, o Ato Institucional é apresentado como o dispositivo fundamental para o enquadramento do que se convencionou chamar de *revolução legal*. Tal mecanismo operou constringendo o Poder Judiciário a administrar e sustentar os paradoxos inerentes a um regime que, embora mantivesse as instituições formais, autoatribuiu-se poderes excepcionais que rompiam com a ordem democrática. A autora investiga a configuração de uma legalidade autoritária, caracterizada pelo esforço deliberado e contínuo dos governos militares em conferir um revestimento jurídico aos seus atos de força, estratégia que visava angariar uma legitimação processual para o regime, buscando uma aparência de normalidade institucional e jurídica mesmo quando as medidas adotadas violavam frontalmente direitos e garantias fundamentais.⁶⁴³ Santos adota expressamente a categoria de legalidade autoritária, central também nesta Tese, e a sua perspectiva comparada entre Brasil e Argentina reforça o argumento, retomado de Anthony Pereira, de que a singularidade brasileira esteve no grau de judicialização da repressão, ponto que o Capítulo 4 desenvolve a partir dos próprios acórdãos do Supremo.

Mateus do Prado Utzig concentra sua análise na transição jurídica do regime, investigando como as medidas de emergência, instituídas pela Emenda Constitucional n. 11 de 1978, sucederam os Atos Institucionais com o propósito de preservar o arbítrio do Executivo sob uma aparência mais democrática e limitada. Segundo o autor, essa fase terminal da ditadura configurou um *estado de direito autoritário*, caracterizado por uma revogação ambígua dos Atos Institucionais, que manteve intactos os efeitos das sanções aplicadas e preservou a integridade dos aparelhos repressivos do Estado. Utzig argumenta que essa arquitetura constitucional funcionou como mecanismo de compensação de poder, permitindo ao governo controlar o ritmo da abertura política e blindar os agentes do regime contra revisões judiciais, internalizando a lógica da exceção diretamente no texto constitucional.⁶⁴⁴ A análise de Utzig conversa diretamente com a seção do Capítulo 4 dedicada à sobrevida da exceção, pois a ideia de uma revogação ambígua que conserva os efeitos das sanções é exatamente o que a

⁶⁴³ SANTOS, Fabricia Cristina de Sá. **Legalidade autoritária**: uma análise comparativa (Brasil e Argentina) sobre o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal e da Corte Suprema de Justiça nos julgamentos dos processos de habeas-corpus durante a ditadura militar – 1964/1969 e 1976/1983. 2018. 248 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2018.

⁶⁴⁴ UTZIG, Mateus do Prado. **Autoritarismo em transição**: as medidas de emergência na ditadura militar brasileira (1974-1984). 2022. 353 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

jurisprudência da indenidade, fundada na ressalva da Emenda n. 11 de 1978, revela no plano das decisões do Supremo.

Na análise de Otávio Valério, o AI-1 é interpretado como o marco inaugural de um novo paradigma no Direito Constitucional brasileiro, fundamentado no decisionismo de Carl Schmitt. Por meio da redação do preâmbulo por Francisco Campos, o regime buscou fundamentar a ideia de que a revolução detinha o poder constituinte originário, o que facultava ao Executivo a criação de uma nova legalidade isenta de limitações normativas prévias. No que concerne à atuação do Supremo, a obra demonstra uma trajetória que evoluiu de um estágio inicial de inércia e aparente idílio com o novo regime para uma postura de resistência pontual, manifestada especialmente pela concessão de *habeas corpus* fundamentados em vícios processuais e na defesa da competência da justiça comum. Contudo, essa autonomia relativa foi progressivamente neutralizada pelo Executivo por meio do estratagema do AI-2, que alterou a composição da Corte, e, de forma definitiva, pelos Atos Institucionais n. 5 e 6, que resultaram na cassação de ministros e no esvaziamento das competências do Tribunal. Valério argumenta que o STF, ao longo de todo o período, aceitou a constitucionalidade dos Atos Institucionais, integrando-os ao ordenamento como normas de hierarquia superior à Constituição, de modo a preservar sua própria funcionalidade e sobrevivência institucional.⁶⁴⁵ Valério dialoga com esta Tese, pois converge em dois pontos estruturantes: a leitura schmittiana do preâmbulo do AI-1 redigido por Francisco Campos e a integração dos Atos ao ordenamento como normas de hierarquia superior à Constituição. A trajetória que ele descreve, da inércia inicial à resistência pontual e à posterior neutralização, é compatível com a leitura não maniqueísta aqui sustentada, ainda que esta Tese, ao estender o recorte até 1978 e ao examinar o conjunto dos acórdãos do Plenário, enfatize mais as disputas internas do que uma evolução linear de fases.

Na investigação de Emanuel de Melo Ferreira, o fenômeno do autoritarismo é analisado em sua dimensão difusa, com especial atenção à persistente apologia ao AI-5 e à manutenção de legados autoritários no seio do Poder Judiciário contemporâneo. O autor interpreta o Ato Institucional como o ápice de um processo de manipulação jurídica, no qual o Direito é instrumentalizado para conferir uma roupagem de legalidade a finalidades essencialmente antidemocráticas. Ferreira aprofunda a análise do legalismo autocrático, conceito que descreve a estratégia de agentes do Estado, notadamente juristas, que se utilizam da gramática do constitucionalismo e da democracia para subverter e destruir essas mesmas

⁶⁴⁵ VALÉRIO, Otávio L. S. **A toga e a farda**: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969). 2010. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

instituições. Sob esse prisma, o direito deixa de atuar como limite ao arbítrio para tornar-se máscara que camufla práticas repressivas e intimidações, permitindo que a exceção sobreviva e se difunda por meio de uma rede de colaboracionismo institucional.⁶⁴⁶ Ferreira projeta o problema para além de 1985, e sua noção de legalismo autocrático converge com a tese, defendida na conclusão deste trabalho, de que a exceção, uma vez inscrita na forma da norma, sobrevive ao regime que a instituiu, ressurgindo, no presente, como herança a ser enfrentada.

O cotejo desses autores autoriza uma síntese. Há amplo consenso quanto a três pontos: o Ato Institucional foi instrumento de uma legalidade autoritária, e não mera fachada; ocupou posição de prevalência, quando não de superioridade, sobre a Constituição; e foi articulado por uma tradição jurídica que o antecede e que nele se concretiza. As divergências concentram-se na qualificação do Supremo, e é aí que esta Tese toma posição própria, recusando tanto a imagem do tribunal de adesão, que se insinua em Torres, quanto a do tribunal de resistência, e adotando, com Câmara e, em parte, com Valério, a chave da disputa e da adaptabilidade. O ponto em que esta investigação se distingue de todos, porém, é metodológico e conceitual: nenhum dos autores examinados mobiliza expressamente a História dos Conceitos de Koselleck para tratar o Ato Institucional como conceito, isto é, como índice de um espaço de experiência e fator de um horizonte de expectativa, nem o nomeia, no rigor da teoria do direito, como norma fundamental da ordem da ditadura. É essa dupla operação, historiográfica e jurídica, que o presente tópico introduz e que o restante da Tese desenvolve.

Propor um conceito jurídico-historiográfico de Ato Institucional significa afirmar que ele não foi nem simples lei, nem simples decisão de força, mas um conceito que, condensando a experiência autoritária acumulada na cultura jurídica brasileira e projetando o horizonte de uma ordem nova, fundou e organizou a legalidade da ditadura. Compreendê-lo desse modo é a condição para entender por que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretá-lo, não pôde jamais fixá-lo, e por que, ao não consegui-lo, acabou por revelar, melhor do que qualquer definição, a verdadeira natureza daquilo que tinha diante de si.

⁶⁴⁶ FERREIRA, Emanuel de Melo. **A difusão do autoritarismo e resistência constitucional**. 2022. 404 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022.

CAPÍTULO 4 - AS DECISÕES DO STF SOBRE OS ATOS INSTITUCIONAIS

4.1 Introdução: o Supremo entre a adesão e a resistência

O Supremo Tribunal Federal teve uma relação conturbada com a ditadura militar. Tanto do ponto de vista político e institucional da Corte quanto da análise de seus julgados nesse período, é possível ver com clareza a permanente tensão entre o STF e o regime. Por conta disso, é incorreto classificar o Supremo, entre abril de 1964 e março de 1985, como um tribunal adesista ou como um tribunal de resistência. Não foi uma coisa, nem outra. Como observa Felipe Recondo, o golpe civil-militar criou uma nova situação de fato no Tribunal, do mesmo modo que ocorrera em outros momentos de ruptura, e a Corte oscilou, ao longo de duas décadas, entre a acomodação e a afirmação tímida de sua jurisdição.⁶⁴⁷

Essa ambiguidade não é um acidente, mas a própria marca do modo como a ditadura se relacionou com o direito. O regime brasileiro, diferentemente de outras experiências autoritárias do Cone Sul, fez questão de se revestir de uma aparência de legalidade, conservando o Judiciário em funcionamento e submetendo boa parte de seus atos de exceção a uma roupagem normativa. Anthony Pereira chamou esse fenômeno de legalidade autoritária, isto é, o esforço do regime para obter, por meio dos tribunais e de uma profusão de textos jurídicos, um verniz de legitimidade para a repressão.⁶⁴⁸ É justamente nesse ponto que a categoria do estado de exceção, tal como trabalhada por Giorgio Agamben, se mostra produtiva, pois a exceção não se confunde com a simples ausência de Direito, e sim com uma zona de indistinção em que a norma é suspensa permanecendo, paradoxalmente, em vigor.⁶⁴⁹ No caso brasileiro, essa zona de indistinção tem nome e número, e está inscrita nos Atos Institucionais.

Como visto nos Capítulos anteriores, a centralidade jurídica do regime estava nos Atos Institucionais. Desde o AI-1, os textos traziam dispositivo que afastava do controle jurisdicional os atos da ditadura, tais como a demissão, a disponibilidade ou a aposentadoria de servidores considerados subversivos, ou seja, que supostamente tivessem tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública. O AI-1 limitava o controle judicial ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade. A partir do AI-2, todos os Atos passaram a afastar por completo a apreciação judicial dos atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal com base na chamada legislação revolucionária.

⁶⁴⁷ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 31-46.

⁶⁴⁸ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 36.

⁶⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12-13.

Cristiano Paixão observa, com precisão, que essa cláusula de exclusão da apreciação judicial constitui o coração normativo da exceção brasileira, pois é por meio dela que o regime tenta subtrair de qualquer instância de controle o exercício da força.⁶⁵⁰

Mesmo diante dessa vedação, o Supremo, em inúmeros casos, enfrentou o mérito das questões que lhe eram apresentadas. Em vários processos que chegaram à Corte por meio de mandados de segurança, habeas corpus e recursos, houve o conhecimento e o posterior enfrentamento do mérito. Por outro lado, em muitos casos não houve sequer o conhecimento, principalmente nos mandados de segurança e nos habeas corpus impetrados contra atos do presidente da República fundamentados nos Atos Institucionais ou Complementares. Naqueles em que os ministros resolveram enfrentar o mérito, recorrentemente havia debate sobre a natureza jurídica dos Atos Institucionais e sobre os limites do que chamavam de legislação revolucionária. Leonardo Barbosa demonstra que essa indefinição quanto à hierarquia e à natureza dos Atos foi deliberadamente cultivada pelo regime, pois lhe permitia mobilizar a exceção ora como norma constitucional, ora como norma legislativa, conforme a conveniência política do momento.⁶⁵¹

O objetivo deste Capítulo é analisar essas decisões e os debates travados pelos ministros nas deliberações, observando como o STF julgou esses casos e interpretou a natureza jurídica dos Atos Institucionais. Para tanto, utilizamos o método empírico-documental, com a leitura integral de 203 acórdãos do Plenário, julgados entre 16 de junho de 1965 e 9 de março de 1979.⁶⁵² Dentre esses 203 acórdãos, há 133 nos quais, de algum modo, o Supremo adentrou no mérito, especialmente para discutir a natureza dos Atos, contrariando o dispositivo que proibia a análise de mérito. Se o STF quisesse apenas aplicar a cláusula de exclusão, bastava não conhecer dos pedidos, sem necessidade de debate. No entanto, conforme se verá, os ministros travaram longos debates políticos e jurídicos sobre os Atos Institucionais. Os casos são analisados, num primeiro momento, em ordem cronológica e temática, para depois se examinar a longa sobrevida da exceção nas decisões posteriores a 1979.

Antes de ingressar na análise, cabe explicitar a aposta teórica que orienta o Capítulo. As decisões do Supremo serão lidas à luz das categorias trabalhadas nos capítulos anteriores, e

⁶⁵⁰ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito*: revista do IBHD, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 229, jul./dez. 2020.

⁶⁵¹ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 110-118.

⁶⁵² A pesquisa empírica que sustenta este capítulo foi realizada na base de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com recorte temporal entre 1º de abril de 1964 e 15 de março de 1985 e busca pelas expressões “ato institucional” e “atos institucionais”, resultando em 601 acórdãos, posteriormente filtrados para 203 decisões do Plenário em mandados de segurança de competência originária, recursos em mandado de segurança e recursos extraordinários.

em particular a partir de quatro chaves que se complementam. A primeira é a noção de estado de exceção de Giorgio Agamben, que permite compreender o Ato Institucional não como negação do Direito, mas como dispositivo que suspende a norma mantendo-a formalmente em vigor. A segunda é a categoria de legalidade autoritária de Anthony Pereira, que explica por que o regime preferiu judicializar a repressão em vez de simplesmente exercê-la pela força. A terceira é a ideia de utopia autoritária de Carlos Fico, que capta a crença dos agentes do regime de que viviam, ainda que sob arbítrio, em um estado de direito. E a quarta é a noção de textura aberta da exceção de Cristiano Paixão, que descreve o mecanismo pelo qual o regime transitava entre Ato Institucional e norma constitucional conforme a conveniência. Essas quatro chaves serão mobilizadas ao longo da análise dos casos e retomadas, de forma sistemática, na seção final, dedicada à pergunta sobre o que era, afinal, o Ato Institucional segundo as decisões do Supremo.

Importa, ainda, uma advertência de método. O material primário deste capítulo são os acórdãos, isto é, os documentos em que o Tribunal registra não apenas o resultado dos julgamentos, mas também os debates, os apartes e as divergências entre os ministros. Esses debates são preciosos, pois neles os juízes explicitam suas concepções sobre a natureza do regime e sobre os limites de sua própria função. Por isso, ao longo do capítulo, recorre-se com frequência à transcrição de trechos dos votos, sempre preservada a grafia da época, ainda que destoante da ortografia atual. Não se trata de mero apego documental, mas de uma escolha metodológica, pois é na própria linguagem dos ministros, em expressões como legislação revolucionária, direito excepcional, ultratividade da lei ou duas ordens jurídicas, que se pode flagrar o modo como o Direito foi pensado e praticado sob a ditadura.

4.2 Os mandados de segurança contra o presidente da República

O primeiro grupo de casos reúne os mandados de segurança impetrados contra ato do presidente da República praticado com fundamento nos Atos Institucionais. As análises baseiam-se apenas nos acórdãos, não nos processos completos, em razão da própria disponibilidade documental e do recorte metodológico adotado.

No Mandado de Segurança n. 14.517, relatado pelo ministro Evandro Lins e Silva e julgado pelo Pleno em 13 de maio de 1965, o impetrante Félix Valois de Araújo, ex-deputado federal pelo Território de Roraima, insurgia-se contra a cassação de seu mandato com base no art. 10 do AI-1. Alegava a aberração jurídica da exclusão da apreciação judicial, contida na parte final do art. 10 daquele Ato, sustentando que os efeitos do Comando Revolucionário

havam cessado com a posse do presidente da República. Curiosamente, ao mesmo tempo em que combatia o Ato, o impetrante afirmava que se devia agradecer ao Comando Revolucionário, que atendeu ao desespero do povo e livrou o Brasil dos maus brasileiros, apontando apenas que o AI-1 teria seguido um caminho dúbio e contido equívocos. O procurador-geral Oswaldo Trigueiro manifestou-se pelo não conhecimento, afirmando que a resolução presidencial era sobranceira à Constituição e leis da República e que a decisão judicial que a anulasse estaria condenada à ineficácia, por contravir o Ato Institucional, lei constitucional temporária que tem prevalência indiscutível sobre as normas da Carta de 1946. O relator não conheceu do pedido, pois o ato fora praticado nos termos do art. 10 do AI-1, e a Corte o acompanhou.

A fórmula empregada por Oswaldo Trigueiro, de que o Ato Institucional seria uma lei constitucional temporária dotada de prevalência indiscutível sobre a Constituição de 1946, repetir-se-ia, com pequenas variações, ao longo de toda a jurisprudência do período. Ela traduz, no plano técnico, exatamente o que Pereira identifica como o traço distintivo do autoritarismo brasileiro, a saber, a constante tradução da violência política na linguagem do Direito, de modo a apresentar a exceção como mera aplicação de norma vigente.⁶⁵³

Em outro conjunto de casos, discutiu-se o alcance da cláusula de exclusão sobre atos de governadores de Estado. No Recurso em Mandado de Segurança n. 15.291, relatado pelo ministro Evandro Lins e Silva e julgado em 23 de setembro de 1965, o recorrente, juiz de direito de Minas Gerais, fora posto em disponibilidade por ato do governador, com base no art. 7º do AI-1. O Tribunal de Justiça mineiro havia declinado da competência por pender recurso administrativo dirigido ao presidente da República. A Procuradoria-Geral opinou pelo provimento, e o relator deu provimento ao recurso para que o tribunal local conhecesse do pedido, ao entendimento de que o recurso administrativo não tinha efeito suspensivo, de modo que o ato ainda era do governador. O ministro Gonçalves de Oliveira acompanhou o relator e suscitou questão relevante, ainda que não decidida pelo Pleno, sobre se o magistrado se enquadrava no conceito de servidor ou funcionário público a que aludia o AI-1.

Esse mesmo problema retornaria no Mandado de Segurança n. 16.183, relatado pelo ministro Hermes Lima e julgado em 16 de fevereiro de 1967, no qual o Supremo, vencido Prado Kelly, reafirmou que os atos de governadores baseados nos Atos não estavam abrangidos pela vedação dirigida ao presidente da República e ao Comando Supremo da Revolução, podendo ser examinados pelo Judiciário, ao menos quanto às formalidades extrínsecas. Vale registrar a

⁶⁵³ PEREIRA, 2010, p. 41-43.

síntese de Evandro Lins e Silva nesse julgamento, pois antecipa um argumento que percorreria toda a jurisprudência do período:

Realmente, o Ato Institucional n. 2 excluiu da apreciação do Poder Judiciário os Atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Presidente da República, no plano federal, e os atos praticados pelas Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores, nos planos estadual e municipal. Mas, evidentemente, não excluiu dessa apreciação os atos praticados pelos Governadores de Estado.

A distinção é decisiva. Ao reconhecer uma fresta de controle sobre os atos dos governadores, ainda que limitada às formalidades extrínsecas, o Supremo preservava para si um espaço de jurisdição que o regime pretendia fechar. Essa estratégia de demarcação de fronteiras, recorrente nos votos de Evandro Lins e Silva, seria mais tarde mobilizada para sustentar que a ditadura, ao menos, deveria respeitar as suas próprias normas.

A maior parte dos mandados de segurança impetrados diretamente contra o presidente da República, contudo, sequer foi conhecida. No Mandado de Segurança n. 14.750, relatado pelo ministro Hermes Lima e julgado em 16 de fevereiro de 1966, discutia-se a aposentadoria de professor da Faculdade de Direito de Pelotas, com base no art. 7º, parágrafo 1º, do AI-1, e o pedido não foi conhecido por força do art. 19 do AI-2. Naquele mesmo dia, o Pleno julgou trinta e seis mandados de segurança quase idênticos, com acórdãos de poucas páginas, quase todos não conhecidos. A produção em série dessas decisões revela um Tribunal que, naquele momento, optava por aplicar mecanicamente a cláusula de exclusão, transformando o não conhecimento em rotina burocrática.

No Mandado de Segurança n. 14.788, relatado pelo ministro Luiz Gallotti e julgado em 2 de março de 1966, o impetrante, professor catedrático de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, havia obtido liminar para suspender o concurso destinado a preencher a vaga deixada por sua aposentadoria punitiva. Sobreveio o AI-2, e o relator cassou a liminar, não conhecendo do pedido. Interessante observar que o impetrante invocou o precedente do mandado de segurança de Café Filho, cujo julgamento ficara suspenso durante o estado de sítio, pedindo a suspensão da instância até o termo final do AI-2, o que foi indeferido. Naquela sessão, julgaram-se trinta e nove mandados de segurança, todos relatados pelos ministros Gallotti e Gonçalves de Oliveira, com ementas padronizadas que se limitavam a registrar o não conhecimento em face do Ato Institucional n. 2.

Quando o STF conhecia desses casos, era em regra para denegar a ordem, reafirmando a natureza constitucional e temporária dos Atos. No Mandado de Segurança n. 14.644, relatado pelo ministro Adalício Nogueira e julgado em 9 de novembro de 1966, a Corte

adotou parecer da Procuradoria-Geral segundo o qual o Ato Institucional, como lei constitucional temporária, revogou, nos limites de sua incidência, o capítulo que consagrou a amplitude de defesa, inserto na Carta de 1946. Em sentido convergente, no Mandado de Segurança n. 14.951, julgado em 15 de fevereiro de 1967, o relator Oswaldo Trigueiro referiu-se ao AI-2 como legislação revolucionária, ao passo que, no Mandado de Segurança n. 14.938, julgado em 13 de abril de 1967, o relator reconheceu a natureza constitucional da vedação de apreciação judicial, lembrando que o art. 19, I, do AI-2 havia sido incorporado ao art. 173, I, da Constituição de 1967.

Vale deter-se no vocabulário que esses acórdãos consolidaram, pois é nele que se cifra a concepção dominante sobre a natureza dos Atos. A expressão lei constitucional temporária, do parecer adotado no Mandado de Segurança n. 14.644, condensa um paradoxo, pois reúne em três palavras a pretensão de transitoriedade (temporária), a forma da lei (lei) e a hierarquia da Constituição (constitucional). Já a expressão legislação revolucionária, empregada por Oswaldo Trigueiro no Mandado de Segurança n. 14.951, desloca o fundamento de validade da forma jurídica para o fato político da Revolução, sugerindo que o Ato vale porque emana do poder revolucionário, e não porque obedece a um procedimento. E o reconhecimento, no Mandado de Segurança n. 14.938, de que a vedação do art. 19, I, do AI-2 fora incorporada ao art. 173, I, da Constituição de 1967 fecha o círculo, ao naturalizar a cláusula de exclusão como norma constitucional permanente. Os três registros, a transitoriedade, a origem revolucionária e a incorporação constitucional, correspondem exatamente às três respostas, acima, ao lado e dentro da Constituição, que a seção final deste capítulo procurará articular.

Esses julgados, tomados em conjunto, evidenciam que, já em meados da década de 1960, o STF havia consolidado uma gramática jurídica para lidar com os Atos. Os Atos Institucionais eram tratados como normas de estatuta constitucional, temporárias mas prevalecentes, capazes de suspender garantias da Carta de 1946 e de subtrair do Judiciário o exame de mérito. Essa gramática não era, porém, unânime, e foi precisamente nos casos em que os ministros discordaram dela que se travaram os debates mais ricos do período.

Houve, ainda assim, casos em que a Corte conheceu da impetração para, ao final, denegar a ordem, o que pressupunha o ingresso no mérito. No Mandado de Segurança n. 14.723, relatado pelo ministro Gonçalves de Oliveira e julgado em 3 de fevereiro de 1966, o impetrante, aposentado de cargo no Tribunal de Contas da União com base no art. 7º do AI-1, teve o pedido conhecido, mas a ordem denegada por unanimidade, ao entendimento de que não houvera

ofensa a direito líquido e certo, pois lhe fora assegurada ampla defesa em regular processo administrativo. Já no Mandado de Segurança n. 14.825, relatado pelo ministro Aliomar Baleeiro, no qual o impetrante, militar reformado com base no art. 7º do AI-1, era patrocinado pelo penalista Heleno Cláudio Fragoso, o pedido acabou na vala comum do afastamento da jurisdição por força do AI-2. A oscilação entre conhecer e não conhecer, muitas vezes em casos de fundo idêntico, confirma a observação de Recondo de que a atuação do Supremo no período não obedecia a um critério único e estável, mas variava conforme a composição das turmas, a pressão política do momento e a sensibilidade de cada relator.⁶⁵⁴

Mesmo em sede de *habeas corpus*, a Corte enfrentou a questão da competência diante dos Atos. No Recurso de Habeas Corpus n. 40.865, em que o paciente fora preso em inquérito policial militar na Marinha, o relator, invocando lição de Pedro Lessa sobre o cabimento de recurso ordinário contra qualquer decisão denegatória de *habeas corpus*, votou pela concessão da ordem, ao entender que o paciente não era servidor público nem detentor de cargo político e que já transcorreria o prazo do art. 10 do AI-1. Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal manifestaram-se sobre a competência do STF para conhecer do recurso quando não se tratasse de crime militar, fixando entendimento que seria retomado em julgados posteriores. O caso evidencia que, mesmo nos primeiros anos, a leitura dos Atos como parte integrante do ordenamento convivía com a preocupação de delimitar o alcance da cláusula de exclusão.

