



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Instituto de Estudos Sociais e Políticos

Wingler Alves Pereira

**O “oráculo da Constituição”:**

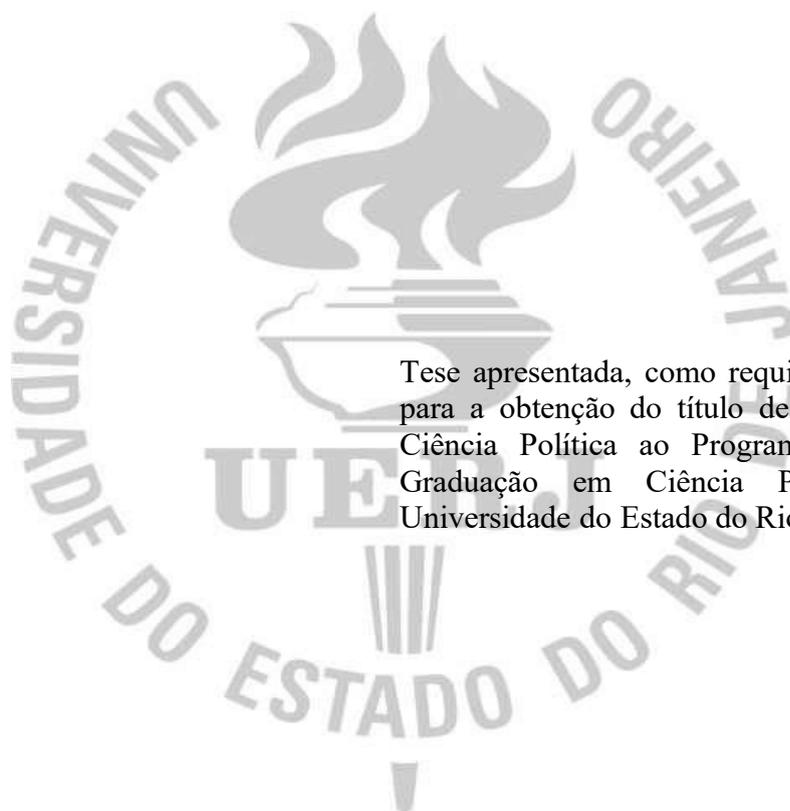
**o conceito de *quarto poder* e os liberais judicialistas (1860-1968)**

Rio de Janeiro

2023

Wingler Alves Pereira

**O “oráculo da Constituição”:  
o conceito de *quarto poder* e os liberais judiciaristas (1860-1968)**



Tese apresentada, como requisito parcial,  
para a obtenção do título de Doutor em  
Ciência Política ao Programa de Pós-  
Graduação em Ciência Política, da  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. Christian Edward Cyril Lynch

Rio de Janeiro

2023

## CATALOGAÇÃO NA FONTE

UERJ / REDE SIRIUS / BIBLIOTECA CCS/D - IESP

P436 Pereira, Wingler Alves.  
O “oráculo da Constituição”: o conceito de quarto poder e os liberais  
judiciaristas (1860-1968) / Wingler Alves Pereira. – 2023.  
201f.

Orientador: Christian Edward Cyril Lynch.  
Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade do Estado do Rio de  
Janeiro, Instituto de Estudos Sociais e Políticos.

1. Liberalismo – Brasil – Teses. 2. Poder judiciário – Questões políticas  
– Brasil – Teses. 3. Nacionalismo – Brasil – Teses. 4. Ciência política – Teses.  
I. Lynch, Christian Edward Cyril. II. Universidade do Estado do Rio de  
Janeiro. Instituto de Estudos Sociais e Políticos. III. Título.

CDU 329.12(81)

Rosalina Barros CRB-7 / 4204 - Bibliotecária responsável pela elaboração da ficha catalográfica.

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta  
tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Wingler Alves Pereira

**O “oráculo da Constituição”:  
o conceito de *quarto poder* e os liberais judiciaristas (1860-1968)**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, em Ciência Política ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em 03 de abril de 2023.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Christian Edward Cyril Lynch (Orientador)  
Instituto de Estudos Sociais e Políticos – UERJ

---

Prof. Dr. Paulo Henrique Paschoeto Cassimiro  
Instituto de Estudos Sociais e Políticos – UERJ

---

Prof. Dr. Joaquim de Arruda Falcão Neto  
Academia Brasileira de Letras

---

Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira  
Fundação Getúlio Vargas/SP

---

Prof. Dr. Daniel Sarmento  
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2023

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao Instituto de Estudos Sociais e Políticos, por ter me acolhido e, em especial, ao meu orientador, Christian Lynch, pela sua generosidade e confiança. Seguramente eu não teria tido a coragem e a segurança de mudar de rota para desenvolver uma tese no campo da ciência política, e não no do direito, sem a sua ajuda. Hoje posso afirmar, sem vacilar, que me sinto feliz e realizado por ter tomado esta bela decisão.

Também não teria chegado até aqui sem os valiosos ensinamentos dos professores e pesquisadores do Iesp-Uerj, seja nas disciplinas obrigatórias, sobretudo nos seminários de tese ministrados pelas professoras Leticia Pinheiro e Cristina Buarque; seja nas inúmeras eletivas que fiz, pela sua alta qualidade; seja em conversas informais de corredor. Agradeço, ainda, aos professores Fernando Fontainha e Gustavo Silveira Siqueira, da Faculdade de Direito da Uerj, pelas críticas ao trabalho de pesquisa durante a banca de defesa de projeto de tese.

Aos meus colegas do grupo de pesquisa Beemote sou imensamente grato pelas nossas conversas e reuniões. Sem essas trocas, não teria tido condições de prosseguir com qualidade na pesquisa. Agradeço a todos vocês, na pessoa do querido Helio Cannone, pela paciência e comprometimento, ao, no longo do ano de 2019, tomar a iniciativa de retomar as reuniões para a “nova geração”. Não poderia deixar de agradecer, ainda, às preciosas e atentas leituras de partes da tese, em diferentes momentos e situações, que foram feitas pela Ana Rosa e pelo Paulo Cassimiro.

Ainda no âmbito do Iesp-Uerj, sou grato pelo trabalho diligente dos funcionários da biblioteca, em nome da Rosângela, e aos da secretaria, em nome da Louise e Leonardo, que em diversos momentos me auxiliaram de maneira ágil em trâmites burocráticos. Estendo meus agradecimentos a todos os demais funcionários que permitem a boa rotina do Instituto.

Agradeço também a todos do Instituto Max Planck de História do Direito e Teoria do