É sintomático que, nesse período inicial, alguns acórdãos se refiram ao Ato Institucional como verdadeiro diploma de hierarquia constitucional. No Recurso em Mandado de Segurança n. 15.207, julgado em 7 de junho de 1965, que discutia a autonomia municipal e a validade de emendas à Lei Orgânica prevendo eleição indireta após cassações fundadas no AI-1, o acórdão referiu-se ao Ato como Diploma Constitucional. A escolha do vocabulário não é trivial, pois revela a disposição de parte da Corte em tratar o Ato não como simples legislação de emergência, mas como norma de estatura constitucional, capaz de reorganizar competências e de suspender garantias. Essa qualificação, como se verá adiante, é a chave para compreender o debate conceitual que atravessa todo o Capítulo.

Quando ingressava no mérito para denegar, a Corte produzia decisões que, embora desfavoráveis ao impetrante, reconheciam implicitamente a sua própria jurisdição. No Mandado de Segurança n. 14.925, relatado pelo ministro Hermes Lima e julgado em 29 de março de 1967, relativo a um armazenista da Novacap demitido, o Supremo conheceu do pedido

⁶⁵⁴ RECONDO, 2018, p. 90-110.

e, no mérito, indeferiu a segurança, mantendo a demissão. O simples fato de conhecer e indeferir, em vez de não conhecer, já era uma afirmação de competência, ainda que para concluir pela legitimidade do ato. Essa distinção, aparentemente sutil, é decisiva para compreender a posição do Tribunal, pois revela que, mesmo quando dava razão ao regime, o Supremo nem sempre abdicava de examinar a questão, o que contrariava a lógica da cláusula de exclusão.

O alcance da vedação sobre os atos de governadores voltou a ser discutido no Mandado de Segurança n. 17.576, em sede de embargos de divergência, julgado em 1969, no qual magistrado estadual do Mato Grosso, demitido pelo governador com base no art. 7º, parágrafo 1º, do AI-1, tentava demonstrar divergência com acórdão que sustentava não estarem tais atos imunes à apreciação judicial quanto às formalidades extrínsecas. A Corte, relator Amaral Santos, não conheceu dos embargos, ao entendimento de que não havia divergência configurada, pois o acórdão embargado negara provimento apenas por falta de prova, sem afastar a tese de que os atos de governadores poderiam ser revistos. O julgado é relevante porque preserva, mesmo no auge do AI-5, a doutrina de que os atos dos governadores não gozavam da imunidade absoluta conferida aos atos do governo federal, mantendo entreaberta a única fresta de controle que sobreviveria ao período mais duro do regime.

Tomados em conjunto, esses mandados de segurança permitem uma primeira aproximação ao problema conceitual que orienta este capítulo. Já se percebe que o Supremo não possuía uma única resposta sobre o que eram os Atos Institucionais. Ora os tratava como lei constitucional temporária, ora como diploma de hierarquia constitucional, ora como legislação revolucionária, ora ainda como norma cuja incorporação à Constituição de 1967 selaria a sua validade. Essa pluralidade de qualificações, longe de ser mero ruído terminológico, é o índice da indefinição deliberadamente cultivada pelo regime, que Barbosa descreve como a estratégia de manter o estatuto dos Atos permanentemente em aberto, e que será retomada na seção final deste Capítulo.

4.3 A Representação n. 602 e a tese da autolimitação federal

Poucos casos do período revelam com tanta nitidez a disputa interpretativa sobre a natureza dos Atos quanto a Representação n. 602, oriunda do antigo Estado da Guanabara. O caso teve origem na sanção, pelo governador, de lei não aprovada pela Assembleia Legislativa, instituindo novo tributo, com fundamento no parágrafo único do art. 4º do AI-1, dispositivo que tratava dos poderes do presidente da República. Argumentava o governador que não usurpava

a função legislativa, pois apenas aplicaria o princípio constitucional do Ato, e que a matéria, por ser política, não comportaria apreciação judicial. O acórdão reproduz *ipsis litteris* a tese do chefe do Executivo estadual, segundo a qual a aplicação pelos Estados, dos princípios constitucionais consagrados no Ato Institucional, encontra apoio expresso entre os doutrinadores, e não pode ser acoimado de inconstitucional os atos decorrentes daquela aplicação.

Antes do julgamento, o procurador-geral do Estado, em nome do governador, apresentou exceção de suspeição contra cinco ministros, pedido negado pelo presidente Luiz Gallotti em despacho que ele próprio reputou demasiadamente sereno. Para Gallotti, a exceção era genérica e visava inviabilizar o julgamento. O relator, ministro Gonçalves de Oliveira, apontou a urgência da causa e fixou a questão constitucional central, qual seja, se o governador poderia sancionar lei não aprovada pela Assembleia. Em seu voto, sustentou que o Ato Institucional, divulgado com o Manifesto À Nação, teria armado de poderes especiais somente o presidente da República:

O Ato Institucional, como foi notoriamente divulgado com o manifesto À Nação, teve em vista armar o Presidente da República, somente o Presidente da República, de poderes especiais para elaborar as reformas, que a Revolução julga necessárias. Tais reformas nada têm que ver com programas estaduais. [...] Não houve, por parte do Comando Revolucionário, como claramente se vê, o intuito de armar os governadores do poder expresso no art. 4 do Ato Institucional.

O relator amparou-se ainda em estudo de Seabra Fagundes, transcrito no acórdão, segundo o qual o preceito somente regula atribuições do Governo da República, do Chefe da Revolução, não se estendendo aos governadores. Acompanhou-o Evandro Lins e Silva, que ressaltou o caráter emergencial e autolimitado do Ato, lembrando que sua vigência expiraria em 31 de janeiro de 1966 e que, expedido como medida de emergência, o Comando Revolucionário se auto-limitou com a sua promulgação. Hermes Lima foi ainda mais enfático quanto à transitoriedade:

O Ato Institucional de 9 de abril de 1964 estabeleceu normas emergenciais transitórias de direito constitucional. Basta verificar que o Ato vigorará somente até 31 de janeiro de 1966. [...] Temos, assim, um típico direito constitucional transitório de emergência a ser aplicado dentro dos prazos e nos limites expressamente determinados. O Ato Institucional, criador desse direito excepcional, não estabeleceu nenhum princípio constitucional permanente [...]. Todo o direito do Ato, que é direito federal de emergência e, portanto, transitório, aplica-se restritivamente e não ampliativamente.

A passagem mais célebre do julgamento, porém, é o voto de Victor Nunes Leal, que, para refutar o argumento de que a matéria seria meramente política, leu um longo trecho

de artigo de Carlos Lacerda publicado na Tribuna da Imprensa em 19 de outubro de 1955, no qual se criticava a omissão histórica do Judiciário brasileiro diante das crises nacionais. Após a leitura, o ministro arrematou, com fina ironia, que certamente estas palavras não saíram da pena de um constitucionalista, mas são agora muito adequadas, porque a sua autoria nominal pode ser encontrada na Tribuna da Imprensa de 19 de outubro de 1955. O presidente Gallotti encerrou o julgamento rechaçando a alegação de que a Corte estaria fazendo contra-revolução por acórdão, e a representação foi julgada procedente por unanimidade.

A Representação n. 602 é um observatório privilegiado do paradoxo descrito por Paixão e Barbosa, para quem a cláusula de exclusão da apreciação judicial operava como uma contradição performativa, pois, ao mesmo tempo em que o STF afirmava não poder examinar os atos da Revolução, examinava-os para delimitar quem podia exercê-los e em que prazo.⁶⁵⁵ Ao restringir os poderes do Ato à figura do presidente e ao sublinhar sua transitoriedade, o Tribunal não negou a exceção, mas tentou demarcar-lhe as fronteiras, gesto que, como observa Recondo, convivia com a crescente pressão do regime sobre a composição e a autonomia da Corte.⁶⁵⁶

O voto do presidente Gallotti, ao encerrar o julgamento, é digno de registro pela energia com que rechaçou a acusação de que a Corte estaria a desfazer a Revolução por via judicial:

Ouçó dizer-se que, acolhendo esta representação, o Tribunal estaria fazendo contra-revolução por acórdão. Isso é o que há de mais fantasioso. Admitir tal propósito seria fazer injúria a juízes que juraram cumprir a Constituição e as leis, e empenham sua honra de magistrados na fidelidade a esse juramento. E que contra-revolução seria essa promovida por um dos autores notórios do Ato Institucional, o ilustre jurista que é o advogado da Assembleia Legislativa neste feito?

A pergunta de Gallotti tinha endereço certo, pois o advogado da Assembleia era ninguém menos que um dos redatores do próprio Ato Institucional, o que tornava ainda mais insustentável a tese de que aplicá-lo restritivamente equivaleria a atentar contra a Revolução. O episódio condensa a posição em que se encontrava o Supremo, isto é, a de ter de demonstrar fidelidade ao regime justamente no ato de impor limites a um de seus agentes, equilíbrio

⁶⁵⁵ PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 6, p. 57-78, 2008.

⁶⁵⁶ RECONDO, 2018, p. 73-89.

precário que, como mostra Recondo, dependia de uma permanente negociação simbólica entre a Corte e o poder militar.⁶⁵⁷

4.4 Conflitos de competência e a retroatividade do AI-2

Um segundo eixo de discussão dizia respeito à competência da Justiça Militar para julgar civis acusados de crimes contra a segurança nacional, deslocada pelo art. 8º, parágrafo 1º, do AI-2, e à aplicação retroativa dessa regra a processos já em curso. No Conflito de Jurisdição n. 3.061, relatado pelo ministro Luiz Gallotti e julgado em 3 de fevereiro de 1966, prevaleceu a competência da Justiça Militar para julgar civil denunciado com base na Lei de Segurança Nacional. No Conflito de Jurisdição n. 3.133, relatado pelo ministro Aliomar Baleeiro e julgado em 31 de março de 1966, a Corte reafirmou, por unanimidade, a competência castrense, em voto que sintetiza a leitura do AI-2 como norma de estatuta constitucional:

Diploma de caráter e vigor idênticos ao da própria Constituição, o Ato Institucional n. 2/65 pode modificá-la em toda extensão e tem eficácia imediata. Por esse diploma, é competente a Justiça Militar, ainda que o alegado crime tenha ocorrido antes da publicação dele.

Essa equiparação do Ato à Constituição, contudo, não era pacífica. No Recurso Criminal n. 1.061, relatado pelo ministro Prado Kelly, e sobretudo no Conflito de Jurisdição n. 3.039, o chamado caso dos vereadores de Catanduva, julgado em 1º de junho de 1966 sob a relatoria do ministro Carlos Medeiros Silva, autor técnico do AI-1, o Tribunal fixou um critério temporal relevante, qual seja, o de que as regras processuais introduzidas pelo AI-2 incidiam imediatamente, ressalvada a existência de sentença de mérito anterior ao Ato. Em voto divergente que se tornaria importante, Prado Kelly descreveu o afastamento da jurisdição sobre atos baseados no AI-1 como tão só uma exceção temporária ao preceito do art. 141, parágrafo 4º da Constituição, segundo o qual a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. A fórmula da exceção temporária é precisamente aquela que Agamben identifica como o dispositivo central do estado de exceção moderno, a saber, uma suspensão que se pretende provisória, mas que tende a se prolongar e a se incorporar à normalidade.⁶⁵⁸

O mesmo critério temporal orientou as apelações criminais do período. Na Apelação Criminal n. 1.582, relatada pelo ministro Hermes Lima e julgada em 8 de junho de

⁶⁵⁸ AGAMBEN, 2004, p. 39.

1966, o Supremo conheceu do recurso e absolveu o prefeito de Escada, em Pernambuco, ao argumento de que a sentença era anterior ao AI-2. De igual modo, na Apelação Criminal n. 1.585, relatada pelo ministro Luiz Gallotti, manteve-se a competência do Supremo por ser a sentença anterior ao Ato, vencido o ministro Pedro Chaves. Já no Recurso Criminal n. 1.077, relatado pelo ministro Cândido Motta Filho, reafirmou-se a natureza constitucional do Ato, em fórmula que voltaria a aparecer em diversos julgados, segundo a qual o Ato Institucional n. 2, muito embora de forma inédita e inovadora, tem conteúdo constitucional e assim não se conflita com a Constituição.

Esses julgados sobre competência confirmam o diagnóstico de Recondo sobre a militarização progressiva da Justiça política no Brasil, processo em que o STF, ao validar o deslocamento de civis para a Justiça Militar, contribuiu para a engenharia repressiva do regime, ainda que preservando, aqui e ali, brechas temporais de controle.⁶⁵⁹

O critério temporal, contudo, não eliminava a tensão entre os ministros sobre a aplicabilidade imediata das regras de competência. No Conflito de Jurisdição n. 3.625, relatado pelo ministro Aliomar Baleeiro e julgado em 22 de fevereiro de 1967, discutia-se a competência para julgar civil de vinte e dois anos acusado de crime contra o Estado por ter permanecido sentado durante a execução do Hino Nacional, em comemoração de Ano Novo no Círculo Militar de Juiz de Fora. Como o fato ocorrera em 1962, o Supremo fixou a competência da Justiça comum. Baleeiro, embora entendesse que a regra de competência do AI-2 tinha aplicabilidade imediata, curvou-se à maioria, registrando sua divergência teórica. O episódio, quase anedótico no seu objeto, revela a desproporção entre a banalidade da conduta imputada e o peso da máquina repressiva acionada, traço que Pereira associa à lógica expansiva da legalidade autoritária, sempre disposta a converter o gesto político mais inócuo em crime contra a segurança nacional.⁶⁶⁰

Os Atos também serviram de fundamento para o controle de constitucionalidade de leis estaduais. Na Representação n. 727, relatada pelo ministro Prado Kelly e julgada em 12 de abril de 1967, um dos fundamentos da inconstitucionalidade de lei estadual que alterava a organização judiciária eram os arts. 3º, 4º, 5º e 25 do AI-2, no mesmo sentido da Representação n. 700. Aqui, o Ato Institucional aparece não como obstáculo à jurisdição, mas como parâmetro de aferição da validade das normas estaduais, o que reforça a tese de sua estatura constitucional. A plasticidade do Ato, ora escudo contra o controle, ora régua do controle, é precisamente a

⁶⁶⁰ PEREIRA, 2010, p. 36-37.

manifestação concreta daquilo que Paixão denomina textura aberta da exceção, mecanismo que permitia ao regime e à própria Corte mobilizar o mesmo instrumento para finalidades opostas.⁶⁶¹

Vale uma palavra sobre o modo como esses casos chegavam ao Supremo. Na Apelação Criminal n. 1.585, por exemplo, a leitura do acórdão revela a transcrição integral da sentença do juiz de direito Antônio Carlos Marzagão Barbuto, que, ao condenar o sindicalista Júlio da Costa Bueno, observou que a tentativa de paralisação coincidira com uma situação quasi caótica na vida política do país, em que os órgãos sindicais, desviados das suas finalidades específicas, intervinham na criação de ambiente para fins exclusivamente político. A reprodução desses trechos nos acórdãos do Supremo é, ela própria, um documento histórico precioso, pois preserva, ainda que involuntariamente, a voz das instâncias inferiores e o vocabulário político-jurídico do período, recurso metodológico que este trabalho procura explorar ao máximo.

O caso dos vereadores de Catanduva, objeto do Conflito de Jurisdição n. 3.039, merece exame detido, pois nele a excepcionalidade dos Atos foi posta a nu. Dois vereadores haviam impetrado mandado de segurança contra a Câmara Municipal que lhes cassara os mandatos, sob acusação de subversão e corrupção, com base no AI-1, alegando falta de quórum qualificado na sessão. O juiz de direito concedera a segurança em 1964, antes do AI-2, e a sentença fora confirmada, sem que nenhum tribunal conhecesse do recurso de ofício, sucessivamente declarando-se incompetentes o Tribunal de Justiça, o Tribunal de Alçada e o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. O relator Carlos Medeiros Silva, autor técnico do AI-1, entendeu tratar-se de coisa julgada formal, de modo que os autos deveriam retornar à origem para arquivamento, o que, na prática, preservava os mandatos. Em voto divergente, Prado Kelly sustentou que os autos deveriam ir ao Tribunal de Alçada para julgamento, inclusive em face do art. 19, II, do AI-2, regra que reputava retroativa, mas qualificou esse afastamento da jurisdição como tão só uma exceção temporária ao preceito do art. 141, parágrafo 4º, da Constituição de 1946.

Por unanimidade, julgou-se prejudicado o recurso, com a devolução dos autos para arquivamento. Interessante observar que o que salvou os vereadores foi a circunstância de a sentença ter sido proferida antes do AI-2 e de nenhum tribunal ter conhecido do recurso de ofício. O caso evidencia o critério temporal que a Corte vinha aplicando, segundo o qual as

⁶⁶¹ PAIXÃO, 2020, p. 230.

regras processuais do AI-2 incidiam de imediato, ressalvada a sentença de mérito anterior, e revela, ao mesmo tempo, a consciência de Prado Kelly de que o afastamento da jurisdição era uma exceção, e não a regra, ainda que uma exceção que o tempo se encarregaria de tornar permanente.

Raciocínio análogo orientou o Recurso Criminal n. 1.061, relativo a quatro vereadores de Rio Formoso, em Pernambuco, denunciados por crimes contra o Estado após terem os mandatos cassados com base no AI-1. O juiz de direito rejeitara a denúncia ao fundamento de que o simples fato político de um vereador ter o seu mandato cassado pela respectiva Câmara, sob acusação de atentar contra a Segurança do Estado, não constitui nenhum crime, o mesmo ocorrendo quanto às reuniões de adeptos de um credo político, já que o direito de reunião sem armas era assegurado pela Lei Maior. A própria Procuradoria-Geral opinou pelo desprovimento do recurso do Ministério Público, por entender que as condutas não configuravam crime. Prado Kelly, relator, converteu o julgamento em diligência para verificar se o juiz declinara da competência em razão do AI-2 ou se já sentenciara o mérito, e, ao retornar o feito em 1967 com a informação de que o processo fora remetido à Justiça Militar, votou pelo desprovimento, reconhecendo que as condutas dos vereadores não constituíam crimes contra a segurança nacional. O episódio mostra que, mesmo no terreno minado da Lei de Segurança Nacional, havia magistrados dispostos a recusar o enquadramento criminal de condutas políticas triviais, contracorrente que a historiografia jurídica recente tem procurado recuperar.⁶⁶²

Convém detalhar alguns desses conflitos. No Conflito de Jurisdição n. 3.061, relatado por Luiz Gallotti, um civil denunciado com base na Lei de Segurança Nacional tivera o feito declinado pela Justiça Militar para a Justiça comum, suscitando-se o conflito. O procurador da República opinara pela competência da Justiça comum, invocando a Súmula 298 do Supremo, segundo a qual o legislador ordinário só pode sujeitar civis à justiça militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares. O relator, todavia, fixou a competência da Justiça Militar com base no art. 8º, parágrafo 1º, do AI-2, que lhe transferira o julgamento dos civis acusados dos crimes da Lei de Segurança Nacional. O caso é exemplar da forma como o AI-2 reescreveu, de cima para baixo, a competência penal, superando inclusive a jurisprudência sumulada da própria Corte, o que confirma a leitura do

Ato como diploma de estatura constitucional capaz de modificar a Constituição em toda a sua extensão.

Na Apelação Criminal n. 1.582, por sua vez, o Supremo conheceu do recurso e absolveu o prefeito de Escada, em Pernambuco, acusado de estelionato e de subversão com base na Lei de Segurança Nacional. O relator Hermes Lima entendeu ausentes as provas dos crimes e, no ponto que aqui interessa, assentou a competência da Corte porque a sentença condenatória fora proferida em 3 de dezembro de 1964, antes do AI-2, invocando precedentes recentes no mesmo sentido. A análise sistemática dos acórdãos do período mostra, de fato, que o Supremo adotava a data da prolação da sentença como marco temporal para definir se aplicava ou não a regra de competência da Justiça Militar trazida pelo AI-2. Esse critério, aparentemente técnico, tinha consequências concretas sobre a liberdade dos acusados, e a sua aplicação revela um Tribunal que, mesmo aceitando a militarização da Justiça política, procurava preservar um mínimo de segurança jurídica quanto à irretroatividade.

A Apelação Criminal n. 1.585 merece, ainda, exame de mérito, pela clareza com que expõe a mecânica da Lei de Segurança Nacional. Júlio da Costa Bueno, sindicalista, fora denunciado por haver tentado paralisar o transporte coletivo em São Paulo, em setembro de 1962, cortando cabos da rede de bondes. A controvérsia jurídica central era de enquadramento, pois a conduta podia ser lida tanto como crime comum de dano ou de atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública, do Código Penal, quanto como crime contra o Estado, da Lei de Segurança Nacional, cuja pena era sensivelmente mais grave. O juiz Marzagão Barbuto optou pelo enquadramento na lei especial, ao fundamento de que a motivação era política, e condenou o réu, reconhecida a forma tentada, a oito meses de detenção. No Supremo, o relator Luiz Gallotti resolveu primeiro a preliminar de competência, fixando a da Corte porque a sentença fora proferida antes do AI-2, vencido o ministro Pedro Chaves, que a atribuía à Justiça Militar. No mérito, Gallotti reportou-se aos fundamentos da sentença apelada e negou provimento ao recurso do Ministério Público, que pretendia agravar a condenação. O caso ilustra a função política da Lei de Segurança Nacional, que permitia converter um conflito trabalhista em crime contra o Estado, e mostra como o vocabulário do enquadramento penal, ainda antes dos Atos, já preparava o terreno para a lógica da exceção que estes viriam a constitucionalizar.

4.5 A competência para julgar ex-presidentes: o Caso João Goulart

Nenhum caso expôs com mais clareza a disputa sobre a sobrevivência dos Atos Institucionais à Constituição de 1967 do que o Inquérito n. 2, relativo ao ex-presidente João Goulart, julgado pelo Pleno em março de 1968. A questão era aparentemente técnica, mas politicamente explosiva, qual seja, se o ex-presidente, com os direitos políticos suspensos pelo art. 16 do AI-2, conservava o foro por prerrogativa de função perante o STF quanto a crimes comuns praticados durante o mandato. O relator, ministro Gonçalves de Oliveira, sustentou tratar-se de mera regra de competência processual, indagando se a Corte iria abrir exceção para os Presidentes, que tiverem seus direitos políticos suspensos, e invocando a Súmula 394. Para ele, expirada a vigência do AI-2 em 15 de março de 1967 e silente a nova Constituição quanto à ressalva, prevalecia a competência originária do Supremo.

Abriu a divergência o ministro Djaci Falcão, pela competência da Justiça Federal da Guanabara, ao argumento de que os efeitos do art. 16 do AI-2 subsistiam por força do art. 173 da Constituição de 1967. Thompson Flores o acompanhou, em passagem que procurava dissociar a manutenção dos efeitos de qualquer ânimo persecutório, afirmando que nenhum temor deve haver por parte dos acusados, um e outro, de se sujeitarem às normas da Justiça Comum ou Militar, porque integram todos o Poder Judiciário. Para Barros Monteiro, a hipótese configurava o que, hoje, vem adquirindo foros de doutrina, ou seja, um caso da chamada ultra atividade da lei. Em sentido oposto, Themistocles Cavalcanti, amparado em Pontes de Miranda, sustentou que a Constituição de 1967 não aprovara os Atos em si, mas apenas os atos praticados com base neles, de modo que os Atos Institucionais, embora não revogados, integravam o sistema como norma legislativa, e não constitucional, e por isso não poderiam prevalecer sobre o art. 114, I, da Constituição.

O voto mais elaborado pela competência do Supremo foi o de Evandro Lins e Silva, que recusou a tese da ultratividade e fixou o princípio da interpretação restritiva do direito excepcional, afirmando que o direito excepcional há de ser interpretado restritivamente e que não lhe parecia possível alargar a incidência dos Atos Institucionais a situações que a Constituição não reproduziu, de modo taxativo. Para fundamentar a distinção entre o Ato como fonte de poder e os atos dele derivados, o ministro transcreveu longo trecho do parecer de Afonso Arinos de Melo Franco, juntado pela defesa de Jango, do qual se destaca a passagem que tematiza a própria gramática da exceção:

Ora, o Ato Institucional n. 2 não foi expedido pelo Governo Federal como órgão instituído, mas sim pelo Presidente da República e seus ministros, como poder constituinte revolucionário. [...] Os atos vedados ao conhecimento do

Judiciário, são aqueles praticados pelo Governo Federal como órgão constituído; são atos derivados, resultantes de atribuições com medidas pelo Poder Constituinte da Revolução. Ora, o Ato Institucional cuja aplicação se questiona, não é um destes atos governativos [...]. Graficamente, não é ato com a minúsculo, mas Ato com A maiúsculo. É uma fonte de poder, de que os atos do governo são uma consequência.

A distinção entre o ato com a minúsculo e o Ato com A maiúsculo é, no fundo, a tradução jurídica da teoria do poder constituinte revolucionário, e remete diretamente ao problema schmittiano da soberania, entendida como a capacidade de decidir sobre o estado de exceção e de fundar uma nova ordem a partir de si mesma.⁶⁶³ O regime, ao se autodescrever no preâmbulo do AI-1 como poder constituinte que se legitima por si mesma, mobilizava exatamente a estrutura que Schmitt atribuíra ao soberano, e o parecer de Afonso Arinos, ainda que para fim oposto ao do regime, operava dentro dessa mesma gramática. Como procurei demonstrar em trabalho específico sobre a autoria e a teoria por trás do primeiro Ato, foi Francisco Campos, leitor de Schmitt, quem inscreveu essa concepção no preâmbulo do AI-1, conferindo-lhe a forma de uma norma fundante da nova ordem.⁶⁶⁴

Vencido na questão de ordem sobre o quórum qualificado, após a decisiva mudança de voto de Victor Nunes Leal, o Supremo concluiu, por maioria, pela incompetência da Corte e pela competência da Justiça Federal da Guanabara, mantendo, assim, os efeitos do AI-2 mesmo após o término de sua vigência. Como sintetiza Carlos Fico, a engrenagem repressiva soube combinar inovação autoritária e aparência de continuidade institucional, e o desfecho do caso Goulart é um retrato fiel desse arranjo.⁶⁶⁵

Convém retomar o caso em seus detalhes, pois nenhum outro reúne, em uma só sessão, tantos fios do problema central deste capítulo. A questão de fundo dependia da Súmula 394, segundo a qual, cometido o crime durante o exercício funcional, prevalecia a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal se iniciassem após a cessação do exercício.⁶⁶⁶ O AI-2, no art. 16, havia excepcionado essa regra para os que tivessem os direitos políticos suspensos, e a controvérsia consistia em saber se essa exceção sobrevivia à Constituição de 1967, que não a reproduzira. A defesa de Goulart instruíra os autos com

⁶⁶³ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7-13.

⁶⁶⁴ SARTOTI, 2024, p. 318-323. A discussão sobre a autoria do AI-1 por Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva, bem como sobre a influência de Carl Schmitt, é desenvolvida em detalhe nesse trabalho.

⁶⁶⁵ FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 9, n. 20, p. 60, jan./abr. 2017.

⁶⁶⁶ A Súmula 394 do STF dispunha que, cometido o crime durante o exercício funcional, prevalecia a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação do exercício. O enunciado foi cancelado pelo Plenário em 25 de agosto de 1999, no julgamento da Ação Penal 319/DF, relatada pelo ministro Moreira Alves.

pareceres de Afonso Arinos de Melo Franco e de Pontes de Miranda, e foi a partir deles que o relator construiu a distinção entre o Ato como fonte de poder e os atos dele derivados.

O debate foi atravessado por intervenções que merecem registro. O ministro Eloy da Rocha apontou o que chamou de redação defeituosa do art. 16 do AI-2, que falava literalmente em privilégio de fôro por prerrogativa de função, observando que o correto seria competência por prerrogativa de função, pois privilégio de foro era vedado pelo sistema constitucional. A observação, aparentemente técnica, escondia uma tomada de posição, pois, ao tratar a matéria como simples competência, e não como privilégio, Eloy da Rocha reforçava o argumento de que a regra do Ato persistia. Já o ministro Moacyr Amaral Santos, em tom que beirava o sarcasmo, observou que, no caso, sente-se o cheiro, o perfume do Ato Institucional, expressão que sintetiza a percepção, partilhada por vários ministros, de que a sobrevivência dos efeitos do AI-2 era a verdadeira questão em jogo, por trás da fachada da competência processual.

Houve, ainda, o incidente do impedimento do ministro Adauto Cardoso, que inicialmente se declarou impedido por ter, como líder da oposição na Câmara entre 1963 e 1964, feito acusações contra o então presidente Goulart. Cardoso voltou atrás, ao argumento de que ali se julgavam apenas crimes comuns, e não os crimes políticos a que se referiam suas antigas acusações, e votou pela competência do Supremo, afirmando que esta Corte deveria inclinar-se para a defesa de sua competência tradicional. O ministro Aliomar Baleeiro, por sua vez, na sessão de retomada, suscitou o seu próprio possível impedimento, por ter sido adversário político de Goulart por cerca de quatorze anos, mas, reconhecida a natureza constitucional da matéria, acabou votando pela prevalência do AI-2 e pela incompetência do Supremo.

O ponto de inflexão do julgamento, contudo, foi uma questão de ordem sobre o quórum. Discutiu-se se a deliberação exigia a maioria absoluta de nove votos prevista no art. 11 da Constituição de 1967 para a declaração de inconstitucionalidade. O relator Gonçalves de Oliveira e Victor Nunes Leal sustentaram, a princípio, que não se tratava de declarar a inconstitucionalidade de lei, mas de confrontar duas normas de igual hierarquia constitucional, de modo que, nas palavras do relator, o Ato Institucional é ato igual à Constituição, e, na de Victor Nunes, não há problema de inconstitucionalidade no confronto de duas normas de categoria constitucional. Ocorre que o ministro Themistocles Cavalcanti lembrou ter sustentado, em seu voto, a inconstitucionalidade do inciso I do art. 16 do AI-2, o que reintroduzia a exigência de quórum qualificado. Diante disso, Victor Nunes Leal mudou de

posição, passando a entender que, a sobreviverem, as normas dos Atos teriam de situar-se em categoria inferior à da Constituição, e que, portanto, não se podia equipará-las a ela:

os atos institucionais têm sido considerados de categoria constitucional no período de sua plena vigência. Aqui se discute se tais normas sobrevivem na vigência da nova Constituição; e também, no caso de sobreviverem, em que categoria deverão ser situadas. Parece-me incontestável que elas não podem sobreviver como normas constitucionais [...]. Portanto, Sr. Presidente, a sobreviverem essas normas pretéritas, constantes dos Atos Institucionais, terão elas de ficar situadas em categoria inferior à da Constituição. Já não teremos normas da mesma hierarquia, que era o pressuposto do meu voto.

A mudança de Victor Nunes foi decisiva. Retomado o julgamento em 27 de março de 1968, e tomados os votos dos ministros ausentes, o Supremo concluiu, por oito votos a sete, pela sua própria incompetência e pela competência da Justiça Federal da Guanabara. Votaram pela competência do Supremo o relator Gonçalves de Oliveira, Themistocles Cavalcanti, Adauto Cardoso, Evandro Lins, Hermes Lima, Victor Nunes e Lafayette de Andrada. Pela competência da Justiça Federal votaram o presidente Luiz Gallotti, Thompson Flores, Amaral Santos, Barros Monteiro, Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Aliomar Baleeiro e Adalício Nogueira. O resultado mantinha os efeitos do AI-2 mesmo após o término de sua vigência, e o fazia, ironicamente, em nome de uma leitura que rebaixava o Ato à categoria infraconstitucional. Evandro Lins e Silva, vencido, deixou registrada a síntese da posição derrotada: houve a suspensão de uma regra de competência por uma lei excepcional e temporária, cuja força se extinguiu pelo transcurso do tempo, de modo que a nova Constituição restabelecera a primitiva regra de competência, fazendo cessar, automaticamente, a incidência da norma excepcional.

O caso Goulart é, assim, o ponto em que o problema conceitual deste capítulo aflora com maior clareza. A pergunta sobre se o ex-presidente conservava o foro era, no fundo, a pergunta sobre o que era o Ato Institucional, ou seja, se norma constitucional, infraconstitucional ou supraconstitucional, e se temporária ou permanente. O Tribunal não respondeu de modo unívoco, e essa hesitação, longe de ser um defeito do julgamento, é o sintoma mais eloquente da natureza ambígua do objeto, ponto ao qual se retornará no último tópico.

A mesma lógica do caso Goulart foi aplicada, pouco depois, a outros ex-titulares de cargos. Na Ação Penal n. 172, julgada em 24 de abril de 1969, o Supremo enfrentou a situação dos ex-ministros Almino Monteiro Affonso e Paulo de Tarso Santos, denunciados por infrações à Lei de Segurança Nacional. Como ambos haviam tido os direitos políticos suspensos por dez anos pelo Comando Supremo Revolucionário, a Corte, por unanimidade, declarou cessada a sua competência por prerrogativa de função, com fundamento no art. 16, I, do AI-2,

determinando a remessa dos autos à 2ª Auditoria da 2ª Região Militar. A unanimidade desse julgamento contrasta de modo eloquente com a divisão de oito a sete do caso Goulart, e a explicação é, em larga medida, conjuntural, pois a Ação Penal n. 172 foi julgada já sob o AI-5, depois da aposentadoria de Evandro Lins, Victor Nunes e Hermes Lima, isto é, quando a Corte já perdera os ministros que sustentavam a interpretação restritiva do direito excepcional. A composição do Tribunal, alterada pela exceção, alterava também os seus resultados.

Registre-se, por fim, que a Súmula 394, em torno da qual girou o debate sobre o foro de Goulart, viria a ser cancelada pelo próprio Supremo em 25 de agosto de 1999, no julgamento da Ação Penal n. 319, sob a relatoria do ministro Moreira Alves, o que confirma que a controvérsia, longe de ser um capricho do período, tocava um ponto sensível e duradouro da competência penal originária da Corte. O caso Goulart, assim, não foi apenas um julgamento sobre a sobrevivência do AI-2, mas também um capítulo da longa história da Súmula 394, o que mais uma vez demonstra como a exceção se enredava em institutos ordinários do processo penal, contaminando-os com a sua lógica.

4.6 “Creio que há injustiça”: o direito de defesa e os limites autoimpostos

Se há um caso que condensa o drama do Supremo diante da exceção, é o Mandado de Segurança n. 14.571, julgado em 8 de maio de 1968, conhecido como o caso de Curitiba. O impetrante, Evandro Moniz Corrêa de Menezes, juiz aposentado e procurador da Caixa Econômica Federal, representado pelo ex-ministro Nelson Hungria, fora demitido com base no art. 7º, parágrafo 1º, do AI-1, em procedimento que ignorou decisões anteriores do próprio STF e do STM, bem como o direito de defesa previsto no Decreto n. 53.897/1964. O relator, ministro Hermes Lima, foi categórico ao afirmar que não se convencera da exatidão da afirmativa de que o impetrante se defendera efetivamente, concluindo que a demissão fora proposta sofregamente, antes de produzir-se a defesa do impetrante. E afirmou tratar-se de caso especialíssimo, pois nenhum outro dos julgados por aquele Tribunal com base no art. 7º, parágrafo 1º, do Ato Institucional n. 1 sequer guardava semelhança com ele.

O ponto teórico decisivo aparece no voto de Aliomar Baleeiro, que descreveu sem rodeios a lógica do poder revolucionário, ao mesmo tempo em que insistia na autolimitação que ele próprio teria estabelecido:

O chamado Comando Revolucionário baixou o Ato Institucional n. 1, que, na sua parte normativa, diz que o poder revolucionário não está adstrito à Constituição. Mantém a Constituição porque quer. Ele faz o direito e resolve

manter a Constituição por ato seu, por força própria. [...] [O Comando Revolucionário] preferiu, expressamente, na introdução que completa a parte normativa, autolimitar-se, e limitou-se, no art. 7º, dizendo que poderia cassar direitos políticos, aposentar, reformar [...], garantindo-lhes o direito de defesa.

A frase mantém a Constituição porque quer é, talvez, a formulação mais exata e mais brutal da exceção brasileira proferida da tribuna do Supremo, pois nela o ministro reconhece que a vigência da própria Constituição passou a depender da vontade do poder de fato, o que corresponde com precisão à estrutura do estado de exceção descrita por Agamben, em que a norma vige sem significar e o soberano decide sobre sua suspensão.⁶⁶⁷ O debate entre Hermes Lima e Eloy da Rocha sobre se a coisa julgada era questão de mérito ou de formalidade extrínseca, bem como a intervenção de Gonçalves de Oliveira, para quem assinar prazo de defesa por simples assinar, sem nenhuma consequência, é preferível não fazer, demonstram que a Corte, mesmo aprisionada pela cláusula de exclusão, buscava brechas para reintroduzir um mínimo de controle. Por seis votos a quatro, concedeu-se a segurança, com o voto de desempate do presidente Gallotti, que afirmou jamais ter a legislação revolucionária pretendido investir contra a coisa julgada.

Esse fio argumentativo, segundo o qual a ditadura deveria respeitar ao menos suas próprias normas, reapareceu de forma ainda mais explícita no Mandado de Segurança n. 17.026, julgado em 6 de novembro de 1968, novo caso de Félix Valois de Araújo, agora demitido do posto de general. O relator Djaci Falcão, indagado por Hermes Lima sobre a desigualdade de tratamento entre militares com direitos políticos suspensos, dos quais alguns foram demitidos e outros não, respondeu com a frase que dá título a este tópico: Creio que há injustiça. Ainda assim, manteve o voto pelo indeferimento, por entender que o art. 19, I, do AI-2 e o art. 173 da Constituição de 1967 impediam até mesmo o exame das formalidades extrínsecas. Contra ele insurgiram-se Adaucto Cardoso, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, sustentando que a demissão não tinha base nos Atos, pois praticada sem a investigação sumária por eles exigida, e que, portanto, não estava imune à apreciação judicial. Nas palavras de Lins e Silva:

O fato mais importante no caso é que a demissão não tem base no Ato Institucional, foi aplicada como uma consequência automática, segundo a interpretação do Governo, da cassação dos direitos políticos. Ora, isso é contra os Atos Institucionais e não tem base nêles. [...] Se o ato foi praticado à revelia ou contra a legislação revolucionária, não me parece possível deixar de submetê-lo à apreciação da Justiça.

Victor Nunes Leal, embora tenha negado a segurança para manter coerência com precedentes anteriores, registrou em seu voto a percepção de que ali se abria uma perspectiva

⁶⁶⁷ AGAMBEN, 2004, p. 78-79.

nova para o possível reexame de muitas das punições, observando que o respeito da Revolução à sua própria legalidade poderia funcionar como via de controle. O ministro, contudo, não veria esse debate prosperar, pois ele, Evandro Lins e Hermes Lima seriam aposentados com base no AI-5 em janeiro de 1969, e Lafayette de Andrada o seria com fundamento no AI-6, em fevereiro de 1969. O episódio confirma a tese de Pereira segundo a qual a colaboração entre o regime e parte da magistratura nunca foi total nem isenta de atritos, e que esses atritos, longe de serem irrelevantes, ajudam a explicar tanto a aparência de legalidade quanto os seus limites.⁶⁶⁸ A linguagem da exceção, como nota Paixão, era manejada de parte a parte, ora para fechar, ora para entreabrir a porta do controle jurisdicional.⁶⁶⁹

Vale percorrer o debate do Mandado de Segurança n. 14.571 em mais detalhe, pois nele os ministros explicitaram, como em poucos outros momentos, suas concepções sobre o poder revolucionário e seus limites. Após a leitura do voto de Hermes Lima, instaurou-se uma discussão sobre se a coisa julgada que beneficiava o impetrante era questão de mérito, e portanto insindicável, ou obstáculo de ordem pública que a própria Revolução não afastara. O ministro Moacyr Amaral Santos insistia que o arquivamento do caso em 1959 não impedia a Revolução de desarquivá-lo, repetindo que pode ser retirado do arquivo, ao passo que Eloy da Rocha sustentava tratar-se de matéria de mérito. O relator Hermes Lima respondeu-lhe em diálogo que merece transcrição:

O SR. MINISTRO ELOY DA ROCHA - V. Ex^a não examina só a questão de ausência de defesa, mas, ainda, a outra, que me parece de mérito, com a vênua de V. Ex^a. O SR. MINISTRO HERMES LIMA (Relator) - aí peço perdão para discordar de V. Ex^a, para mim não é mérito, é o obstáculo da coisa julgada que decorre do sistema jurídico vigente, a que a revolução não opôs nenhuma restrição. O SR. MINISTRO ELOY DA ROCHA - Estou considerando a regra inscrita nos Atos Institucionais. O SR. MINISTRO HERMES LIMA (Relator) - É a coisa julgada. A revolução não opôs a isso nenhuma restrição.

O contraponto mais duro veio de Carlos Thompson Flores, que, em voto-vista, introduziu a categoria da punição revolucionária para sustentar que as decisões judiciais, mesmo do STM, não tinham ascendência sobre o processo sumário do AI-1. Para ele, o reconhecimento da corrupção, porventura existente, que foi aceita pela Comissão e acolhida pelo Presidente da República, com o seu exclusivo juízo de valor, era decisão sobranceira a esta Egrégia Corte. A esse argumento, Hermes Lima opôs a tese, que percorre todo o caso, de que seria demasiado que a própria legislação revolucionária quisesse legalizar ilegalidades que ela

⁶⁶⁸ PEREIRA, 2010, p. 49.

não se permitiu, pois, ao emitir o AI-1 e o AI-2, o regime sempre declarara dever respeitar as formalidades extrínsecas. A intervenção de Gonçalves de Oliveira foi na mesma linha, ao afirmar que a defesa precisa ser efetiva e consequente, sob pena de a legislação revolucionária fazer pouco caso do Poder Judiciário.

O voto de Aliomar Baleeiro, já parcialmente transcrito, situou o problema no plano da teoria do poder constituinte, invocando Georges Burdeau para lembrar que as Constituições geralmente nascem da força e que a Revolução de abril de 1964 poderia ter estabelecido a pena de morte ou o bill of attainder, mas preferiu autolimitar-se. Para Baleeiro, justamente por isso, descumprir as formalidades que o próprio regime se impôs equivalia a praticar ato jurídico inexistente. Houve empate quanto ao conhecimento, desempatado pelo presidente Luiz Gallotti em favor do relator, com fundamento na singularidade do caso:

Eu, data venia, desempato, como o eminente Relator, pelo conhecimento do pedido, por se tratar de caso único, em que se invoca a precedente coisa julgada. Jamais se entendeu que a legislação revolucionária houvesse investido contra a coisa julgada. Nem ela jamais o pretendeu. Ao contrário, o Governo da Revolução timbrou sempre em acatar as decisões judiciais. Nunca se arrogou o poder de revê-las.

Por seis votos a quatro, concedeu-se a segurança. O caso revela um Supremo que, mesmo sob a cláusula de exclusão, encontrava na própria autolimitação do regime, ou seja, no direito de defesa e no respeito à coisa julgada que os Atos diziam preservar, o fundamento para reintroduzir um controle mínimo. É a mesma lógica que Pereira identifica no cerne da legalidade autoritária, segundo a qual o regime, ao escolher a forma da lei, fica refém, ainda que parcialmente, das exigências mínimas que essa forma carrega.⁶⁷⁰

Esse fio reaparece no Mandado de Segurança n. 17.026 e em outros casos correlatos, nos quais se discutiu o poder do Judiciário de requisitar e examinar os processos administrativos que embasaram as punições. A controvérsia girava em torno da possibilidade de o Tribunal, à luz da antiga Lei n. 94, de 1947, devassar o conteúdo desses procedimentos para verificar a observância das formalidades extrínsecas.⁶⁷¹ Thompson Flores resistia a essa devassa, ao passo que Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal sustentavam que, sem o exame do processo, o controle das formalidades seria mera ficção. Victor Nunes Leal, embora vencido em muitos desses casos, deixou registrada a percepção de que ali se abria

⁶⁷⁰ PEREIRA, 2010, p. 287-289.

⁶⁷¹ BRASIL. **Lei n. 94, de 16 de setembro de 1947**. Permitia aos juízes da Fazenda Pública requisitar, por ofício, os processos administrativos relacionados a ato ou fato submetido ao Judiciário, dispositivo invocado por Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva no MS 17.026.

uma perspectiva nova para o possível reexame de muitas das punições, intuição que a edição do AI-5, poucos meses depois, encarregar-se-ia de sepultar.

O fecho desse ciclo está no Mandado de Segurança n. 18.107, relatado por Amaral Santos e julgado em 1969, já sob o AI-5, no qual o relator enunciou, sem rodeios, a regra hermenêutica que o regime esperava da Corte: elaborada a lei pelo Estado Revolucionário, é conforme o regime revolucionário que deve ser interpretada, pois, a não ser assim, a interpretação seria a negação da própria Revolução e do regime. A frase encerra o argumento do período, ao subordinar abertamente a interpretação jurídica à autoconservação do regime, e marca a distância entre o STF anterior e o posterior ao AI-5.

A mesma tensão entre a cláusula de exclusão e o direito de defesa percorre o Recurso em Mandado de Segurança n. 16.541, relatado pelo ministro Lafayette de Andrada e julgado pelo Pleno em 11 de maio de 1967. O recorrente, Ruy Faria Schott, fora aposentado do cargo de fiscal de rendas do Estado do Rio de Janeiro com base no AI-1, e o Tribunal de Justiça local denegara a segurança ao entendimento de que o Ato Institucional suspendera a aplicação das normas constitucionais. O caso é exemplar do automatismo com que parte da magistratura aplicava a exceção, automatismo que o próprio relator, com rara franqueza, confessou ter inicialmente partilhado: alertado pelo ministro Adauto Cardoso, e após novo estudo da matéria, Lafayette de Andrada reviu seu primeiro impulso, que era de negar provimento ao recurso.

Em seu voto, o relator fixou o ponto que distinguia os atos do governo federal dos atos dos governadores, afirmando que nem os atos discricionários do Governo da Revolução, nem a Constituição de 1967 tiram do Poder Judiciário a possibilidade de este apreciar atos praticados pelos Governadores dos Estados com fundamento em atos institucionais. Adauto Cardoso foi além e enfrentou o mérito do direito de defesa, observando que, embora este pudesse ser sumário e até meramente formal, no caso concreto a autoridade estadual negara ao recorrente o acesso a certidões capazes de comprovar a inocorrência de atos ilícitos, de modo que não houvera defesa alguma. Por isso, votou pela concessão da segurança para que o servidor retornasse ao cargo.

O voto de Aliomar Baleeiro, mais uma vez, situou o problema no plano da teoria do Estado e do direito vigente. Rememorando os tempos de estudante na Faculdade de Direito da Bahia ao lado dos então ministros Hermes Lima e Adalício Nogueira, Baleeiro sustentou que o direito desse país é o que vigora, de fato, nesse país, em determinado momento, invocando a Introdução à ciência do direito de Hermes Lima e os precedentes do próprio Supremo após a

Revolução de 1930 e diante dos decretos ditatoriais de 1939. Para ele, não cabia à Corte avaliar o mérito das decisões administrativas, mas apenas seus aspectos extrínsecos, à luz do direito vigente naquele momento. Trata-se de uma das mais cruas formulações do positivismo de fato que sustentava a legalidade autoritária, e ressoa, de modo perturbador, a definição schmittiana segundo a qual soberano é quem decide sobre a exceção e cuja decisão se converte, ela própria, em fonte de direito.⁶⁷²

Já Evandro Lins e Silva acompanhou Adaucto Cardoso e foi ainda mais incisivo, sustentando que, à luz do art. 19 do AI-2, o Judiciário poderia examinar até mesmo o mérito das decisões de governadores, e valendo-se de um argumento que, paradoxalmente, era o da própria racionalidade do regime: não foi por acaso que o autor do Ato Institucional n. 2 não excluiu os atos dos Governadores dos Estados da apreciação do Judiciário, pois havia entre esses Governadores adversários da própria revolução, de modo que era preciso sujeitar seus atos ao controle. Reconhecendo, porém, que a maioria se inclinava por devolver o processo ao Tribunal de Justiça fluminense, Evandro Lins sugeriu que o tribunal local apreciasse então o mérito da aposentadoria, no que foi seguido. O caso é mais um exemplo da estratégia, recorrente nos votos de Adaucto Cardoso e de Lins e Silva, de explorar as próprias distinções internas dos Atos, ou seja, a gramática jurídica da ditadura, como ferramenta argumentativa a favor do controle, técnica que a literatura sobre os chamados juristas da resistência tem estudado como uma forma possível de atuação no interior da exceção.⁶⁷³

4.7 O ex-militar, Jellinek e os limites da cassação

No Recurso em Mandado de Segurança n. 17.461, relatado pelo ministro Amaral Santos e julgado em 14 de agosto de 1968, discutiu-se a situação de tenente-coronel aviador da Força Aérea que, demitido e com a patente cassada com base no AI-1, tivera negado o registro como piloto da aviação civil. O relator chegou a sustentar, em curiosa ficção jurídica, que o ex-militar deveria ser tratado como falecido, por analogia ao Estatuto Militar. Aliomar Baleeiro, com seu pragmatismo característico, opôs-se ao argumento, lembrando que o recorrente fora considerado inapto politicamente para figurar como militar, mas que isso não lhe retirava a capacidade técnica de pilotar, pois esse homem, por motivos políticos, fora cassado, e provavelmente bem cassado, mas sabia dirigir aviões. E acrescentou, ao recusar que a cassação

⁶⁷³ RECONDO, 2018, p. 155-176.

atingisse a idoneidade moral, que os homens cassados por motivos políticos não perderam a idoneidade moral.

A solução veio do voto do ministro Themistocles Cavalcanti, que, amparado na doutrina de Georg Jellinek, distinguiu o *jus activae civitatis* do *jus civitatis* para concluir que a suspensão dos direitos políticos atingia apenas o exercício da cidadania ativa, e não os direitos civis nem a capacidade técnica adquirida:

A suspensão dos direitos políticos acarreta apenas, na definição de Jellinek, a proibição do exercício do *jus activae civitatis*, isto é do direito ativo de cidadania que compreende os direitos políticos. [...] Conserva, entretanto, o *jus civitatis* que é o direito de cidadania, isto é, o exercício dos direitos civis consagrados no art. 150, da Constituição.

O Supremo, por unanimidade, concedeu em parte a segurança. O caso é significativo porque mostra a Corte mobilizando categorias da teoria clássica do Estado, como a de Jellinek, para conter a expansão dos efeitos da exceção sobre a esfera civil dos punidos. Trata-se, novamente, do esforço de demarcação de fronteiras, isto é, de impedir que a suspensão dos direitos políticos se convertesse em uma *capitis deminutio total*, o que Serrano descreve como a tendência da jurisdição de exceção a colonizar progressivamente os espaços da normalidade jurídica.⁶⁷⁴

O julgamento desse recurso merece ser recuperado em detalhe, pois nele Aliomar Baleeiro travou com Carlos Thompson Flores um dos diálogos mais expressivos do período sobre os limites concretos da exceção. Baleeiro indagou ao relator se havia lei que expressamente impusesse a ficção do falecimento do oficial com a patente cassada, ao que obteve resposta negativa, e a partir daí passou a sustentar que a cassação política não retirava do recorrente a aptidão técnica para pilotar. Em passagem que ficou célebre, observou que o ex-militar tinha mais interesse na própria vida do que na dos passageiros e que não havia risco de ele apanhar um avião e ir para Cuba, ironizando a hipótese aventada pelo relator Amaral Santos de que o impetrante poderia desviar uma aeronave com autoridades a bordo. Para Baleeiro, autoridades dispõem de serviço próprio de segurança, e o que se devia verificar era apenas se o piloto tinha condições técnicas e de saúde para voar.

O ponto mais delicado do debate foi o da idoneidade moral. Thompson Flores entendia que a idoneidade era requisito para o exercício da aviação civil, ao passo que Baleeiro recusava que a cassação política a maculasse, afirmando que os homens cassados por motivos

⁶⁷⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p. 93-101.

políticos não perderam a idoneidade moral. E acrescentou, em formulação que sintetiza o seu pragmatismo liberal, que não se podia supor que alguém, pelo simples fato de professar o marxismo militante, fosse um homem imoral ou indigno, pois tratava-se apenas de quem pensava de modo diferente, alguém que usa uma espécie de geometria não euclidiana em matéria de política. Quando Adaucto Cardoso observou que a realidade está acima das deficiências da lei, Baleeiro arrematou que a lei é uma coisa viva, inteligente. O episódio mostra a Corte, ainda em 1968, capaz de opor à lógica da exceção uma defesa, ainda que tópica e individual, da esfera de liberdade civil dos punidos, exatamente o tipo de resistência que o AI-5, editado quatro meses depois, tornaria praticamente inviável.

4.8 Jânio Quadros e o confinamento sem lei

No *Habeas Corpus* n. 46.118, relatado pelo ministro Barros Monteiro e julgado em 2 de outubro de 1968, discutiu-se a prisão do ex-presidente Jânio Quadros, decretada pelo ministro da Justiça com base no art. 16, IV, do AI-2, combinado com o art. 2º do Ato Complementar n. 1, após o ex-presidente conceder entrevistas durante uma viagem. O relator construiu minuciosa genealogia da legislação revolucionária e, ao citar parecer de Francisco Campos, sustentou que a aprovação dos atos pela Constituição de 1967 alcançava também seus efeitos e as medidas destinadas a torná-los exequíveis, de modo que o confinamento estaria amparado no art. 173, I. Baleeiro, ao acompanhá-lo, reduziu o problema à sua dimensão crua, afirmando que, afinal, todo esse problema era um problema político, na mais alta e nobre expressão da palavra, e que toda revolução cria um direito novo.

A divergência coube a Evandro Lins e Silva, em voto que constitui uma das mais límpidas afirmações do princípio da legalidade penal contra a exceção:

No estado de direito, o que prevalece é a liberdade de manifestação do pensamento, garantida pela Constituição e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. O paciente está confinado porque externou o seu pensamento em matéria política. O argumento de que se trata de medida de segurança e não de pena é sibilino. [...] Não há pena, nem sanção de caráter penal, mesmo medida de segurança, sem prévia cominação legal. [...] Considero arbitrário e ilegal o confinamento do paciente. Concedo a ordem.

Hermes Lima, Victor Nunes, Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada seguiram a divergência, mas formou-se maioria de dez a cinco pela denegação da ordem. O voto de Evandro Lins toca o ponto exato em que a teoria do estado de exceção se encontra com a dogmática penal, pois o confinamento de Jânio, apresentado como medida de segurança sem prazo e sem cominação legal, é o exemplo perfeito daquilo que Agamben chama de medida que

tem força de lei sem ser lei, isto é, de um ato que se pretende jurídico precisamente por se situar fora do Direito.⁶⁷⁵ A maioria, ao validá-lo, confirmou que, no léxico do Supremo daquele período, a invocação do art. 173 funcionava como uma senha capaz de encerrar qualquer discussão sobre a substância do arbítrio.

O voto do relator Barros Monteiro é uma peça de erudição que procura, ao mesmo tempo, situar o AI-2 na genealogia da legislação revolucionária e blindar a prisão de qualquer controle. Ao distinguir, no AI-2, as normas de natureza constitucional incorporadas à Carta de 1946 daquelas de direito constitucional transitório, de conteúdo político-revolucionário e de direito penal, o relator construiu uma taxonomia que lhe permitia tratar o confinamento como efeito legítimo da suspensão de direitos políticos. Para reforçar o argumento, transcreveu parecer de Francisco Campos, o próprio autor do preâmbulo do AI-1, segundo o qual o ato de suspender os direitos políticos compreende o ato em si mesmo, como os seus efeitos e as medidas destinadas a torná-lo executório, de modo que, aprovando o ato, a Constituição de 1967 teria aprovado também os seus efeitos. A presença do parecer de Francisco Campos nos autos, validando a prisão, fecha um círculo significativo, pois o jurista que teorizara o poder constituinte revolucionário no AI-1 reaparece, anos depois, para justificar as medidas de força dele derivadas.

Os votos que acompanharam o relator explicitaram a concepção dos Atos como normas de vigor constitucional dotadas, porém, de dispositivos que transcendiam essa natureza. Nas palavras de Themistocles Cavalcanti, os atos institucionais, embora de vigor constitucional, continham dispositivos de natureza legislativa, de caráter permanente, mas cuja aplicação só seria legítima enquanto não fosse atingida pela disposição constitucional. Essa fórmula, ambígua por construção, permitia tratar o mesmo Ato ora como norma constitucional, ora como norma legislativa, conforme a conveniência do resultado. Já a divergência de Hermes Lima, ao seguir Evandro Lins, enunciou com precisão o que estava em jogo, ao afirmar que o que se proíbe é que os punidos participem da vida pública organizada, da vida política militante, mas não que sejam proibidos de manifestar pensamentos e convicções, pois, do contrário, não se estaria num regime democrático, e sim num regime ditatorial. A maioria de dez a cinco que validou o confinamento respondeu, na prática, que se estava, sim, ainda que ninguém o dissesse, nesse último regime.

4.9 O AI-5 e o fechamento do controle jurisdicional

A edição do Ato Institucional n. 5, em 13 de dezembro de 1968, alterou profundamente as condições de possibilidade da jurisdição. O contexto político e a própria reunião do Conselho de Segurança Nacional que antecedeu o Ato foram analisados em trabalho específico e não serão aqui reproduzidos.⁶⁷⁶ Importa, para os fins deste capítulo, registrar os efeitos do AI-5 sobre o controle judicial. O novo Ato suspendeu o habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, e reafirmou, de modo ainda mais drástico, a exclusão de qualquer apreciação judicial dos atos nele fundados.

Na prática, o AI-5 fechou a fresta que ministros como Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Adauto Cardoso vinham tentando manter aberta. Não por acaso, três desses ministros foram aposentados compulsoriamente poucas semanas depois. A composição da Corte foi novamente alterada, e o que restou foi um Tribunal ainda mais constrangido. A partir de então, a regra passou a ser o não conhecimento puro e simples dos pedidos que tocassem na legislação revolucionária, com raras exceções restritas ao exame de formalidades extrínsecas dos atos de governadores.

O episódio mais eloquente desse novo momento ocorreu em 1971, quando o Supremo declarou constitucional a censura prévia instituída pelo Decreto-Lei n. 1.077, de 1970. Inconformado, o ministro Adauto Lúcio Cardoso, após ser vencido, retirou a toga e a depositou sobre a cadeira, nunca mais retornando à Corte.⁶⁷⁷ O gesto, simbólico e definitivo, encerra a fase em que ainda era possível, no interior do Tribunal, opor à exceção uma resistência argumentativa minimamente eficaz. Daí em diante, e até o início do processo de abertura, a jurisprudência sobre os Atos consolidou-se em torno da imunidade praticamente absoluta dos atos de força.

Os acórdãos do período posterior a dezembro de 1968 confirmam esse fechamento. No Recurso Extraordinário n. 62.342, julgado em 1969, relativo a cantor da Rádio Nacional demitido com base no AI-1, o Supremo, por unanimidade, anulou o processo trabalhista desde o início, reconhecendo a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, com fundamento no art. 173, I, da Constituição de 1967 e no art. 19, I, do AI-2, ao argumento de que não era possível

⁶⁷⁶ SARTOTI, 2024, p. 343. Sobre o Decreto-Lei n. 1.077/1970, a censura prévia e o gesto do ministro Adauto Cardoso, ver também SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos**: depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: FGV, 1997, p. 399-402.

dissociar o ato de demissão de seus efeitos para enquadrá-lo como mera questão trabalhista. No Recurso Extraordinário n. 62.102 e em julgados correlatos, a Corte reconheceu que o AI-6 havia alterado a sua própria competência recursal, devolvendo os autos às instâncias de origem. O Judiciário, inclusive o Supremo, ia assim se retirando, peça por peça, do controle dos atos de força.

A supressão do habeas corpus para os crimes contra a segurança nacional, determinada pelo art. 10 do AI-5, produziu efeitos imediatos. No Habeas Corpus n. 48.410, julgado em 1970, a Corte não conheceu de pedido relativo a réus condenados pela Justiça Militar, aplicando a suspensão da garantia. No Recurso de Habeas Corpus n. 48.728, julgado em 1971, discutiu-se o recebimento da denúncia contra o delegado Sérgio Fleury, então acusado de integrar o Esquadrão da Morte, debatendo-se a aplicação do AI-6 e o princípio do promotor natural a propósito da atuação do procurador Hélio Bicudo, com desprovimento do recurso. A suspensão do habeas corpus é, talvez, a marca mais grave do AI-5, pois converteu em letra morta o instrumento por excelência de defesa da liberdade individual, criando o vazio jurídico no qual prosperaram a tortura e o desaparecimento, isto é, precisamente a zona em que a força opera sem a mediação da forma jurídica.⁶⁷⁸

Mesmo nesse contexto, sobreviveu uma estreita via de controle, ligada ao critério temporal. Nos Mandados de Segurança n. 19.547, julgado em 1969, e n. 19.546, julgado em 1970, relativos a servidores e professores demitidos em 1968 em decorrência de cassações de direitos políticos ocorridas em 1964, o Supremo, acolhendo divergência aberta por Themistocles Cavalcanti, concedeu em parte a segurança para transformar a demissão em mero afastamento do cargo, com vencimentos proporcionais. O fundamento era o de que, tendo o ato de demissão sido praticado em 1968, já sob a Constituição de 1967, ele não estaria coberto pela imunidade absoluta, pois a ordem constitucional já fora restabelecida, e a suspensão de direitos políticos acarretava apenas a suspensão do exercício do cargo, não a sua perda. Essa distinção entre o período de exceção e a ordem constitucional restabelecida, retomada anos depois no Recurso Extraordinário n. 77.639, é a semente da jurisprudência que, na redemocratização, permitiria reabrir o exame de alguns atos. No Recurso Extraordinário n. 71.293, julgado em 1970, por outro lado, a Corte não conheceu de recurso sobre a inelegibilidade de ex-deputados cassados pelo AI-5 e pelo AI-10, ao entendimento de que a inelegibilidade era efeito natural da

⁶⁷⁸ AGAMBEN, 2004, p. 48-51.

cassação e que o objetivo da Revolução de preservar a democracia justificava a restrição, fórmula que bem ilustra a inversão orwelliana operada pelo discurso do regime.

A própria gênese do AI-5 deixou marcas na pauta do Supremo. Na Representação n. 786, julgada em 12 de novembro de 1969, o procurador-geral da República pediu a cassação dos direitos políticos do deputado Márcio Moreira Alves, cujo discurso na Câmara fora o estopim da crise. A Câmara negara, em 12 de dezembro de 1968, a licença para processá-lo, e no dia seguinte sobreviera o AI-5. Cassados diretamente os direitos do parlamentar pelo Executivo, com base no novo Ato, a Corte, relator Aliomar Baleeiro, julgou prejudicada a representação por perda de objeto. O episódio é emblemático do novo momento, pois mostra o Judiciário sendo simplesmente contornado pela exceção, de modo que a via judicial da cassação, que dependia de processo e de garantias, foi substituída pela decisão direta e insindicável do regime. O que o Congresso recusara por votação, o AI-5 impôs por outorga.

4.10 O entulho autoritário: as decisões de 1º de janeiro de 1979 a 2003

A jurisprudência do STF sobre os Atos Institucionais não terminou com a ditadura. Ao contrário, ela projetou seus efeitos por décadas, primeiro convalidando a exceção em pleno regime, depois discutindo, já na redemocratização, a possibilidade de revisão dos atos de força. Esse prolongamento é a melhor confirmação empírica da tese, defendida por Edson Teles e Vladimir Safatle, de que a transição brasileira não rompeu com a exceção, mas a metabolizou, conservando intactas estruturas normativas e administrativas herdadas do autoritarismo.⁶⁷⁹ Gilberto Bercovici sintetiza esse diagnóstico na fórmula segundo a qual o direito constitucional passa, mas o direito administrativo permanece, e é exatamente essa permanência que os casos a seguir revelam.⁶⁸⁰

O marco normativo dessa fase é a Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1979 e revogou os Atos Institucionais e Complementares no que contrariassem a Constituição, ressaltando, porém, os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais permaneceram excluídos de apreciação judicial.⁶⁸¹ A ressalva é decisiva, pois é ela que permite ao Supremo, ao longo das décadas seguintes,

⁶⁷⁹ TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 9-15.

⁶⁸⁰ BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 77-90.

⁶⁸¹ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978**. Brasília: Presidência da República, 1978. O art. 3º revogou os Atos Institucionais e Complementares no que contrariassem a Constituição, ressaltando, porém, os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais permaneceram excluídos de apreciação judicial.

continuar afirmando-se incompetente para examinar cassações, aposentadorias punitivas e confiscos, mesmo após a revogação formal dos Atos. A exceção, revogada na forma, sobrevivia nos efeitos. Antes de chegar aos casos posteriores a 1979, porém, convém percorrer os julgados dos últimos anos do regime, pois neles a dogmática da imunidade se consolida e fornece a moldura interpretativa que a Corte levaria consigo para a democracia.

No Recurso Extraordinário n. 65.407, julgado em 1972, a Corte censurou o tribunal de origem por haver ingressado no exame da substância do ato impugnado, reafirmando que a legislação revolucionária impunha barreira absoluta ao controle de mérito. No Recurso Extraordinário n. 77.477, julgado em 1973, repetiu-se que o controle judicial dos atos revolucionários se limitava ao exame de formalidades extrínsecas, vencido em parte Luiz Gallotti, que entendia não abrangidos os atos de prefeitos. No Recurso Extraordinário n. 77.652, julgado em 1974, a propósito de aposentadoria decretada pelo presidente da República, o Tribunal afirmou que os Atos possuíam hierarquia constitucional excepcional, capaz de sobrepujar normas contratuais trabalhistas e a própria competência da Justiça do Trabalho para rever-lhes o conteúdo. Esses três julgados mostram a Corte, em pleno auge do AI-5, operando como guardião da imunidade, ou seja, como o tribunal digno de confiança de que fala Pereira, cujos veredictos se harmonizavam com a concepção de legalidade do regime.⁶⁸²

É instrutivo, porém, que mesmo nesse período os ministros não escondessem o desconforto. No Recurso Extraordinário n. 77.639, julgado em 1975, o ministro Aliomar Baleeiro definiu o regime brasileiro, com a ironia que lhe era própria, como uma meia-ditadura, ou uma meia-sola na ditadura, ao discutir se a suspensão de direitos políticos pelo AI-1 implicava demissão automática. O Tribunal decidiu que, como a demissão ocorrera em 1968, já sob a Constituição de 1967, o ato era sindicável, e que a suspensão de direitos acarretava apenas o afastamento, não a perda do cargo. A expressão meia-ditadura, dita da tribuna do Supremo, é um sintoma precioso da utopia autoritária descrita por Fico, pois revela a consciência cindida de magistrados que, ao mesmo tempo, reconheciam o caráter ditatorial do regime e se recusavam a nomeá-lo plenamente como tal.⁶⁸³

No Recurso Extraordinário n. 75.788, julgado em 1975, o ministro Rodrigues Alckmin enfrentou diretamente a questão da hierarquia, sustentando a existência de duas ordens jurídicas, a institucional e a constitucional, que não se situavam no mesmo plano, de modo que as normas dos Atos permaneciam vigentes em sua própria esfera de validade mesmo quando

⁶⁸² PEREIRA, 2010, p. 293.

⁶⁸³ FICO, 2017, p. 58.

não inseridas formalmente no texto constitucional posterior. O mesmo raciocínio das ordens jurídicas desdobradas em dois planos reapareceria no Recurso Extraordinário Eleitoral n. 87.012, julgado em 1978, no qual o Tribunal aplicou a doutrina das questões políticas para subtrair ao controle a matéria da suspensão de direitos. Já no Mandado de Segurança n. 20.023, julgado em 1975, relativo à Editora Paz e Terra, a Corte reafirmou que o art. 11 do AI-5 erguia um obstáculo irremovível à apreciação judicial dos atos de censura prévia determinados pelo presidente da República. A teoria das duas ordens, que se consolidava nesses votos, é a formulação doutrinária mais explícita daquilo que Paixão chama de textura aberta da exceção, ou seja, a coexistência institucionalizada entre uma ordem de normalidade e uma ordem revolucionária sempre disponível para a manipulação.⁶⁸⁴

Os últimos anos do regime trouxeram, ainda assim, brechas pontuais. No Recurso Extraordinário n. 79.714, julgado em 1977, prevaleceu a tese da autolimitação, defendida por Leitão de Abreu, de que, não prevendo o AI-1 expressamente a cassação de aposentadoria, o ato do governador era ilegítimo por excesso de poder. No Recurso Extraordinário n. 81.429, do mesmo ano, os Atos foram qualificados como textos de natureza constitucional incorporados à ordem jurídica. E nos Embargos no Recurso Extraordinário n. 75.522, o ministro Cordeiro Guerra sustentou ser incompreensível que a Revolução permitisse que uma anistia dada em 1961 importasse em ameaça à sua própria sobrevivência, em raciocínio que subordinava abertamente o Direito ao interesse de autopreservação do regime.

O ponto culminante dessa dogmática aparece no Mandado de Segurança n. 20.146, julgado em 17 de maio de 1978, relativo à censura prévia imposta ao semanário O São Paulo e à proibição de publicação de discursos do senador Franco Montoro. Para declarar-se sem jurisdição, o Supremo recorreu à lição de Miguel Reale sobre a coexistência de duas ordens jurídicas:

qualquer tentativa de compreensão da conjuntura política atual deve partir do reconhecimento de que, no sistema vigente, existem, lado a lado, com inevitáveis conflitos, duas ‘ordens jurídicas’ distintas, uma de tipo constitucional, outra correspondente ao chamado ‘processo revolucionário’.

A tese das duas ordens jurídicas, acolhida pelo Tribunal, é a confissão doutrinária mais explícita da dualidade que Paixão e Barbosa identificam como o paradoxo estruturante da legalidade autoritária, isto é, a convivência institucionalizada entre uma ordem constitucional formalmente vigente e uma ordem revolucionária que a sobrepuja sempre que necessário.⁶⁸⁵ No

⁶⁸⁴ PAIXÃO, 2020, p. 239. Trata-se do que o autor denomina “textura aberta da exceção”, espécie de direito “quântico”, sempre passível de alteração e manipulação.

⁶⁸⁵ PAIXÃO; BARBOSA, 2008, p. 70-74.

Recurso Extraordinário Eleitoral n. 90.332, também de 1978, no qual se discutia a elegibilidade de Fernando Henrique Cardoso, aposentado pelo AI-5, a Corte chegou a realizar uma construção jurisprudencial para limitar a dez anos a inelegibilidade dos punidos, preenchendo lacunas por analogia para evitar sanções perpétuas, sinal de que, mesmo dentro da exceção, o Tribunal procurava conter seus excessos mais evidentes.

Já sob a vigência da Emenda n. 11/78, os casos catarinenses ilustram, em escala local, a longa sobrevida dos efeitos. No Mandado de Segurança n. 20.757 e no Recurso Extraordinário n. 101.130, relativos ao confisco de bens em Florianópolis com base no art. 8º do AI-5 e no Ato Complementar n. 42, o Supremo reafirmou que a Emenda, ao revogar formalmente os Atos, ressaltava seus efeitos e mantivera afastada a apreciação judicial. Colhe-se do voto de Carlos Madeira a síntese da roupagem institucional do confisco, que, segundo o ministro, refoge aos modelos do sistema constitucional e se embasa tão só na disciplina ditada pelo poder revolucionário. Mais reveladora ainda é a fórmula, repetida em julgados do período, de que a indenidade alcançava os atos conformes ou desconformes ao próprio Ato que lhes servira de fundamento, o que equivale a admitir que a imunidade protegia não a legalidade, mas a própria ilegalidade. O voto de Oscar Corrêa, por sua vez, exprime com rara honestidade a posição do magistrado capturado pela exceção:

posso discordar dos atos; posso não concordar com os processos adotados e, politicamente, já me manifestei a respeito. Mas como juiz desta Corte, obedecidos os requisitos formais [...], em face de indenidade constitucional, que esta Corte já validou, em inúmeras outras oportunidades, não tenho como conhecer do recurso.

No Recurso Extraordinário n. 100.015, relatado por Rafael Mayer, a Corte reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Amazonas que reconheceu cerceamento de defesa em aposentadoria compulsória fundada no AI-1, com a frase lapidar do relator de que era retórico, e não jurídico, querer corrigir, retroativamente, a excepcionalidade que vigeu em determinado momento. A frase merece registro porque inverte a relação entre direito e retórica, tratando a tentativa de reparação como mero discurso e a consagração da exceção como o único dado propriamente jurídico, exatamente o avesso do que uma ordem comprometida com direitos fundamentais sustentaria. Já no Mandado de Segurança n. 20.255, relatado por Cordeiro Guerra, o Tribunal não conheceu da impetração de servidor demitido com base no AI-5, consolidando o entendimento de que a indenidade da Emenda n. 11/78 obstava o exame mesmo quando houvesse alegação de irregularidade formal, registrando-se ali a fórmula de que o *bill of indemnity* existe exatamente para cobrir os atos ilegais, pois os atos legais não precisariam da proteção da indenidade.

Essa invocação da teoria dos *bills of indemnity* é particularmente reveladora, pois esse instituto, destinado historicamente a anistiar atos ilegais praticados pelo governo, pressupõe o reconhecimento de que os atos eram, de fato, ilegais, de modo que a própria defesa da imunidade carrega a admissão implícita da ilegalidade. A exceção, aqui, confessa-se. Na Reclamação n. 126, julgada em 1981, o ministro Clovis Ramalhete levou a tese ao extremo ao sustentar que a Revolução é ato contra as leis e que a legitimidade do ato revolucionário nasce de sua própria efetividade, sendo infenso à apreciação judicial, recorrendo justamente aos *bills of indemnity* para justificar a imunidade mesmo após a revogação dos Atos pela Emenda n. 11/78. Na Ação Rescisória n. 1.183, julgada em 1985, reafirmou-se a indenidade irrestrita dos atos revolucionários, alcançando-os em seu todo.

A imunidade alcançava também os atos fundados diretamente no AI-5. No Mandado de Segurança n. 19.817, julgado em 1970, magistrados da Justiça do Trabalho aposentados com base no art. 6º do AI-5 sustentavam que, embora o Ato tivesse suspenso as garantias da vitaliciedade e da estabilidade, a garantia da irredutibilidade de vencimentos permanecera íntegra, por não haver sido expressamente excluída. O Supremo, por unanimidade, não conheceu do pedido, com fundamento no art. 11 do AI-5 e no art. 181, I, da Constituição na redação da Emenda n. 1 de 1969, ao entendimento de que a suspensão da vitaliciedade atingia logicamente a irredutibilidade nos casos de aposentadoria excepcional. O parecer acolhido pelo relator distinguia as circunstâncias normais, regidas pela Constituição e pelas leis ordinárias, das circunstâncias excepcionais e transitórias atendidas pelos Atos Institucionais, tratando estes como instrumentos de império dotados de imunidade absoluta, insuscetíveis de exame quanto a vícios de qualquer natureza. A decisão é representativa do padrão consolidado após o AI-5, no qual a mera invocação do dispositivo de exclusão bastava para encerrar a discussão, sem espaço para o exame sequer das formalidades.

Mesmo após a entrada em vigor da Emenda n. 11/78, a Corte continuou a reafirmar a supremacia dos Atos. No Recurso Extraordinário n. 81.420, julgado em 1979, relativo a servidor do Estado do Rio de Janeiro cuja segurança fora concedida na origem, o Supremo conheceu e proveu o recurso para cassar a ordem, ao entendimento de que os Atos Institucionais tinham caráter excepcional e se originavam de uma revolução vitoriosa, colocando-se acima da Constituição, de modo que as investigações sumárias e as formalidades adotadas, como os editais de convocação, eram válidas e insindicáveis quanto ao mérito. O julgado é particularmente significativo porque, já sob a vigência da Emenda que revogara formalmente

os Atos, a Corte ainda os situava acima da Constituição, prova de que a revogação não dissolvera a hierarquia que os ministros lhes haviam atribuído.

No Mandado de Segurança n. 20.195, relativo ao confisco de bens de Edmundo Kehdi com base no art. 8º do AI-5 e no Ato Complementar n. 42, a impetração discutia a possibilidade de exame judicial do ato de confisco à luz da chamada teoria da incidência, isto é, da verificação de que os pressupostos de fato da norma confiscatória efetivamente ocorreram. Os pareceres acolhidos sustentaram que os atos de confisco eram imunes ao controle judicial tanto na forma quanto na substância, reafirmando a indenidade ressalvada pela Emenda n. 11/78, embora o feito tenha sido afinal extinto por desistência homologada. O caso interessa menos pelo desfecho processual do que pela tese jurídica em disputa, pois a recusa em aplicar a teoria da incidência aos atos de confisco confirma que a imunidade protegia inclusive a inocorrência dos próprios pressupostos de fato da exceção, levando ao extremo a lógica da insindicabilidade.

Houve, ainda no regime, momentos de hesitação. No Recurso Extraordinário n. 90.070, relativo a magistrado paranaense cuja investigação sumária fora conduzida por delegado de polícia em um clima descrito nos autos como de terror, e no Recurso de Habeas Corpus n. 51.778, em que o ministro Xavier de Albuquerque discorreu sobre a independência da magistratura sob a exceção, advertindo que a suspensão temporária das garantias não deveria induzir os juízes ao acovardamento, percebe-se a sobrevivência, ainda que residual, do impulso de demarcar limites. Esses votos isolados, contudo, não alteraram a tendência dominante.

Foi apenas após a Constituição de 1988 que o Supremo passou a discutir frontalmente a superação desse entulho autoritário, deslocando o eixo do debate da aplicação da exceção para a sua superação. O Mandado de Segurança n. 20.840, julgado em 1990, embora não conhecido por decadência, é o marco simbólico dessa virada. Os ministros discutiram se o prazo decadencial só poderia correr a partir de 1988, pois, durante a ditadura, o AI-2 e o AI-5 haviam suprimido a própria possibilidade de acesso ao Judiciário. O ministro Celso de Mello sustentou que a legislação excepcional tornara esses atos inapreciáveis em sede jurisdicional, suprimindo a própria possibilidade de controle estatal, enquanto Célio Borja comparou o fenômeno ao *Notrecht* alemão, o direito de necessidade, no qual o Estado fica impedido de exercer uma de suas funções. Coube a Sepúlveda Pertence a imagem mais célebre, ao descrever a supressão da jurisdição como uma espécie de Muro de Berlim a separar o cidadão do Poder Judiciário, obstáculo intransponível erguido por um quarto de século, durante o qual não poderia fluir prazo algum de prescrição ou decadência contra as vítimas do regime.

A trajetória culmina no Mandado de Injunção n. 543, julgado em 2000, no qual o ministro Celso de Mello proferiu voto que funciona como um acerto de contas tardio da Corte com o passado, qualificando o regime militar como sistema de arbítrio puro, animado pelo perigoso fascínio do absoluto e fundado no poder que oculta, isto é, em portarias reservadas e atos secretos, e afirmando que a nova ordem constitucional rejeitava o modelo do segredo de Estado. Na Ação Originária Especial n. 1, relativa ao oficial de Marinha Dalmo Honaizer, reformado com base no AI-5, a Corte chegou a discutir se a cassação seria inexistente por vício de vontade do presidente Costa e Silva, então gravemente enfermo, debate que revela o esforço, por vezes acrobático, de aplicar categorias do direito civil clássico, como os vícios do consentimento, a atos de um regime de exceção. O arco que vai de 1965 a 2003 descreve, assim, uma trajetória em que o Supremo, primeiro coautor da legalidade autoritária, torna-se, na democracia, o seu crítico, sem nunca ter ajustado integralmente as contas com a própria atuação pretérita. Como observa Recondo, essa ambivalência atravessa a memória institucional da Corte até os dias atuais.⁶⁸⁶

O percurso que vai de 1979 a 2003 não pode ser lido isoladamente, mas como parte do processo mais amplo da transição brasileira. A Emenda n. 11/78, a Lei de Anistia de 1979 e a própria jurisprudência da indenidade compõem o que se pode chamar de uma autoanistia prolongada, na qual os efeitos da exceção foram preservados em nome da reconciliação. Como sustenta Pereira, foi precisamente o caráter gradualista e conservador da legalidade autoritária brasileira, com a participação de parcela do Judiciário e das forças armadas que conservaram legitimidade na democracia, que poupou o país da reação reformista ocorrida na Argentina e no Chile, e que explica a escassez de justiça de transição entre nós.⁶⁸⁷ Não por acaso, a discussão sobre a punição dos crimes da ditadura permaneceu, por décadas, transferida da esfera judicial para a memória, a cultura e a arte, ponto que procurei desenvolver em outro lugar a propósito do papel desempenhado por obras como o filme que reconstitui o caso Rubens Paiva, as quais cumprem, no imaginário coletivo, o julgamento que o Estado renunciou a realizar.⁶⁸⁸ Essa permanência é, em última análise, a melhor prova de que a exceção, uma vez inscrita na forma da norma, sobrevive ao regime que a instituiu, tal como advertia Walter Benjamin ao lembrar que o estado de exceção em que vivemos tende a se tornar a regra.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ RECONDO, 2018, p. 198-214.

⁶⁸⁷ PEREIRA, 2010, p. 290-293.

⁶⁸⁸ SARTOTI, Rodrigo Alessandro. Ainda estou aqui coloca a ditadura militar no banco dos réus. **JOTA**, São Paulo, 7 fev. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ainda-estou-aqui-coloca-a-ditadura-militar-no-banco-dos-reus>. Acesso em: 17 jun. 2026.

⁶⁸⁹ BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política**. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 226 (tese VIII).

4.11 Por uma análise quantitativa das decisões

As seções anteriores analisaram, de modo qualitativo, os debates e os argumentos mobilizados pelos ministros do Supremo nos casos mais significativos envolvendo os Atos Institucionais. Esse exame qualitativo, contudo, precisa ser complementado por uma análise quantitativa do conjunto dos 285 acórdãos integralmente examinados, de modo a permitir uma compreensão mais precisa do comportamento do Tribunal ao longo do período.

Este tópico sistematiza, em termos quantitativos, o conjunto de 285 acórdãos do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reunidos para esta pesquisa, todos versando, direta ou incidentalmente, sobre os Atos Institucionais da ditadura militar. As decisões analisadas foram julgadas entre 5 de agosto de 1964 e 29 de maio de 2003, abarcando desde os primeiros pronunciamentos sob o AI-1 até os desdobramentos da reapreciação jurisdicional na ordem democrática inaugurada pela Constituição de 1988. Os dados a seguir servem de base empírica às teses desenvolvidas nos capítulos anteriores, oferecendo um retrato mensurável daquilo que, no plano teórico, foi tratado como a relação entre direito e exceção.⁶⁹⁰

Metodologicamente, cada acórdão foi classificado quanto ao tipo de processo, à ocorrência de debate sobre a natureza jurídica dos Atos Institucionais, à profissão do sujeito atingido e, sobretudo, à orientação do resultado em face dos interesses do regime.⁶⁹¹ Os percentuais foram calculados sobre o total de 285 acórdãos.

4.11.1 Volume e tipos de processo

O *corpus* distribui-se por dezesseis classes processuais distintas. Predomina, de forma acentuada, o mandado de segurança (MS), responsável por 180 dos 285 acórdãos (63,2%), o que se explica pela centralidade desse remédio na impugnação de demissões, aposentadorias e cassações fundadas nos Atos Institucionais. Seguem-se o recurso extraordinário (RE) e o conflito de jurisdição/competência (CJ), este último refletindo a transferência de competência para a Justiça Militar promovida pelo AI-2.

Tabela 1 – Distribuição dos acórdãos por tipo de processo (n = 285)

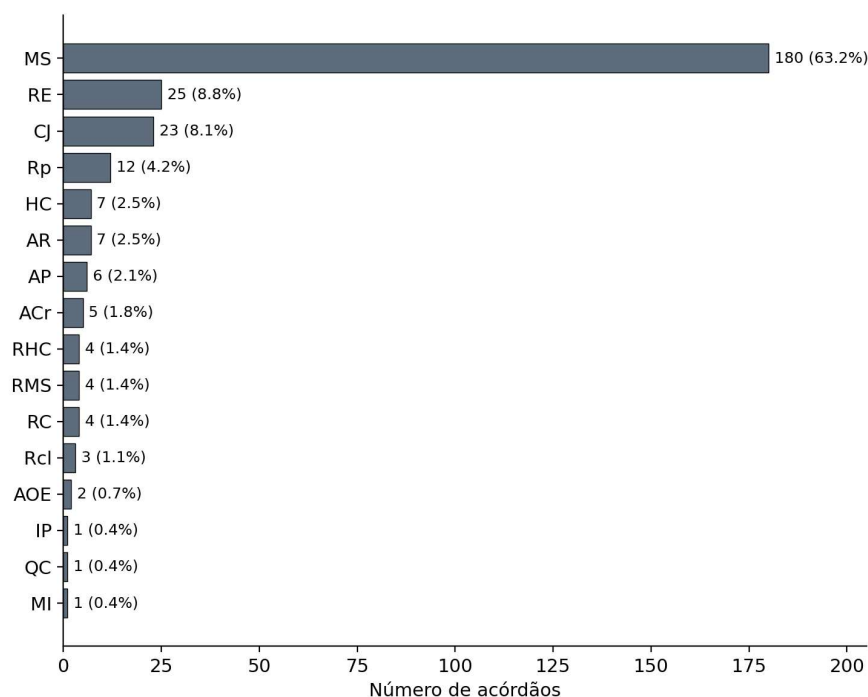
⁶⁹⁰ Foi utilizado o repositório *on-line* de jurisprudência do STF, de modo que não se perde de vista que tal busca pode conter falhas por ausência de acórdãos que, eventualmente, não estão disponíveis nesse formato de consulta. Contudo, entende-se que eventual falha nesse sentido não compromete as análises qualitativa e quantitativa desta Tesa, bem como não têm o condão de impedir ou afastar as conclusões desta pesquisa.

⁶⁹¹ A orientação do resultado foi extraída da codificação por cor da coluna “Processo” da base de dados: amarelo (favorável ao regime), verde (contrária) e cinza ou branco (neutra). A leitura das cores foi realizada diretamente sobre o arquivo da planilha.

Tipo de processo	Nº de acórdãos	% do total
Mandado de segurança (MS)	180	63,2%
Recurso extraordinário (RE)	25	8,8%
Conflito de jurisdição/competência (CJ)	23	8,1%
Representação (Rp)	12	4,2%
Habeas corpus (HC)	7	2,5%
Ação rescisória (AR)	7	2,5%
Ação penal (AP)	6	2,1%
Apelação criminal (ACr)	5	1,8%
Recurso em habeas corpus (RHC)	4	1,4%
Recurso em mandado de segurança (RMS)	4	1,4%
Recurso criminal (RC)	4	1,4%
Reclamação (Rcl)	3	1,1%
Ação originária especial (AOE)	2	0,7%
Inquérito policial (IP)	1	0,4%
Queixa-crime (QC)	1	0,4%
Mandado de injunção (MI)	1	0,4%
Total	285	100,0%

Fonte: elaborada pelo autor (2023), a partir da base de dados “Acórdãos STF Tese Doutorado”.

Gráfico 1 – Acórdãos por tipo de processo (n = 285)



Fonte: elaborada pelo autor (2023), a partir da base de dados “Acórdãos STF Tese Doutorado”.

4.11.2 Discussão sobre a natureza jurídica dos Atos Institucionais

Tomando-se o registro da coluna própria da base de dados, houve debate explícito sobre a natureza jurídica dos Atos Institucionais em 36 acórdãos (12,6%), ao passo que em 242 (84,9%) tal discussão esteve ausente – sete decisões (2,5%) não receberam classificação neste campo. O dado é teoricamente eloquente: na esmagadora maioria dos casos, o Tribunal aplicou a cláusula de exclusão de apreciação judicial sem problematizar o fundamento de validade da norma excepcional, tratando-a como pressuposto e não como objeto. A reflexão sobre a “*grundnorm*” revolucionária concentrou-se, assim, num núcleo reduzido, porém qualitativamente decisivo, de julgados.

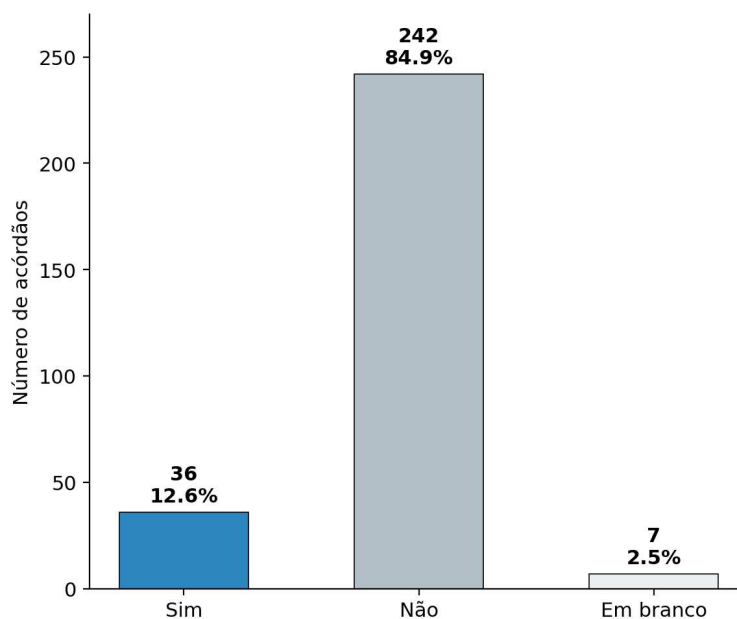
Por outro lado, os debates encontrados nesses 36 acórdãos foram reveladores sobre as disputas acerca do conceito de Ato Institucional entre os ministros do STF.

Tabela 2 – Ocorrência de debate sobre a natureza jurídica dos AIs (coluna H)

Houve discussão?	Nº de acórdãos	% do total
Sim	36	12,6%
Não	242	84,9%
Em branco / não classificado	7	2,5%
Total	285	100,0%

Fonte: elaborada pelo autor (2023), a partir da base de dados “Acórdãos STF Tese Doutorado”.

Gráfico 2 – Debate sobre a natureza jurídica dos Atos Institucionais



Fonte: elaborada pelo autor (2023), a partir da base de dados “Acórdãos STF Tese Doutorado”.

4.11.3 Perfil dos sujeitos atingidos

A profissão do polo ativo foi informada em cerca de 146 acórdãos (51,2%), permanecendo não registrada ou não identificada em 139 (48,8%).⁶⁹² Entre os casos identificados, sobressaem os servidores públicos e demais funcionários (59 ocorrências), seguidos de políticos e parlamentares (24) e militares (20). O perfil confirma que a repressão judicializada incidiu, antes de tudo, sobre o funcionalismo – demitido ou aposentado compulsoriamente – e sobre quadros políticos cassados, alcançando ainda magistrados, sindicalistas, bancários, professores e profissionais da imprensa.

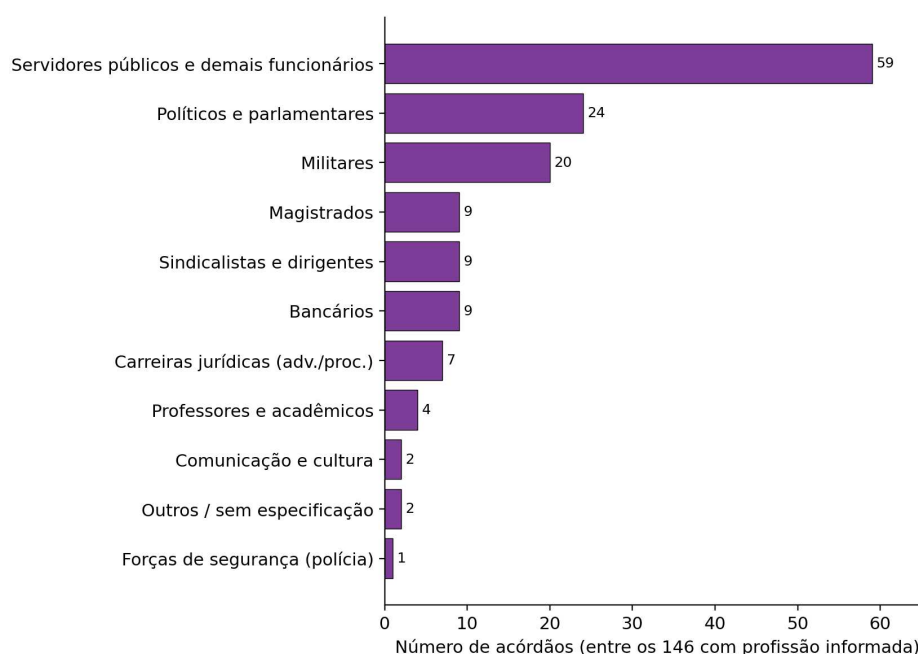
Tabela 3 – Profissão do sujeito atingido, por grupos (coluna K)

⁶⁹² Os agrupamentos profissionais foram construídos a partir do texto livre da coluna K, por palavra-chave dominante; registros com múltiplas qualificações (p. ex. “Servidor; procurador”) foram alocados à categoria mais específica.

Grupo profissional	Nº	% do total
Não informado	139	48,8%
Servidores públicos e demais funcionários	59	20,7%
Políticos e parlamentares	24	8,4%
Militares	20	7,0%
Magistrados	9	3,2%
Sindicalistas e dirigentes	9	3,2%
Bancários	9	3,2%
Carreiras jurídicas (advogados/procuradores)	7	2,5%
Professores e acadêmicos	4	1,4%
Comunicação e cultura	2	0,7%
Outros / sem especificação	2	0,7%
Forças de segurança (polícia)	1	0,4%
Total	285	100,0%

Fonte: elaborada pelo autor (2023), a partir da base de dados “Acórdãos STF Tese Doutorado”.

Gráfico 3 – Profissão do sujeito atingido (146 acórdãos com informação)



Fonte: elaborada pelo autor (2023), a partir da base de dados “Acórdãos STF Tese Doutorado”.

4.11.4 Orientação das decisões em face dos interesses do regime

A variável mais relevante para a tese é a orientação do resultado, codificada por cor na coluna “Processo” da base: amarelo para decisões favoráveis aos interesses da ditadura, verde para decisões contrárias e cinza ou branco para decisões neutras (sem repercussão direta em favor ou contra o regime). O resultado é inequívoco: em 227 acórdãos (79,6%) o Tribunal

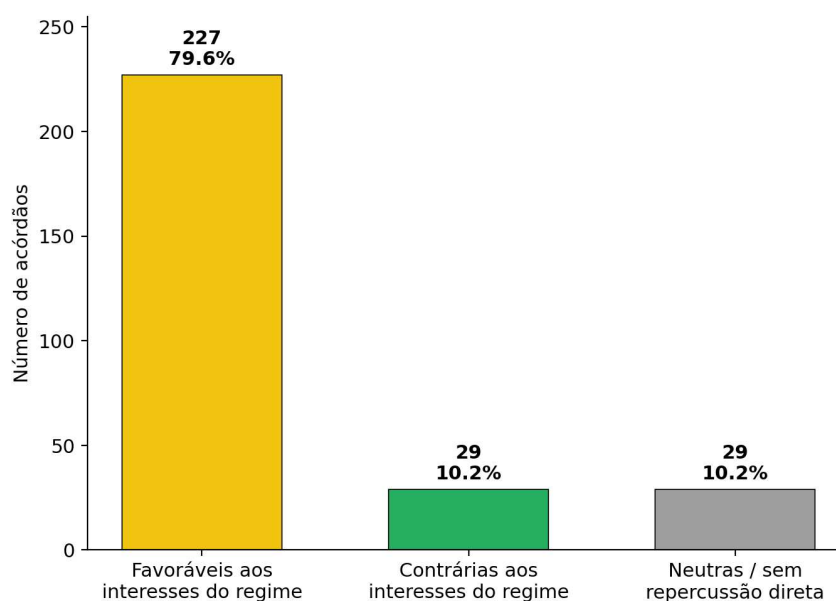
decidiu no sentido pretendido pelo regime, em regra não conhecendo de mandados de segurança por força do art. 19, I, do AI-2 (e, depois, do art. 173, I, da CF/1967 e do art. 181 da CF/1969). Apenas 29 acórdãos (10,2%) contrariaram os interesses da ditadura, e outros 29 (10,2%) mostraram-se neutros.

Tabela 4 – Orientação das decisões do STF (codificação por cor)

Orientação do julgado	Nº	% do total
Favorável aos interesses do regime (amarelo)	227	79,6%
Contrária aos interesses do regime (verde)	29	10,2%
Neutra – nem a favor nem contra (cinza/branco)	29	10,2%
Total	285	100,0%

Fonte: elaborada pelo autor (2023), a partir da base de dados “Acórdãos STF Tese Doutorado”. A categoria “neutra” reúne 19 acórdãos em cinza e 10 sem preenchimento (brancos).

Gráfico 4 – Orientação das decisões em face dos interesses do regime (n = 285)



Fonte: elaborada pelo autor (2023), a partir da base de dados “Acórdãos STF Tese Doutorado”.

A proporção de quase quatro quintos de decisões favoráveis ao regime traduz, em números, a função legitimadora exercida pela jurisdição constitucional durante o período. Não se tratou de um Tribunal frontalmente opositor nem de mero apêndice do Executivo: os 10,2% de decisões contrárias revelam focos de resistência – quase sempre ancorados no controle das “formalidades extrínsecas” –, mas insuficientes para deslocar a regra geral da inapreciabilidade.

4.11.5 Análise geral dos acórdãos

A leitura de conjunto dos 285 acórdãos evidencia que a atuação do Supremo Tribunal Federal no período imediatamente posterior ao golpe civil-militar de 1964 foi

profundamente impactada pelas transformações institucionais promovidas pelos Atos Institucionais, especialmente pelo AI-1 e pelo AI-2. Os processos examinados demonstram um esforço constante do Tribunal para definir os limites de sua própria jurisdição diante das alterações constitucionais promovidas pelo regime – esforço que, como visto, resolveu-se, na imensa maioria das vezes, em favor da exceção.

Parcela significativa dos julgados envolveu mandados de segurança impetrados por agentes públicos, militares, políticos, sindicalistas e servidores civis atingidos por medidas de exceção, tais como cassações de mandatos, demissões, aposentadorias compulsórias, suspensões de direitos políticos e reformas militares. Em grande número desses casos, o STF deixou de apreciar o mérito das pretensões, entendendo que o art. 19 do AI-2 havia excluído da apreciação judicial determinados atos praticados com fundamento nos Atos Institucionais. Esse fenômeno revela uma importante mudança na posição institucional do Tribunal: enquanto em decisões anteriores o STF ainda examinava a legalidade dos atos da Administração, após a edição do AI-2 consolida-se uma jurisprudência que reconheceu limitações expressivas ao controle jurisdicional dos atos da denominada “Revolução de 1964”.

Outro aspecto relevante é a recorrência de conflitos de jurisdição envolvendo a Justiça Militar e a Justiça Comum. Diversos acórdãos discutem a ampliação da competência da Justiça Militar para processar e julgar civis acusados de crimes contra a segurança nacional; nesses casos, o STF frequentemente reconheceu a incidência imediata das novas regras instituídas pelo AI-2, afirmando a competência castrense mesmo em processos iniciados antes da edição do Ato. Verifica-se, ademais, a presença recorrente de lideranças vinculadas ao movimento sindical, ao Partido Comunista Brasileiro (PCB), ao trabalhismo e aos chamados “Grupos dos Onze”, enquadradas em processos relacionados à Lei de Segurança Nacional. Em muitos desses casos, o debate judicial concentrou-se menos na materialidade das acusações e mais na definição do órgão jurisdicional competente.

As observações registradas também demonstram a existência de intenso debate acerca da natureza jurídica dos Atos Institucionais. Em diversos julgados, ministros do Supremo qualificaram-nos como normas dotadas de hierarquia constitucional, empregando expressões como “Diploma Constitucional” (RMS 15.207), “novo direito constitucional” (Rp 609) e “diploma de caráter e vigor idênticos ao da própria Constituição” (CJ 3.133); no MS 14.571, Aliomar Baleeiro chega a reconhecer no AI-1 norma com status de poder constituinte originário. Tais manifestações revelam o esforço de fundamentar juridicamente a coexistência entre a ordem constitucional de 1946 e a nova ordem instaurada pelo regime, e confirmam, no plano empírico, a hipótese central desta tese: a discussão sobre a norma fundamental

(“*grundnorm*”) revolucionária e a leitura kelseniana do fundamento de validade encontram, nas próprias palavras dos ministros, sua tradução jurisprudencial.⁶⁹³

É nesse ponto que a jurisprudência ilustra o esquema das três posições espaciais proposto no marco teórico, segundo o qual os Atos Institucionais podem ser situados *acima*, *abaixo* ou *ao lado* da Constituição. Há acórdãos que os colocam acima do texto constitucional – o RE 81.420 afirma que os atos se colocavam “acima da Constituição”, e o MS 19.817 os descreve como instrumentos de “império”, com imunidade absoluta que “sobrepõe garantias comuns”. Há julgados que os incorporam abaixo, como direito positivo já constitucionalizado, quando o art. 19, I, do AI-2 é absorvido pelo art. 173, I, da Carta de 1967 (MS 14.938) e, depois, pelo art. 181 da de 1969. E há, enfim, a construção de uma ordem ao lado: no RE 75.788, Rodrigues Alckmin sustenta que as “ordens jurídicas institucional e constitucional” não se situam no mesmo plano, permanecendo as normas dos Atos em vigor “em sua própria esfera de validade”; o RE 87.012 fala expressamente em “ordem jurídica desdobrada”, e o MS 20.840 invoca a noção de direito da necessidade (“*NOTRECHT*”). A Corte não adotou, portanto, uma única posição, mas transitou entre as três conforme a conveniência do resultado.

O mecanismo que sustenta a proporção de quase quatro quintos de decisões favoráveis ao regime é a cláusula de inapreciabilidade. Ao reduzir o seu próprio papel à verificação das “formalidades extrínsecas” do ato punitivo (RE 77.477, RE 80.919, RE 65.407, AR 956, RE 72.584), o Tribunal abdicou do exame do mérito. Esse autoconfinamento corresponde, no plano teórico, à leitura schmittiana do soberano que decide sobre a exceção e a subtrai ao controle: ao reconhecer-se incompetente para sindicat o conteúdo dos atos, o STF ratifica a figura do Executivo como “senhor da Constituição”. É justamente nessa estreita fresta – o defeito de forma – que se localizam os principais focos de resistência jurisdicional: no MS 14.571 a ordem foi concedida porque não se assegurara defesa efetiva, e em casos como o RMS 16.541 e a AR 1.054 discutiu-se a ausência de direito de defesa na investigação sumária.

A blindagem dos atos sobreviveu, ademais, à sua própria revogação formal. A Emenda Constitucional nº 11, de 1978, ressaltou os efeitos dos atos praticados, e o STF leu essa ressalva como imunidade ampliada, recusando-se a revisá-los (MS 20.194, MS 20.255, MS 20.757). Na Reclamação 126, o Ministro Clovis Ramallete sustenta que “a Revolução é ato contra as leis” e que sua legitimidade nasce da própria efetividade – argumento que, ironicamente, mobiliza a noção kelseniana de eficácia como condição de validade para justificar aquilo que, na chave schmittiana, seria a decisão soberana sobre o estado de exceção. A fórmula

⁶⁹³As referências aos marcos teóricos mobilizados neste tópico – Kelsen (Teoria pura do direito), Schmitt (Teologia política) e Bobbio (Teoria do ordenamento jurídico) – seguem as edições arroladas nas Referências da tese.

“*Simul esse, simul non esse*”, ali empregada, condensa a recusa do Tribunal em admitir que um mesmo ato fosse, a um só tempo, indene e sindicável. Reaparece, aqui, a teoria dos *bills of indemnity* como técnica de perpetuação jurídica da exceção para além de seu marco temporal.

Embora predominem decisões que reconheceram a validade ou a eficácia dos Atos Institucionais, o levantamento também identifica um conjunto relevante de virada da sindicabilidade. Diversos acórdãos admitiram o controle quando o ato punitivo, embora fundado em Ato Institucional, fora praticado já sob a Constituição de 1967 (RE 77.639, MS 19.547, RE 79.714). No RE 77.639, Baleeiro qualifica o regime como uma “meia-ditadura”, ou “meia-sola na ditadura”, expressão que sintetiza a ambiguidade do período. Já sob a Constituição de 1988, o MS 20.840 rediscute se a nova ordem reabriu a jurisdição sobre atos antes “inapreciáveis”, e o MI 543 traz o voto do Ministro Celso de Mello sobre o “perigoso fascínio do absoluto” e a rejeição, pelo estatuto de 1988, do “poder que oculta”. A superação da exceção não foi, pois, automática, mas resultado de uma reconstrução jurisprudencial gradual.

A composição social dos litigantes constitui outro dado relevante. Entre os 146 acórdãos em que a profissão foi informada, os servidores públicos e demais funcionários constituem o maior grupo (59 ocorrências), seguidos de políticos e parlamentares (24) e militares (20), além de magistrados, sindicalistas, bancários, advogados e procuradores, professores universitários, médicos, engenheiros, vereadores, prefeitos, deputados estaduais e dirigentes partidários. Isso sugere que as medidas repressivas não se limitaram a um único grupo social, alcançando diferentes setores da burocracia estatal, da classe política, das organizações sindicais e da sociedade civil organizada. As observações evidenciam, ainda, o impacto humano das medidas de exceção: muitos acórdãos registram histórias de professores aposentados compulsoriamente, militares reformados, servidores demitidos, prefeitos e vereadores cassados, além de sindicalistas presos ou processados, e, em diversos casos, as notas históricas permitem identificar posteriores processos de reparação moral e institucional promovidos pelo Estado brasileiro.

Por fim, o conjunto dos acórdãos sugere que o STF desempenhou papel ambivalente durante o regime militar, e os números conferem precisão a essa ambivalência. De um lado, com 79,6% de decisões favoráveis, o Tribunal contribuiu decisivamente para a legitimação jurídica dos Atos Institucionais, ao reconhecer sua natureza constitucional e aplicar suas restrições jurisdicionais. De outro, os 10,2% de decisões contrárias – quase sempre ancoradas no controle das formalidades extrínsecas – e a posterior virada da sindicabilidade preservaram, ainda que de forma limitada e episódica, espaços de controle judicial que permitiram o

reconhecimento de direitos individuais em situações específicas. Essa tensão entre acomodação institucional e preservação residual da função jurisdicional constitui uma das principais características da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período analisado – e é nessa instabilidade da fronteira entre direito e exceção que reside o interesse teórico do material reunido nesta pesquisa.

4.12 Afinal, o que era o Ato Institucional segundo as decisões do STF?

Percorrido o conjunto das decisões, impõe-se a pergunta que organiza este último tópico, qual seja, o que era, afinal, o Ato Institucional na compreensão do próprio Supremo Tribunal Federal? A resposta não é unívoca, e essa própria ausência de univocidade é o dado mais revelador. Ao longo de quase quinze anos, os ministros oscilaram entre qualificar o Ato como lei constitucional temporária, como norma de estatuta constitucional, como expressão de poder constituinte revolucionário, como direito excepcional de interpretação restritiva e, por fim, como uma das duas ordens jurídicas coexistentes. Essa instabilidade conceitual não é defeito de técnica, mas sintoma da própria natureza do objeto.

A primeira qualificação, recorrente desde 1965, foi a do Ato como lei constitucional temporária, dotada de prevalência sobre a Constituição de 1946. Essa fórmula, presente nos pareceres de Oswaldo Trigueiro e em diversos acórdãos, colocava o Ato acima da Constituição, mas o fazia em nome de uma transitoriedade que, como já observava Prado Kelly, configurava tão só uma exceção temporária à garantia de inafastabilidade da jurisdição. O problema é que a exceção temporária, como demonstra Agamben, tende estruturalmente a se perpetuar, transformando-se de medida provisória em técnica de governo, de sorte que o provisório se torna a forma permanente do Estado.⁶⁹⁴ A própria sobrevida dos efeitos dos Atos, garantida pela Emenda n. 11/78 e reafirmada pelo STF até a década de 2000, comprova que a temporariedade alegada era, na prática, uma ficção.

A segunda qualificação, a do Ato como norma de estatuta constitucional, aparece de forma exemplar no voto de Aliomar Baleeiro no Conflito de Jurisdição n. 3.133, quando afirma que o AI-2 é diploma de caráter e vigor idênticos ao da própria Constituição, podendo modificá-la em toda extensão. Aqui, o Ato deixa de ser meramente temporário e passa a ser equiparado à Constituição, o que conduz à pergunta sobre qual norma fundamenta a validade de qual. Como procurei demonstrar em trabalho específico, a resposta a essa pergunta exige recuar à teoria do direito positivo de Hans Kelsen e à noção de norma fundamental, a

⁶⁹⁴ AGAMBEN, 2004, p. 11-13.

grundnorm, pressuposto último de validade de toda ordem jurídica, e à leitura de Bobbio, que acrescenta à norma fundamental um conteúdo, qual seja, o de autorizar o poder constituinte a usar a força.⁶⁹⁵ À luz dessa moldura, sustentei que o AI-1, e não o AI-5, foi a materialização da norma fundamental da ordem jurídica da ditadura, o fundamento último de validade tanto dos demais Atos quanto da própria recepção do direito anterior ao golpe.⁶⁹⁶

Os debates do Supremo, lidos retrospectivamente, corroboram essa leitura de maneira impressionante. Quando Themistocles Cavalcanti, no caso Goulart, distingue o que a Constituição de 1967 aprovou, isto é, os atos praticados com base nos Atos, daquilo que ela não aprovou, isto é, os Atos em si mesmos, ele tateia precisamente a diferença entre a norma fundamental e as normas dela derivadas. Quando o parecer de Afonso Arinos distingue o ato com a minúsculo do Ato com A maiúsculo, descrevendo este último como fonte de poder, está a nomear, com outras palavras, a função de fundamento de validade que o AI-1 desempenhava. E quando Bobbio define a norma fundamental como aquela que autoriza os detentores do poder a usar a força, legitimando-a, descreve com exatidão o que o preâmbulo do AI-1 fez ao afirmar que a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma.⁶⁹⁷

É nesse ponto que as categorias trabalhadas nos capítulos anteriores se articulam em um quadro coerente. A noção de estado de exceção de Giorgio Agamben fornece a chave estrutural, pois o Ato Institucional é o dispositivo por excelência da exceção, aquele que suspende a norma mantendo-a formalmente em vigor, criando a zona de indistinção entre dentro e fora do Direito. A categoria de legalidade autoritária de Anthony Pereira fornece a chave funcional, pois explica por que o regime brasileiro, podendo simplesmente governar pela força nua, preferiu judicializar a repressão e revestir a exceção com a forma da lei, contando com tribunais dispostos a harmonizar seus veredictos com a concepção de legalidade do regime.⁶⁹⁸ A ideia de utopia autoritária de Carlos Fico fornece a chave subjetiva, pois capta a crença sincera dos agentes do regime de que viviam, apesar de tudo, em um estado de direito, ainda que autoritário, crença que aflora nas atas do Conselho de Segurança Nacional e nos próprios votos dos ministros.⁶⁹⁹ E a noção de textura aberta da exceção de Cristiano Paixão fornece a chave operacional, pois descreve o mecanismo concreto pelo qual o regime transitava livremente entre Ato Institucional e Emenda Constitucional, mantendo sempre aberta a

⁶⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 217 e 226.

⁶⁹⁶ SARTOTI, 2024, p. 348-351.

⁶⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Edunb, 1994, p. 58-67.

⁶⁹⁸ PEREIRA, 2010, p. 284-285.

⁶⁹⁹ FICO, 2017, p. 58-60.

possibilidade de decretar a exceção, em uma espécie de direito quântico, sempre disponível para a manipulação.⁷⁰⁰

Convém explicitar como cada uma dessas chaves opera sobre o material empírico reunido neste capítulo. A leitura agambeniana ilumina, por exemplo, o voto de Aliomar Baleeiro no caso de Curitiba, quando afirma que o poder revolucionário mantém a Constituição porque quer. Essa frase é a definição perfeita da zona de indistinção, pois nela a Constituição não é nem revogada nem plenamente vigente, e sim conservada por um ato de vontade que a qualquer momento poderia suspendê-la. Do mesmo modo, o confinamento de Jânio Quadros, validado como medida de segurança sem prazo e sem cominação legal, materializa a categoria da força de lei sem lei, e a tese da ultratividade, vitoriosa no caso Goulart, é a tradução jurídica da exceção que se prolonga para além de sua vigência formal. Em todos esses casos, o que está em jogo não é a ausência de Direito, mas a sua suspensão por dentro, que é exatamente o que Agamben descreve.⁷⁰¹

A chave de Pereira, por seu turno, permite compreender por que o Supremo importava para o regime. Pereira sustenta que os regimes autoritários judicializam a repressão porque podem contar com tribunais dignos de confiança, cujos veredictos se harmonizam com a concepção de legalidade do regime e não contestam as bases do poder autoritário. O STF foi, em larga medida, esse tribunal, mas um tribunal ambivalente, que ora harmonizava seus veredictos com a exceção, ora lhe opunha resistências pontuais, como nos casos de Curitiba e no confinamento de Jânio. Essa ambivalência não desmente a tese de Pereira, antes a confirma, pois a legalidade autoritária precisava de uma Corte minimamente crível, e uma Corte inteiramente servil não cumpriria essa função legitimadora. A aposentadoria de Evandro Lins, Victor Nunes e Hermes Lima pelo AI-5 mostra, de outro lado, o limite que o regime impunha a essa resistência quando ela ameaçava as bases do poder.⁷⁰²

A chave de Carlos Fico, finalmente, ajuda a explicar o que se pode chamar de boa consciência dos agentes do regime. A utopia autoritária designa a crença sincera de que se vivia, apesar de tudo, em um estado de direito, ainda que autoritário, crença que aflora não apenas nas atas do Conselho de Segurança Nacional, analisadas em outro trabalho, mas também nos votos dos próprios ministros, que repetidamente afirmavam acatar a Constituição enquanto a

esvaziavam.⁷⁰³ É essa utopia que torna possível a frase de Amaral Santos, segundo a qual a lei elaborada pelo Estado revolucionário deve ser interpretada conforme o regime revolucionário, sob pena de negar a própria Revolução. Aqui, a interpretação jurídica se confunde com a fidelidade ao regime, e o Direito se converte em instrumento de autoconservação da exceção. A divergência que mantenho com Fico, e em alguma medida com Paixão, já exposta em trabalho anterior, não está na descrição do fenômeno, mas na sua qualificação, pois onde eles veem contradição ou ambiguidade, vejo a marca coerente e distintiva do uso do direito pela ditadura brasileira, marca cuja peça central é justamente o Ato Institucional.⁷⁰⁴

Há, entre esses autores, diferenças de ênfase que merecem registro. Para Fico, e em certa medida para Paixão, a dicotomia entre normalidade e excepcionalidade configuraria uma contradição ou uma ambiguidade do regime. A leitura que aqui se sustenta, desenvolvida a partir da análise das decisões do STF, é a de que não se trata propriamente de contradição, mas da marca distintiva e coerente do uso do direito pela ditadura brasileira. O Ato Institucional não era uma anomalia que convivia, por acaso, com uma Constituição democrática. Ele era a peça que tornava possível, e logicamente articulada, a convivência entre exceção e normalidade dentro de um mesmo ordenamento. Foi exatamente isso que os ministros do Supremo, mesmo sem dispor do vocabulário teórico de Agamben ou de Pereira, perceberam e nomearam quando falaram em duas ordens jurídicas, em ultratividade da lei excepcional e em direito revolucionário.

Daí a resposta à pergunta deste tópico. Para o STF, o Ato Institucional foi, simultaneamente, tudo aquilo que as diferentes qualificações sugeriam, porque era, na verdade, a norma que decidia sobre a aplicação de todas as outras. Acima da Constituição quando preciso, ao lado dela quando conveniente, temporário no discurso e permanente nos efeitos, o Ato era a forma jurídica da soberania tal como definida por Schmitt e a materialização da norma fundamental tal como concebida por Kelsen e Bobbio. As decisões analisadas neste capítulo mostram um Tribunal que, sem nunca ter formulado essa síntese de modo explícito, conviveu cotidianamente com ela, ora aplicando-a, ora resistindo-lhe nas suas margens.

Vale enfrentar diretamente a pergunta espacial que a doutrina e os próprios ministros se faziam, qual seja, se o Ato Institucional estava acima, abaixo ou ao lado da Constituição. As três respostas foram efetivamente dadas no interior do Supremo. Estava acima da Constituição quando Oswaldo Trigueiro o descrevia como lei constitucional temporária de

prevalência indiscutível sobre a Carta de 1946, ou quando Baleeiro afirmava que o AI-2 podia modificá-la em toda extensão. Estava abaixo da Constituição na leitura de Themistocles Cavalcanti e de Victor Nunes Leal no caso Goulart, para quem os Atos, não reproduzidos pela Constituição de 1967, só poderiam sobreviver em categoria inferior à dela. E estava ao lado da Constituição na tese das duas ordens jurídicas, formulada por Miguel Reale e por Rodrigues Alckmin, segundo a qual a ordem institucional e a ordem constitucional coexistiam em planos distintos. A impossibilidade de fixar uma única posição não é falha do intérprete, mas propriedade do objeto, pois o Ato Institucional era, a rigor, a norma que determinava em que posição todas as outras se encontravam.

É aqui que a teoria do direito positivo oferece a chave que articula as três respostas. Como sustentei em trabalho específico, a posição peculiar do Ato, simultaneamente acima, ao lado e fora da Constituição, só se torna inteligível quando se o compreende não como uma norma situada em algum ponto da pirâmide, mas como a norma fundamental que dá fundamento de validade à própria pirâmide.⁷⁰⁵ A *grundnorm* kelseniana não está acima nem abaixo da Constituição no sentido topográfico, pois ela é o pressuposto de validade de toda a ordem, e é exatamente essa a função que o AI-1 desempenhou. Quando Gonçalves de Oliveira afirma que o Ato Institucional é ato igual à Constituição, e quando o parecer de Afonso Arinos o descreve como fonte de poder de que os atos do governo são consequência, ambos tateiam, com o vocabulário disponível, essa função de norma fundante. A diferença é que, no Brasil, a norma fundamental não permaneceu pressuposta e hipotética, como em Kelsen, mas foi posta, escrita e assinada, no preâmbulo redigido por Francisco Campos sob inspiração schmittiana.⁷⁰⁶

Disso decorre que a oposição entre norma constitucional e norma de exceção, que estrutura boa parte do debate, é, no caso do Ato Institucional, uma falsa oposição. O Ato não era uma norma constitucional que, por acidente, produzia efeitos excepcionais, nem uma norma de exceção que, por contingência, assumia forma constitucional. Ele era a forma jurídica pela qual a exceção se fez norma fundamental, ou seja, o instrumento que permitiu que a suspensão do Direito fosse, ela mesma, juridicamente fundada. É nesse sentido preciso que a categoria agambeniana do estado de exceção e a hipótese da *grundnorm* autoritária se encontram, pois ambas descrevem o mesmo paradoxo, a saber, o de uma ordem jurídica que inscreve em seu próprio fundamento a possibilidade permanente de se suspender. A legalidade autoritária de Pereira é o nome do regime político que opera essa inscrição, a utopia autoritária de Fico é o

⁷⁰⁵ SARTOTI, Rodrigo Alessandro. A *grundnorm* da ditadura militar brasileira: o ato institucional. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 305-357, jul./dez. 2024.

nome da crença que a torna habitável para os seus agentes, e a textura aberta de Paixão é o nome do mecanismo que a mantém sempre disponível. As decisões do STF analisadas neste capítulo são o registro empírico desse encontro, o lugar onde, caso a caso, voto a voto, o Brasil escreveu a sua exceção na linguagem da norma.

Essa conclusão ajuda a iluminar, por fim, o destino da exceção na democracia. Se o Ato Institucional foi a norma fundamental que inscreveu a suspensão do Direito no próprio fundamento da ordem, a sua revogação meramente formal pela Emenda n. 11/78, com a ressalva dos efeitos, significou que essa inscrição não foi apagada, mas apenas recoberta. A jurisprudência da indenidade, examinada na seção anterior, e a posterior validação da Lei de Anistia de 1979 pelo Supremo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, em 2010, prolongaram para o tempo democrático a lógica segundo a qual os atos de força do regime permanecem subtraídos a um ajuste de contas pleno. A condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund, ainda em 2010, por considerar a autoanistia incompatível com a Convenção Americana no tocante às graves violações de direitos humanos, instaurou uma nova dualidade, agora entre a ordem interna e a ordem internacional, que é, em certo sentido, a herdeira contemporânea daquela dualidade entre ordem constitucional e ordem revolucionária identificada pelos ministros nos anos 1970. A textura aberta da exceção, como se vê, não se fechou de todo com o fim do regime.

Há, ainda, uma ironia final que a análise das decisões deixa entrever. No célebre debate com Hans Kelsen, Carl Schmitt sustentara que o guardião da Constituição deveria ser o chefe do Executivo, e não um tribunal, pois só o titular do poder soberano poderia decidir sobre a exceção. A ditadura brasileira, ao conceber o Ato Institucional como expressão do poder constituinte do presidente da República, realizou, à sua maneira, a fórmula schmittiana, fazendo do chefe do Executivo não o guardião, mas o verdadeiro senhor da Constituição, aquele que a mantinha, nas palavras de Baleeiro, porque queria. Ao Supremo coube o papel subalterno de registrar, caso a caso, os limites dessa guarda, função que ora exerceu com resignação, ora com resistência. A pergunta sobre o que era o Ato Institucional é, por isso, inseparável da pergunta sobre o que era o Supremo sob a ditadura, e a resposta, em ambos os casos, passa por reconhecer a ambivalência como dado estrutural, e não como acidente de percurso.⁷⁰⁷

Resta uma última observação, que projeta o problema para além do recorte temporal aqui estudado. A legalidade autoritária, precisamente por ter sido gradualista e conservadora, contou com a participação de parcela significativa do Judiciário e das forças armadas, que

continuaram a desfrutar de legitimidade na democracia, razão pela qual o Brasil, ao contrário da Argentina e do Chile, não enfrentou uma reação reformista capaz de desmontar as bases da exceção.⁷⁰⁸ É essa herança que explica por que, até hoje, a Justiça brasileira ainda se vê às voltas com os efeitos jurídicos dos Atos, e por que o acerto de contas com os crimes da ditadura permanece, em larga medida, uma tarefa inconclusa, transferida da esfera judicial para a memória e a cultura.⁷⁰⁹ Compreender o que foi o Ato Institucional, à luz das decisões do Supremo, é também compreender por que a exceção, uma vez instalada sob a forma de norma fundamental, projeta a sua sombra muito além do fim formal do regime que a criou.⁷¹⁰

Em síntese, a leitura dos 203 acórdãos analisados neste capítulo permite afirmar que o Supremo Tribunal Federal não teve, diante dos Atos Institucionais, uma única e coerente doutrina, mas um repertório de respostas que oscilavam conforme o caso, a composição da Corte e o momento político. Em alguns julgados, sobretudo entre 1965 e 1968, os ministros enfrentaram o mérito, debateram a natureza jurídica dos Atos e, em situações pontuais, opuseram-lhes limites, valendo-se da própria autolimitação que o regime dizia ter-se imposto. Em outros, especialmente após o AI-5, limitaram-se a aplicar a cláusula de exclusão, convertendo o não conhecimento em rotina. Essa oscilação não autoriza nem a tese do tribunal de resistência, nem a do tribunal de adesão, mas confirma a hipótese de um tribunal atravessado pela ambiguidade constitutiva da legalidade autoritária. Mais do que isso, ela revela que a pergunta sobre o que era o Ato Institucional não comportava, para o próprio Supremo, resposta única, justamente porque o Ato era a norma que se reservava o poder de ser, a cada caso, o que a exceção exigisse. É com esse achado que se encerra a análise das decisões e se prepara o terreno para as conclusões gerais da tese.

CONCLUSÃO

Como o Supremo Tribunal Federal interpretou os Atos Institucionais durante a ditadura? Tratou-se de uma interpretação ratificadora da natureza autoritária dos Atos? Eram estas as perguntas que abriram a pesquisa que aqui se encerra. Partimos da hipótese inicial de que o STF não conheceu da maioria das ações e dos recursos relacionados aos Atos Institucionais, em razão da cláusula de afastamento da jurisdição neles inscrita, e de que, quando conheceu, teria adotado uma postura de apoio à ditadura em seu uso autoritário do direito.

No entanto, a análise dos acórdãos do Plenário do STF revelou um Tribunal muito mais complexo em sua relação com os militares no poder, de modo que não é possível afirmar, sem mais, que o Supremo, como um todo, legitimou os Atos Institucionais. Essa constatação, longe de enfraquecer a tese, obriga a enunciá-la com precisão, e é o que estas páginas finais procuram fazer, retomando o percurso dos quatro capítulos.

Convém, antes de retomar os achados, lembrar a arquitetura do argumento e, sobretudo, os quatro conceitos operacionais que a sustentam. No capítulo 1, o estado de exceção foi definido a partir de Giorgio Agamben, para quem a exceção não é o caos que antecede a ordem, mas a suspensão do direito que se instala dentro do próprio direito, criando uma zona de indistinção entre direito e não direito. A essa matriz somaram-se três chaves de leitura, que percorreram toda a investigação. A *legalidade autoritária* de Anthony W. Pereira mostrou como os regimes autoritários governam por meio de formas jurídicas e dos próprios tribunais, e foi essa categoria que se viu operar, no capítulo 3, na doutrina que justificou os Atos, e, no capítulo 4, na atuação do Supremo que chancelou a figura do Ato Institucional. A *utopia autoritária* de Carlos Fico nomeou a crença, cara aos agentes do regime, de que a violência de exceção seria o preço de uma ordem futura, crença que reaparece, quase literal, nos preâmbulos dos Atos e na ideia de uma revolução ainda em marcha. A *textura aberta da exceção* de Cristiano Paixão descreveu o uso seletivo de atos institucionais e emendas para conservar e aprofundar os poderes do regime, e foi essa plasticidade que permitiu à ditadura ora suspender a Constituição, ora exibi-la, conforme a conveniência. No capítulo 2, percorreu-se a doutrina constitucional brasileira sobre a exceção em dois tempos, da primeira metade do século XX até 1964 e, no presente, entre 2010 e 2020. No capítulo 3, analisaram-se os textos integrais dos dezessete Atos Institucionais e o modo como os manuais os interpretaram entre 1964 e 1985. No capítulo 4, enfim, examinaram-se as decisões do STF, de 1964 a 1978, nos casos relacionados aos Atos. É a costura desses quatro momentos, lidos pelas quatro chaves

conceituais, que sustenta a tese aqui defendida.

Logo no início desta Tese, verificou-se ser possível a existência de um direito autoritário, isto é, uma forma jurídica capaz de legitimar atitudes governamentais antidemocráticas e violentas. Continuará sendo direito, ainda que sobre ele pairasse, como constante, a exceção da própria ordem jurídica. E foi esta a concepção de direito presente no regime imposto ao Brasil a partir de 1964, um verdadeiro *estado de exceção permanente* sob a forma de uma ditadura militar. A expressão direito autoritário não é um paradoxo retórico, mas a descrição precisa de um ordenamento que conserva a forma, o vocabulário e os rituais do direito enquanto esvazia a sua função de limite ao poder. Daí decorre uma primeira conclusão sobre a importância do direito para a ditadura: longe de prescindir da juridicidade, o regime dela necessitou para se apresentar como legítimo, governando através do direito, e não à margem dele. O direito da ditadura, por sua vez, não foi a ausência de direito, mas um direito da exceção, autoritário em sua estrutura e em seus fins, que tinha no Ato Institucional a sua peça primordial.

Hoje, embora a exceção possua lugar bem definido na Constituição de 1988, a doutrina constitucional brasileira, em regra, não compreende esse paradigma da exceção dentro do direito, ou seja, desconhece ou ignora o real significado da suspensão do direito e da instalação de uma *legalidade extraordinária* que, como prova a história recente do Brasil, pode estabelecer-se a despeito do que a Constituição expressamente determina, sendo esta incapaz de impedir a exceção, pois a exceção se aloja no interior do próprio direito.

Ao discorrer sobre a defesa do Estado e das instituições democráticas na ordem de 1988, a doutrina ignora quase por completo o período da ditadura militar. Há uma crença implícita de que 1964 não se repetirá porque a Constituição de 1988 delimita expressamente o estado de exceção e prevê o controle político pelo Congresso e o controle jurisdicional pelo Judiciário. Trata-se, como se sustentou no capítulo 2, de um otimismo que ainda não acertou as contas com a história.

Essa cegueira do presente tem relação direta com o período posterior a 1964, no qual a doutrina da época tratou com naturalidade a existência de uma legislação de exceção que se sobrepôs à Constituição de 1946 e, depois, se arvorou em instrumento de um poder constituinte revolucionário capaz de outorgar nova Constituição ao país. Para essa doutrina, estava-se diante de um movimento “revolucionário” detentor de poder constituinte originário permanente, e não de uma ditadura que, conforme seus interesses, alterava a ordem constitucional.

Cabe deter-se nesse conceito de revolução, porque foi ele a peça-mestra da legitimação doutrinária, como evidenciou o capítulo 3. Os manuais do período, de Paulino Jacques a Heber Americano Silva, de Rosah Russomano a Roberto Piragibe da Fonseca, empenharam-se em nomear o evento de 1964 como revolução, e não como golpe, porque dessa palavra dependia tudo o mais. Se houve revolução vitoriosa, então haveria poder constituinte originário, e os Atos Institucionais seriam suas expressões legítimas; se houve golpe, restaria apenas a força nua. Heber Americano Silva chegou a equiparar instituir e constituir, admitindo que o Ato Institucional emanava de um poder constituinte fáctico e exercia, portanto, função constitucional. A escolha da palavra revolução, longe de ser descrição neutra, era já um ato de fundamentação, e é essa operação que melhor se compreende quando se trata o Ato Institucional como conceito, no sentido de Reinhart Koselleck, ao mesmo tempo índice de uma experiência autoritária acumulada e fator que projetava o horizonte de uma ordem nova.

A doutrina do período construiu, assim, um discurso jurídico para legitimar a existência da figura do Ato Institucional dentro do ordenamento. Para esses autores, havia uma linearidade entre os Atos, a partir do primeiro, de 9 de abril de 1964, como se formassem um ordenamento apartado daquele vinculado à Constituição de 1946. É possível afirmar, portanto, que a doutrina constitucional brasileira, durante a ditadura, legitimou a figura do Ato Institucional. O caso de Carlos Ayres Britto é dos mais eloquentes, e não sem ironia histórica, vindo de quem viria a ser ministro do próprio Supremo na democracia. Ao analisar, em 1977, a vigência dos atos complementares ao AI-5, Ayres Britto descreveu com exatidão técnica a coexistência de dois conjuntos normativos e reconheceu que o AI-5 derogava a Constituição de 1967 naquilo que lhe fosse incompatível, tornando-se o documento cancelador da própria Constituição. Mesmo o rebaixamento formal do AI-5 após a Emenda n. 1 de 1969 não lhe retirava, segundo o autor, a superioridade substancial sobre o texto constitucional. Ao afirmar que era o Ato que cancelava a Constituição, e não o contrário, Ayres Britto formulou, ainda que sem intenção crítica naquele momento, a própria estrutura que esta Tese identifica como a da norma fundamental da ditadura.

Eis a primeira tese que se dá por demonstrada: a doutrina constitucional brasileira entre 1964 e 1985 conseguiu legitimar a existência dos Atos Institucionais. E o fez, em boa medida, apoiada na doutrina anterior a 1964, da primeira metade do século XX, que já vinha admitindo expedientes autoritários, com a hipertrofia do Poder Executivo e o uso do estado de sítio como instrumento de governo. Há, assim, uma linha de continuidade entre o repertório doutrinário anterior a 1964, reconstruído no capítulo 2, e a legitimação dos Atos Institucionais

examinada no capítulo 3. Mais do que isso, alguns autores examinados, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, atravessaram incólumes a redemocratização, figurando tanto entre os juristas da ditadura quanto entre os da ordem de 1988, sinal de que certas matrizes do pensamento constitucional brasileiro não foram, jamais, plenamente confrontadas.

A partir do problema desta pesquisa, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal não foi simplesmente um tribunal subserviente à ditadura militar. Embora muitos ministros lhe tenham sido fiéis, isso não foi unanimidade no Tribunal. Como exposto no capítulo 4, foram muitos os casos emblemáticos de enfrentamento entre o Supremo e o regime, envolvendo figuras públicas notórias e magistrados. Nos casos de “anônimos”, por sua vez, o STF assumiu posturas variadas, ora ignorando os Atos Institucionais para adentrar o mérito dos recursos, ora deixando de conhecer recursos e ações originárias por força do afastamento da apreciação jurisdicional previsto nos Atos.

A análise quantitativa e qualitativa dos acórdãos confirma esse quadro de complexidade. Dos 285 acórdãos do Plenário reunidos e analisados, a maioria, cerca de 80%, orientou-se em sentido favorável ao regime, ao passo que a natureza jurídica dos Atos Institucionais foi expressamente enfrentada em parcela reduzida dos casos, em torno de 13%. Ainda assim, em 173 acórdãos houve debate de mérito, e foi neles que se tornou visível a disputa interpretativa que percorreu o Tribunal. O dado quantitativo, portanto, não deve ser lido isoladamente: se o resultado agregado pende para a chancela da exceção, o exame qualitativo dos votos revela um Supremo dividido, atravessado por concepções antagônicas sobre o que era e como deveria ser aplicado o Ato Institucional.

Merecem destaque, nesse ponto, os 36 acórdãos em que os ministros enfrentaram expressamente a natureza jurídica do Ato Institucional. É neles que a disputa conceitual se torna mais nítida, pois ali o Tribunal não discute apenas o caso concreto, mas o próprio estatuto da figura que tinha diante de si. Esses debates foram reveladores, porque mostram ministros divergindo sobre questões fundamentais, se o Ato Institucional era norma constitucional ou supraconstitucional, se podia ou não ser contrastado com a Constituição, se as garantias por ela asseguradas sobreviviam à sua incidência. A indefinição conceitual que se observou na doutrina, examinada no capítulo 3, reaparece, assim, no interior do próprio Supremo, e confirma a tese, desenvolvida a partir de Koselleck, de que o Ato Institucional era um conceito em disputa, e não um dado estável a ser simplesmente aplicado. Os trinta e seis acórdãos são, nesse sentido, o lugar em que a história do conceito se faz jurisprudência.

Com efeito, embora os Atos Institucionais afastassem da jurisdição a análise dos

atos da ditadura neles fundados, na maioria dos casos julgados pelo Pleno que versavam sobre os Atos e seus efeitos o STF ignorou tal dispositivo e adentrou o mérito de processos que discutiam medidas tomadas com base na legislação de exceção.

Os recursos interpostos pela União e pelos Estados que chegaram ao Supremo mostraram, ademais, que muitos tribunais estaduais ignoraram o afastamento da jurisdição e julgaram o mérito de cassações e demissões levadas a cabo pelo Executivo com base nos Atos Institucionais, chegando a desconstituí-las.

Nos casos em que os ministros enfrentaram o mérito, nos mandados de segurança de competência originária e nos recursos, houve intensos debates, nos quais se confrontaram ministros apoiadores da ditadura, ou por ela nomeados, e ministros críticos ao regime, alguns deles cassados depois. Nesses debates travados no Plenário, constatou-se uma verdadeira disputa sobre a concepção do que, afinal, era a figura jurídica do Ato Institucional e sobre como deveria ser interpretada. Em vários julgados despontou a tese de que o Ato Institucional deveria ser lido como uma espécie de autocontenção da própria ditadura, de modo que os militares, ao aplicá-lo, não poderiam ignorar suas disposições nem as normas legais dele derivadas. Foi assim que alguns ministros, a exemplo de Evandro Lins e Silva, conseguiram, ou ao menos tentaram, corrigir arbitrariedades do regime. Era como se dissessem à ditadura que, embora regime de força, deveria observar os seus próprios atos normativos, ainda que absolutamente excepcionais e contrários à ordem constitucional de 1946.

Os votos vencidos analisados no capítulo 4 merecem, aliás, menção particular, pois é neles que a tradição liberal soterrada pela maioria sobrevive como voz dissidente. Assim como Pedro Lessa, no início da República, sustentou em voto vencido o dever de o Judiciário sindicarem a veracidade dos pressupostos de fato da exceção, também os ministros vencidos da era da ditadura insistiram em que o controle judicial não podia deter-se na superfície das formalidades extrínsecas. O voto vencido é, por isso, mais do que registro de uma derrota, pois preserva, no interior do próprio Tribunal, a memória da função que a Corte deveria ter exercido, e estabelece a continuidade, ao longo de quase um século, entre o gesto de Lessa e o dos ministros que, sob os Atos Institucionais, recusaram-se a converter a exceção em regra. Lidos em conjunto, esses votos demonstram que a sindicabilidade nunca esteve ausente do horizonte do Supremo, mas foi, em cada época, vencida.

Por outro lado, a interpretação conservadora e autoritária, sustentada pelos ministros da ditadura e por alguns não ligados ao regime, manifestou-se na insistência em manter a cláusula de afastamento da jurisdição para não conhecer dos recursos e das ações

originárias, bem como na postura de ignorar que o direito de defesa, assegurado pelas Constituições de 1946 e de 1967, não era observado pelos agentes da ditadura na maioria dos casos em que se aplicavam as disposições dos Atos.

A concepção do Ato Institucional como fio condutor de toda a legalidade da ditadura era clara aos militares. Essa noção foi compreendida e chancelada pelo STF nas decisões analisadas, ainda que muitos ministros tenham lido o Ato Institucional como uma *figura da exceção*, uma *legislação “revolucionária”*, em sintonia com a doutrina brasileira sobre o estado de exceção até então. Eis o conceito jurídico que emerge das decisões: o Ato Institucional foi tratado como norma de hierarquia superior à das próprias Constituições, fonte primeira da legalidade do regime, simultaneamente dentro e acima da ordem constitucional.

A postura do STF, ou de alguns ministros, de buscar na natureza jurídica dos Atos Institucionais ou em sua literalidade algum meio de *enfrentar* a ditadura, decerto não faz do Tribunal um defensor da democracia no período, nem um Tribunal de *resistência*. Mostra, porém, que não há como ler o Supremo de 1964 a 1985 como simples tribunal adesista. Os debates impressos nos 173 acórdãos em que houve enfrentamento de mérito revelam a complexidade do Tribunal e o fato de que, em muitas situações, os Atos Institucionais foram ali interpretados como leis de exceção e leis autoritárias.

Não por acaso, a postura de ignorar a cláusula de afastamento da jurisdição é um dos motivos pelos quais o STF esteve, durante toda a ditadura, na mira dos militares, o que ensejou o empacotamento do Tribunal quando o AI-2 elevou de onze para dezesseis o número de ministros e quando o AI-6 alterou em vários pontos a sua competência em recursos e mandados de segurança.

Uma parte dos ministros, adeptos da ditadura, procurou esquivar-se dos Atos Institucionais escudando-se nos artigos que afastavam a jurisdição: optaram por lavar as mãos. Outros tentaram furar a barreira que apartava a jurisdição e mergulharam no mérito, enfrentando a obscura natureza jurídica do Ato Institucional e buscando contradições no interior do *direito da ditadura*: optaram por tentar fazer algo.

A postura de “autocontenção” judicial adotada pela maioria do Supremo, que remonta ao histórico julgamento do *habeas corpus* n. 300, em 1892, e foi radicalizada durante a ditadura, contrasta drasticamente com o dever de sindicabilidade defendido por Pedro Lessa. O *habeas corpus* n. 300 é, aliás, o marco inaugural dessa gramática, pois foi ali que a maioria do Tribunal, diante do estado de sítio decretado em 1892, recusou-se a examinar o mérito de

questões ditas políticas, fixando um precedente de autocontenção que atravessaria décadas e ressurgiria, robustecido, sob os Atos Institucionais. Enquanto o Tribunal, sob a égide dos Atos, limitava-se ao exame de meras “formalidades extrínsecas” para validar cassações e demissões, abdicando de examinar o mérito ou a veracidade dos motivos, Lessa sustentava que o Judiciário, como guardião último da Constituição, jamais poderia recuar diante de justificativas políticas quando direitos individuais estivessem em jogo. À luz da Teoria do Desvio de Poder, a aceitação cega de requisitos puramente formais, como a simples existência da “investigação sumária” prevista no art. 7º do AI-1, ignorava que a finalidade de tais atos era, não raro, o arbítrio persecutório e a eliminação de antagonistas, dinâmica que o jurista denunciava como a transformação da lei em uma “mole de arbítrio”. Para Lessa, o estado de exceção não poderia constituir um espaço anômico ou um “vazio jurídico”; restringir o controle judicial à forma configurava, assim, uma omissão que permitia à legalidade autoritária converter o desvio de finalidade em norma legítima. O que a Corte classificava como prudência técnica era, na visão do ministro, uma renúncia à prerrogativa de conter o despotismo do Executivo, deixando que a força operasse sem os limites de uma norma viva.

A trajetória do STF durante o regime de exceção, por outro lado, não deve ser lida apenas como uma série de omissões pontuais, mas como uma ruptura institucional ativa com a tradição jurídica liberal brasileira consolidada por Lessa e Rui Barbosa. Enquanto essa linhagem afirmava que nenhum pretexto político poderia embargar a proteção das garantias fundamentais violadas por decretos de exceção, a maioria do Tribunal, a partir de 1964, abdicou dessa função protetiva. Ao validar as cláusulas de exclusão de apreciação judicial inscritas nos Atos Institucionais, a Corte operou uma conversão deliberada da exceção em regra. Esse posicionamento rompeu com o paradigma de Lessa que, em seu célebre voto vencido no Caso Macedo Soares, defendia que o estado de sítio não autorizava o governo a agir com discricionariedade absoluta. O Caso Macedo Soares é, com efeito, o reverso exato da postura majoritária que se via sob a ditadura, pois nele Lessa afirmou que cabia ao Judiciário investigar se os pressupostos fáticos da exceção realmente existiam, em vez de aceitá-los pela simples palavra do Executivo. O limite intransponível contra a força foi substituído por uma blindagem jurídica chancelada pelo próprio Tribunal, que permitiu ao Executivo moldar o texto constitucional conforme seus interesses voluntaristas.

Essa linha que vai de 1892 aos anos da ditadura encontra ainda um marco decisivo no chamado caso Café Filho, em que o Supremo, diante da impossibilidade de retorno do presidente afastado, curvou-se ao fato consumado e à razão de Estado, convalidando uma

situação de força sob o argumento da inutilidade de decisão contrária. O caso Café Filho é instrutivo porque mostra, antes mesmo de 1964, o Tribunal abdicando de sua função de controle diante de um fato político consumado, num gesto que prefigura a postura que adotaria, em escala muito maior, sob os Atos Institucionais. Do *habeas corpus* n. 300, em 1892, ao caso Café Filho, na década de 1950, e daí às decisões analisadas no capítulo 4, desenha-se uma mesma gramática de deferência diante da força política, contra a qual se ergueram, em cada época, os votos vencidos que reivindicavam a sindicabilidade.

Essa ruptura com a tradição liberal representa a passagem de um modelo que visava limitar o arbítrio para outro que passou a legitimá-lo sob a égide da “vontade revolucionária”. A escola de Barbosa e Lessa, no início da República, preconizava que o Direito deveria ser a barreira definitiva contra o arbítrio, exigindo o controle rigoroso dos atos políticos para evitar o esvaziamento da legalidade. As raízes desse recuo jurisdicional, contudo, assentam-se no já mencionado julgamento de 1892, quando a maioria do STF inaugurou uma gramática de autocontenção ao recusar-se a examinar o mérito de questões ditas políticas, precedente que enfraqueceu precocemente a supremacia constitucional.

Com o golpe de 1964, essa cisão tornou-se definitiva, ao substituir a ideia do Direito como limite pela racionalidade da “revolução como fonte de direito”. O regime aprofundou o recuo do Tribunal, valendo-se dos Atos Institucionais para cassar competências da magistratura e concentrar poderes no Chefe do Executivo. Afastando-se do papel de contrapeso esperado por seus fundadores liberais, a maioria do STF validou o cerceamento de suas próprias atribuições de controle, operando como peça da engenharia jurídica autoritária e chancelando a instrumentalização política da legislação.

Em termos conceituais, a tradição jurídica liberal assentava-se na premissa de que o ordenamento deveria prevalecer mesmo em períodos de grave crise institucional, de modo que a supremacia da vontade popular expressa na Constituição se impusesse sobre a vontade circunstancial dos governantes, rejeitando-se a ideia de que a crise pudesse paralisar a tutela de direitos. Essa herança sofreu erosão profunda com a ascensão da Doutrina de Segurança Nacional. A ditadura transformou a exceção em fonte normativa originária e esvaziou a função revisora da Corte; ao restringir o controle judicial a aspectos formais e periféricos, o Tribunal anuiu com uma zona de indistinção em que a força do soberano prevalecia sobre a legalidade material, exatamente o paradigma agambeniano descrito no capítulo 1.

É nesse contexto que a teoria de Hans Kelsen foi instrumentalizada pelo regime como dispositivo de legitimação técnica, capaz de converter a ruptura do golpe em nova fonte

de Direito. Juristas da ditadura, com destaque para Paulino Jacques, mobilizaram a chamada “hodierna teoria jurídica das revoluções” para sustentar que a eficácia de um movimento vitorioso institui o seu próprio Poder Constituinte, que se legitima por si mesmo e prescinde de assembleia representativa. Para Jacques, o Ato Institucional, por emanar diretamente dessa força constituinte encarnada no comando revolucionário, possuía status equivalente ao da Constituição e, por ser norma de “império”, não poderia ser contrastado por órgãos subalternos, como o Judiciário. Essa captura técnica do positivismo permitiu apresentar atos puramente de força como “normas postas”, justificadas pelo “direito de necessidade” (*Notrecht*), argumento com que Jacques validou o recesso parlamentar e a suspensão do *habeas corpus*.

Tal apropriação consistiu, contudo, em evidente distorção do pensamento de Kelsen que, democrata e vítima do totalitarismo na Europa, condenava o alinhamento da ciência jurídica a ideologias autoritárias. Em última análise, a obra de Paulino Jacques exemplifica como a doutrina da época ergueu uma legalidade autocrática, na qual a “vontade revolucionária” materializada no preâmbulo do AI-1 passava a funcionar, artificialmente, como a norma fundamental (*Grundnorm*) de todo o novo ordenamento. Aqui se encontra o cerne da segunda tese: o Ato Institucional ocupou posição acima das Constituições, operando como espécie de norma fundamental do direito da ditadura militar.

Ao resgatar o imperativo de Pedro Lessa quanto ao dever de o Judiciário sindicar a veracidade dos pressupostos de fato da exceção, revela-se que as doutrinas das “questões políticas” e das “formalidades extrínsecas” operaram como artifícios retóricos, destinados a conferir verniz de normalidade a um regime estruturado na violência. Enquanto Lessa sustentava ser indispensável o controle material, o Supremo abrigou-se em exame meramente procedimental das normas de exceção, num cenário em que a manutenção da vigência formal da Constituição servia, paradoxalmente, para mascarar o arbítrio. O confronto entre o rigor liberal e a omissão da Corte expõe que a limitação do controle à forma foi o dispositivo central da legalidade autoritária para converter o desvio de poder em direito posto, neutralizando o papel do Judiciário como resistência à força bruta.

O objetivo desta Tese era demonstrar que o STF conferiu legitimidade jurídica aos Atos Institucionais, ajudando a sedimentar o uso autoritário do direito praticado pela ditadura militar. Essa constatação confirma-se: o Supremo, efetivamente, legitimou a figura jurídica do Ato Institucional em suas decisões do período. Por outro lado, é preciso reconhecer que essa legitimação da figura jurídica não chegou a legitimar, de modo definitivo e sem fissuras, o uso autoritário do direito perpetrado pela ditadura. Os intensos debates entre os ministros

comprovam uma permanente disputa no interior do Tribunal, voltada a afastar, de algum modo, as arbitrariedades do regime de exceção. Daí por que não cabe uma leitura maniqueísta: nem Tribunal de resistência, nem simples tribunal subserviente, o Supremo legitimou a figura do Ato Institucional sem com isso silenciar a controvérsia sobre o seu alcance.

Costurados os quatro capítulos, a tese pode ser enunciada em uma frase: a ditadura militar brasileira não suspendeu o direito, ela governou por meio dele. O capítulo 1 ofereceu as categorias para compreendê-lo, ao mostrar, com Agamben, Pereira, Fico e Paixão, que a exceção é uma forma jurídica, e não a sua ausência. O capítulo 2 revelou que a doutrina constitucional, antes e depois de 1964, forneceu, e ainda fornece, o solo em que a exceção germina, seja ao naturalizar a hipertrofia do Executivo, seja ao silenciar sobre a ditadura. O capítulo 3 mostrou os Atos Institucionais como a tradução normativa dessa exceção e, ao buscar um conceito jurídico-historiográfico para o Ato Institucional, revelou que nem mesmo a doutrina que o defendia conseguia nomeá-lo com precisão, sinal de que se estava diante de uma figura nova, que articulava direito e exceção de modo inédito. O capítulo 4 demonstrou como o Supremo, ao cancelar a figura do Ato Institucional, integrou a engenharia jurídica do regime, ainda que por entre disputas, e como essa mesma indefinição conceitual reapareceu nos debates entre os ministros.

Se há uma lição que atravessa toda a investigação, é a de que o direito foi essencial para a ditadura, e não acessório. O regime fez questão de falar a língua da lei, de outorgar atos, de fundamentar exposições de motivos, de manter o Congresso e o Judiciário em funcionamento, ainda que mutilados. O direito da ditadura foi precisamente isso: um direito da exceção, que tinha no Ato Institucional a sua norma fundamental, que se colocava acima das Constituições e que convertia a vontade do comando revolucionário em fonte última de validade. Compreender esse direito é compreender que a barbárie, no Brasil, vestiu a toga e empunhou o código.

Por isso, recolocar a pergunta sobre o que foi a exceção no Brasil não é exercício de erudição histórica, mas tarefa do presente. Enquanto a doutrina constitucional continuar a tratar a exceção como mero sistema de crises previsto e controlável, e enquanto persistir o silêncio sobre a participação dos juristas no regime, permaneceremos vulneráveis a novas capturas autoritárias do direito. A memória do que o Supremo fez, e do que deixou de fazer, entre 1964 e 1978 é, nesse sentido, parte da defesa da democracia de 1988.

O STF entre 1964 e 1978 foi, portanto, um Tribunal complexo, palco de disputas jurídicas e políticas sobre o direito na ditadura militar.

REFERÊNCIAS

I) Fontes primárias

a) Livros de direito constitucional

- BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.
- BARBOSA, Ruy. **O estado de sítio** – sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro, Cia. Impressora, 1982.
- BARBOSA, Ruy. **Commentarios à Constituição Federal Brasileira**. Vol. II. São Paulo: Saraiva e cia., 1933.
- BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. **Manual de Direito Público e de Direito Constitucional Brasileiro**. Salvador: Joaquim Ribeiro e Duas Américas, 1914.
- BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares à edição do AI-5. **Revista da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro**, n. 32, 1977.
- CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Constituição de 1946. 4. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Manual da Constituição**. Rio de Janeiro: Zahar. 1960.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.
- DÓRIA, Antônio de Sampaio. **Direito Constitucional** – curso e comentários à Constituição. Primeiro tomo. 3. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1953.
- EDITOR, O. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Diretor da Faculdade de Direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 68, n. 2, p. 459-477, 1973. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66685>. Acesso em: 7 fev. 2023.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.
- FERREIRA, Luís Pinto. **Da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.
- FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. Tomo 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**: teoria da constituição; as constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.
- JACQUES, Paulino. **A Constituição Explicada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- LIMA, Alcides Mendonça. **As novidades da Constituição Federal de 1976** - segundo a Emenda n. 1, de 1969. São Paulo: Juriscredi, 1971.
- MALUF, Sahid. **Curso de Direito Constitucional**. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1973.
- MALUF, Sahid. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- MARQUES, Silva. **Elementos de direito público e constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Benjamin de Aguiar, 1919.
- MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.
- PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- PINTO FERREIRA, Luís. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- ROSA, Alcides. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Autora, s/d.
- RUSSOMANO, Rosah. **Lições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1968.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O estado de emergência**. São Paulo: RT, 1990.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SILVA, Heber Americano. **Direito Constitucional**. O homem e a sociedade; o estado constitucional brasileiro. 1º volume. 3. ed. Bauru: Jalovi, 1976.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EdUSP, 2021.
- VARELA, Alfredo. **Direito constitucional brasileiro** – reforma das instituições nacionais. Rio de Janeiro: Typographia, 1899.

b) Legislação

Ata da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/reuniao/index.html>> Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL, **Ato Institucional n. 1**, de 09 de abril de 1964.

BRASIL, **Ato Institucional n. 2**, de 27 de outubro de 1965.

BRASIL, **Ato Institucional n. 3**, de 05 de fevereiro de 1966.

BRASIL, **Ato Institucional n. 4**, de 07 de dezembro de 1966.

BRASIL, **Ato Institucional n. 5**, de 13 de dezembro de 1968.

BRASIL, **Ato Institucional n. 6**, de 01 de fevereiro de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 7**, de 26 de fevereiro de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 8**, de 02 de abril de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 9**, de 25 de abril de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 10**, de 16 de maio de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 11**, de 14 de agosto de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 12**, de 01 de setembro de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 13**, de 05 de setembro de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 14**, de 05 de setembro de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 15**, de 11 de setembro de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 16**, de 14 de outubro de 1969.

BRASIL, **Ato Institucional n. 17**, de 14 de outubro de 1969.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, Brasília, DF: Presidência da República, 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 jan. 2023.

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil**, Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL, **Decreto n. 791, de 10 de Abril de 1892** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1892. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-791-10-abril-1892-506799-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 7 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978**. Brasília, DF: Presidência da República, 1978. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Transcrição do áudio da 43ª Sessão do Conselho de Segurança Nacional, 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/reuniao/index.html>> Acesso em: 10 jan. 2023.

EUA. **Constitution of the United States**. Washington, DC: United States Senate, 1787. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 20 dez. 2022.

c) Acórdãos do STF

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 40865**. Relator: Pedro Chaves. Julgamento: 05 ago. 1964. Publicação: 05 nov. 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação nº 602**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 30 nov. 1964. Publicação: 22 dez. 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14517**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 13 maio 1965. Publicação: 16 jun. 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 15207**. Relator: Pedro Chaves. Julgamento: 07 jun. 1965. Publicação: 29 set. 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 13297**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 14 jun. 1965. Publicação: 11 ago. 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 15291**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 23 set. 1965. Publicação: 08 dez. 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação nº 633**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 21 out. 1965. Publicação: 08 dez. 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 42730**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 02 dez. 1965. Publicação: 02 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 42753**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 02 dez. 1965. Publicação: 16 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 42758**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 02 dez. 1965. Publicação: 16 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14723**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 03 fev. 1966. Publicação: 16 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3061**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 03 fev. 1966. Publicação: 18 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14702**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 16 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 42614 (extensão)**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 16 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14750**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 23 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14755**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 23 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14749**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 23 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14855**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 30 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14842**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14915**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14906**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14963**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14847**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14879**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14919**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14922**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14942**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14900**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14901**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14828**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14881**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14935**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14876**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14805**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 22 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14913**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14846**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14962**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14704**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14918**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14835**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14816**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14887**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14802**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14857**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14923**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14824**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14926**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14854**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14882**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 16 fev. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3118**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 17 fev. 1966. Publicação: 30 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3109**. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamento: 17 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14607**. Relator: Antonio Villas Boas. Julgamento: 17 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14949**. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamento: 17 fev. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14848**. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamento: 17 fev. 1966. Publicação: 22 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14722**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14834**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14955**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14936**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14941**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14822**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14934**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14838**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14858**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14886**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14898**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14859**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14952**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14645**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14880**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14931**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14980**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14751**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14878**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14907**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14817**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14814**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14752**. Relator: Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14948**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14927**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14823**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 08 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14971**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14820**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14939**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14827**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14799**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14982**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14932**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14781**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14987**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14806**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14831**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14877**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14788**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14748**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 02 mar. 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14825**. Relator: Aliomar Baleeiro. Julgamento: 03 mar. 1966. Publicação: 23 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14851**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 03 mar. 1966. Publicação: 28 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Criminal nº 1585**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 03 mar. 1966. Publicação: 16 nov. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14850**. Relator: Aliomar Baleeiro. Julgamento: 09 mar. 1966. Publicação: 13 abr. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14844**. Relator: Pedro Chaves. Julgamento: 09 mar. 1966. Publicação: 27 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14874**. Relator: Pedro Chaves. Julgamento: 09 mar. 1966. Publicação: 27 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14860**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 17 mar. 1966. Publicação: 01 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14724**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 23 mar. 1966. Publicação: 11 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14864**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 23 mar. 1966. Publicação: 11 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14670**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 23 mar. 1966. Publicação: 11 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14843**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 23 mar. 1966. Publicação: 11 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3077**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 23 mar. 1966. Publicação: 08 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Criminal nº 1061**. Relator: Prado Kelly. Julgamento: 23 mar. 1966. Publicação: 08 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14863**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 23 mar. 1966. Publicação: 15 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3123**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 24 mar. 1966. Publicação: 18 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14862**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 24 mar. 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3127**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 24 mar. 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Criminal nº 1074**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 30 mar. 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14896**. Relator: Adalício Nogueira. Julgamento: 31 mar. 1966. Publicação: 11 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3133**. Relator: Aliomar Baleeiro. Julgamento: 31 mar. 1966. Publicação: 27 maio 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação nº 609**. Relator: Lafayette de Andrada. Julgamento: 28 abr. 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3134**. Relator: Prado Kelly. Julgamento: 28 abr. 1966. Publicação: 21 set. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3056**. Relator: Prado Kelly. Julgamento: 28 abr. 1966. Publicação: 28 set. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14856**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14883**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14803**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14780**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14829**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14832**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14908**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14804**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14841**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14853**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14836**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14912**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14916**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14961**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14940**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14921**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14650**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14984**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 04 maio 1966. Publicação: 24 jun. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 15886**. Relator: Victor Nunes. Julgamento: 26 maio 1966. Publicação: 27 jun. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3039**. Relator: Carlos Medeiros. Julgamento: 01 jun. 1966. Publicação: 05 out. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3155**. Relator: Pedro Chaves. Julgamento: 01 jun. 1966. Publicação: 26 out. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Criminal nº 1075**. Relator: Antonio Villas Boas. Julgamento: 08 jun. 1966. Publicação: 28 set. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Criminal nº 1582**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 08 jun. 1966. Publicação: 26 out. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3499**. Relator: Prado Kelly. Julgamento: 19 jun. 1966. Publicação: 05 abr. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14875**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 20 jun. 1966. Publicação: 12 out. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Criminal nº 1077**. Relator: Cândido Motta. Julgamento: 20 jun. 1966. Publicação: 19 dez. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14746**. Relator: Victor Nunes. Julgamento: 22 jun. 1966. Publicação: 21 set. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14845**. Relator: Victor Nunes. Julgamento: 22 jun. 1966. Publicação: 21 set. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 16204**. Relator: Victor Nunes. Julgamento: 22 jun. 1966. Publicação: 28 set. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14909**. Relator: Victor Nunes. Julgamento: 22 jun. 1966. Publicação: 28 set. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14888**. Relator: Victor Nunes. Julgamento: 22 jun. 1966. Publicação: 05 out. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14705**. Relator: Antonio Martins Vilas Boas. Julgamento: 04 ago. 1966. Publicação: 09 nov. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Criminal nº 1577**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 24 ago. 1966. Publicação: 26 maio 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3209**. Relator: Pedro Chaves. Julgamento: 31 ago. 1966. Publicação: 12 abr. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3062**. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamento: 14 set. 1966. Publicação: 16 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3165**. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamento: 21 set. 1966. Publicação: 30 nov. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14905**. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamento: 21 set. 1966. Publicação: 19 dez. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14819**. Relator: Prado Kelly. Julgamento: 29 set. 1966. Publicação: 05 abr. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Criminal nº 1591**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 05 out. 1966. Publicação: 30 ago. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14904**. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 19 out. 1966. Publicação: 19 dez. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3200**. Relator: Prado Kelly. Julgamento: 19 out. 1966. Publicação: 05 abr. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14644**. Relator: Adalício Nogueira. Julgamento: 09 nov. 1966. Publicação: 19 dez. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14884**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 08 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 15904**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 08 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14914**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 08 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14917**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 08 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 15014**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 08 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14830**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 08 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14943**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 08 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14866**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 08 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14611**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 08 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 14983**. Relator: Hermes Lima. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 16 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação nº 634**. Relator: Evandro Lins. Julgamento: 30 nov. 1966. Publicação: 16 mar. 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 3193**. Relator: Eloy da Rocha. Julgamento: 14 dez. 1966. Publicação: 19 abr. 1967.

II) Bibliografia

50 ANOS do golpe civil militar. **G1**, Brasília, 31 mar. de 2014. Disponível em: <<http://glo.bo/1hUS3lm>>. Acesso em: 12 dez. de 2022.

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 105, pp. 225-276, jul./dez. 2012, p. 258.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

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

ALVES, Marcelo Mayora. **Os penalistas na ditadura civil-militar**: As ciências criminais e as justificativas da ordem. 2016. 423 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil 1964-1985**. Bauru: EdUSC, 2005.

ARAÚJO, M. P.; FICO, C.; GRIN, M. (orgs.) **Violência na história**: memória, trauma e reparação. Rio de Janeiro: Ponteiro, 2012.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

AZEVEDO AMARAL. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Brasília: EdUnB, 1981.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade; PAIXÃO, Cristiano. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 6, p. 57-78, 2008.

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

BAUER, Caroline Silveira; GERTZ, René E. Arquivos de regimes repressivos: fontes sensíveis da história recente. In: PINSKY, Carla Bassanezi; DE LUCA, Tania Regina. (Org.). **O historiador e suas fontes**. São Paulo: Contexto, 2009.

BEDÊ JUNIOR, Américo. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 50, n. 197, p. 161-174, jan./mar. 2013.

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas**: magia e técnica, arte e política. Trad. Sérgio Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da Ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

BLOCH, Marc. **Apologia da história ou o ofício do historiador**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4. ed. Brasília: EdUnB, 1994.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et. alii. Brasília: UnB, 1998

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2008.

BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 5588/SP**. Rel. Min. Eros Roberto Grau, 18 mar. 2009.

BUZAID, Alfredo. Rumos Políticos da Revolução Brasileira. **Boletim da Associação dos Serventuários da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 89, abr/jun 1970, p. 37-63.

BUZZONI, Henrique D'Aragona (org.). **Arcadas no tempo da ditadura**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Heloísa Fernandes. Estado de sítio na história constitucional brasileira: o início republicado sob “estado de emergência”. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. **STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?** 2017. 259 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. Genealogia do Ato Institucional - entre legalidade, exceção e legalidade excepcional. **História do Direito – Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 272-299, mar. 2022. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954>>. Acesso em: 09 dez. 2022.

CERQUEIRA, Marcelo. **Cartas constitucionais: império, república e autoritarismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CODATO, Adriano N. e GUANDALINI Jr., Walter. Os autores e suas ideias: um estudo sobre a elite intelectual e o discurso político no Estado Novo. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, n. 32, 2003. p. 145-164.

COMBLIN, Joseph. **A Ideologia da Segurança Nacional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica**. Ensaio sócio-semiológico. Trad. Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

CORREAS, Óscar. **El otro Kelsen**. Cidade do México: UNAM, s/d.

CORREAS, Óscar. **Kelsen y los marxistas**. Cidade do México: Coyoacán, 1994.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: uma introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DREIFUSS, René Armand. **1964: a conquista do estado - ação política, poder e golpe de classe**. Trad. de Else Ribeiro Pires Vieira et al. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

FARGE, Arlette. **O sabor do arquivo**. São Paulo: EdUSP, 2009.

- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Col. de Sérgio Fausto. 14. ed. São Paulo: EdUSP, 2015.
- FERREIRA, Emanuel de Melo. **A difusão do autoritarismo e resistência constitucional**. 2022. 404 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022.
- FERREIRA, Jorge Luiz; REIS FILHO, Daniel Aarão. **Revolução e democracia**. V. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- FICO, Carlos et al. (orgs.). **Ditadura e democracia na América Latina**: balanços históricos e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- FICO, Carlos. **Além do golpe**: a tomada do poder em 31 de março de 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- FICO, Carlos. **Como eles agiam** - os subterrâneos da ditadura militar: espionagem e polícia política. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- FICO, Carlos. Ditadura militar brasileira: aproximações teóricas e historiográficas. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 9, n. 20, p. 05-74. jan./abr. 2017.
- FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 24, n. 47.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. O deserto e o vulcão: reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil, in **Forum Historiae Iuris**. Frankfurt-am-Main, 2012. Disponível em: <http://www.forhistiur.de/zitat/1206fonseca.html>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Advocacia da liberdade**: a defesa nos processos políticos. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FRANÇA, Andréa da Conceição Pires. **Doutrina e legislação**: os bastidores da política dos militares no Brasil (1964-1985). 2009. 204 f. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- GAGNEBIN, Jeanne Marie. **Lembrar, esquecer, escrever**. São Paulo: Editora 34, 2006.
- GALVÃO, Laila Maia. **História constitucional brasileira na Primeira República**: um estudo da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 1923. Florianópolis, 2013 222 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina.
- GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- GASPARI, Elio. **As ilusões armadas**: a ditadura envergonhada. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- GROSSI, Paolo. O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 32, p. 138-183, 1999.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. Categorias: história dos conceitos, história das ideias, história dos dogmas jurídicos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 5-35, 2018.
- HESPANHA, António Manuel. **História das instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982. p. 35.

- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1988.
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Uma história. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.
- KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KONDER, Leandro. **Introdução ao fascismo**. Rio de Janeiro: Graal, 1977.
- KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Tradução de Manoel Luis Salgado Guimarães. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146, 1992.
- KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
- KUPERMAN, Esther. Revisitando o golpe. In: STAMPA, Inez; RODRIGUES, Vicente. **Ditadura e transição democrática no Brasil**: o golpe de estado de 1964 e a (re)construção da democracia. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2016.
- KUSHNIR, Beatriz. De ordem superior... Os bilhetinhos da censura e os rostos das vozes. In: GOMES, Angela de Castro (org.). **Escrita de si, escrita da história**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.
- LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Trad. Bernardo Leitão. 5. ed. São Paulo: EdUnicamp, 2003.
- LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e autoritarismo**: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964. 2018. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) – Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.
- LINS E SILVA, Evandro. **O Salão dos passos perdidos**: depoimento ao CPDOC [Entrevistas e notas: Marly Silva da Motta, Verena Alberti; Edição de texto Dora Rocha]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; FGV, 1997.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- LOHN, R. L. **Relações políticas e ditadura**: do consórcio autoritário à transição controlada. In: BRANCHER, A.; LOHN, R. L. Histórias na ditadura: Santa Catarina 1964-1985. Florianópolis: UFSC, 2014.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF. **Consultor Jurídico**, jul/2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>. Acesso em: 10 dez. 2022.

LÖWY, Michel. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant; [trad. das teses] Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza. O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. **Quaestio Iuris**. v. 5, n. 2, p. 85-136, dez. 2012.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MADEIRA PINTO, Francisco Rogério. **A formação do pensamento jurídico–autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo**: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva. Tese (Doutorado em Direito) 284 p. Brasília, Universidade de Brasília, 2018.

MADEIRA PINTO, Francisco Rogério. Francisco Campos e o cinismo constitucional. **REJUR - Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 2, n. 4, p. 39-66, jul./dez. 2018b.

MAFEI, Rafael. **Como remover um presidente**: teoria, história e prática do impeachment no Brasil. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

MAIA, Clóvis Ramallete. Revolução como fonte de direito. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 7, n. 32, p. 94-105, nov./dez. 1974.

MAIA, Clóvis Ramallete. Tratamento jurídico das revoluções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 6, n. 22, abr./jun. 1969.

MAIA, Daniele Lovatte. Em torno de Francisco Campos: ideias autoritárias, Estado nacional e democracia substancial. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 1-24, 2025.

MARQUARDT NETO, Roland Hamilton. A metodologia da história em Reinhart Koselleck: análise e aplicação à pesquisa jurídica. **Revista Brasileira de História do Direito**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 129-150, jul./dez. 2015.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Estado de exceção e mudança (in)constitucional no Brasil (1935-1937). **Revista de História Constitucional**, n. 14, 2013.

MARX, Karl. **O 18 Brumário de Luís Bonaparte**. Trad. Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MATTOS, Marco Aurélio Vanucchi Leme de. Contra as reformas e o comunismo: a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no governo Goulart. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 25 n. 49, jan./jun. 2012.

MENDANHA, Soraya; VILAR, Isabela. Congresso anula sessão que afastou Jango e abriu caminho para o Golpe de 1964. **Agência Senado**, Brasília, 21 nov. de 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/21/congresso-anula-sessao-que-afastou-jango-e-abriu-caminho-para-o-golpe-de-1964>>. Acesso em: 12 dez. de 2022.

MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (coords.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro - 1930 - dias atuais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Passados presentes**: o golpe de 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

NAPOLITANO, Marcos. **1964**: história do regime militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014.

NERI, Emanuel. Para juristas, estado de sítio é garantia da democracia. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 11 de dezembro de 1985, p. 06. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/113183>> Acesso em: 10 fev. 2023.

NETTO, João Paulo. **Pequena história da ditadura militar brasileira** (1964-1985). São Paulo: Cortez, 2014.

PAIXÃO, C. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria**, v. 13, n. 26, 2011.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, L. A. A. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, p. 57-78, 2008.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO, C. P. O conceito de crise constitucional: esboço, delimitação e sua aplicação à história do Brasil República. In: WEHLING, Arno; Siqueira, GUSTAVO; BARBOSA, Samuel. (Org.). **História do Direito: entre rupturas, crises e discontinuidades**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). **Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno**. N. 43, Tomo I, 2014.

PAIXÃO, Cristiano. Direito à verdade, à memória e à reparação. In: PAIXÃO, Cristiano; SOUSA JUNIOR, José Geraldo; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; FONSECA, Livia; RAMPIN, Talita. (org.). **Direito Achado na Rua**, vol. 7 - Introdução Crítica à Justiça de Transição na América Latina. 1. ed. Brasília: UnB, 2015, v. 1.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**. Ano 13, n. 26. Jul/Dez 2011, p.146-169.

PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). **História do Direito: RHD**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 227-241, jul./dez. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Koselleck de história dos conceitos e a reconstrução da história do direito. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 124, p. 361-385, jun./set. 2019.

PEIXOTO, Rodrigo Luz. O Supremo Tribunal Federal e o estado de sítio na República Velha: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o estado de sítio, do início da República até a Revolução de 30 (1983-1930). **Quaestio Iuris**. vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Os atos institucionais em face do direito administrativo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 47, p. 77-114, jul. 1978.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi, A Lei e o vazio: entrevista com Jeanine Nicolazzi Philippi. **Captura Críptica: direito, política, atualidade**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 289-305, 2022.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. As modulações do direito contemporâneo em um breve exercício de filosofia do direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

PIVATTO, Priscila Maddalozzo. Leituras republicanas: produção e difusão de livros de Direito Constitucional brasileiro na Primeira República. **História** (São Paulo) v.30, n.2, p. 144-178, ago/dez 2011.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Cinquenta Anos de um Conflito: o embate entre o Ministro Ribeiro da Costa e o General Costa e Silva sobre a reforma do STF (1965), **Revista Direito GV**, v. 21, n. 1, p. 323-342, 2015.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição: contornos do conceito**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2013.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REIS FILHO, Daniel Aarão. **Ditadura e democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

REIS, Antônio Carlos Konder. Projeto de Constituição - Parecer da Comissão Mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 87, jan/mar 1967, p.338-377.

REIS, Daniel Aarão; RIDENTI, Marcelo; MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **O golpe e a ditadura militar - quarenta anos depois (1964-2004)**. Bauru: Edusc, 2004.

REIS, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I, 1891-1898. Defesa das liberdades civis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo II, 1900-1910. Defesa do Federalismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio (orgs.) **Os advogados e a ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Vozes, 2010.

SABADELL, Ana Lucia. Reflexões metodológicas na História do Direito. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, vol. 2, n. 4, 2003.

SANTOS, Fabricia Cristina de Sá. **Legalidade autoritária: uma análise comparativa (Brasil e Argentina) sobre o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal e da Corte Suprema de Justiça nos julgamentos dos processos de habeas-corpus durante a ditadura militar – 1964/1969 e 1976/1983**. 2018. 248 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2018.

SARTOTI, Rodrigo Alessandro. **Juristas e ditadura: uma história política da Faculdade de Direito da UFSC durante a ditadura militar (1964-1968)**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/183431>. Acesso em: 23 jun. 2026.

SARTOTI, Rodrigo. **Juristas e ditadura**. Repressão e resistência na Faculdade de Direito da UFSC. Florianópolis, Insular, 2019.

SARTOTI, Rodrigo Alessandro. A *grundnorm* da ditadura militar brasileira: o ato institucional. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 305-357, jul./dez. 2024.

SARTOTI, Rodrigo Alessandro. Ainda estou aqui coloca a ditadura militar no banco dos réus. **JOTA**, São Paulo, 7 fev. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e>

[analise/artigos/ainda-estou-aqui-coloca-a-ditadura-militar-no-banco-dos-reus](#). Acesso em: 17 jun. 2026.

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

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 207.

SCHMITT, Carl. O Führer protege o Direito. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, FGV, 2011.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 5. ed. Campinas: EdUnicamp, 2015.

SEELAENDER, Airtton Cerqueira-Leite. Juristas e ditadura: uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airtton Cerqueira-Leite (orgs.). **História do direito em perspectiva**. Do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2009.

SEELAENDER, Airtton Cerqueira-Leite; CASTRO, Alexandre Rodrigues de. Um jurisconsulto adaptável – Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (org.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255-291.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016.

SILVA, Ricardo. **A ideologia do estado autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. Revistas jurídicas brasileiras: “cartografia histórica” de um gênero de impressos (anos 1840 a 1940). **CAJUR - Caderno de Informações Jurídicas**, n. 1, v. 1, 2014.

SIMÕES, Teotonio. **Repensando Alberto Torres**. São Paulo: Semente, 1981.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Vida e morte da ditadura: 20 anos de autoritarismo no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1984.

SOUZA, André Peixoto de. Uma historiografia para a cultura jurídica brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

SPIELER, Paula; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord). **Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar: 1964-1985**. Curitiba: Edição do Autor, 2013.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

TELES, Edson. **Democracia e estado de exceção: transição e memória política no Brasil e na África do Sul**. São Paulo: FAP-UNIFESP, 2015.

TORRES, Mateus Gamba. **Política, discurso e ditadura: O Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos recursos ordinários criminais (1964-1970)**. 2014. 235 f. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

TURIN, Rodrigo. **História dos conceitos**. [S. l.: s. n.], [s.d.]. (Metodologia da Pesquisa Histórica, Aula 10).

URTADO, Daniela; JESUS, Diego Kubis. Pesquisa mostra nomes dos constitucionalistas mais citados pelo STF. **Migalhas**, mar/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/341201/pesquisa-mostra-nomes-dos-constitucionalistas-mais-citados-pelo-stf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

UTZIG, Mateus do Prado. **Autoritarismo em transição**: as medidas de emergência na ditadura militar brasileira (1974-1984). 2022. 353 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Contracorrente, 2022.

VALÉRIO, Otávio L. S. **A toga e a farda**: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969). Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina penal nazista**. A dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Trad. Rodrigo Murad Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.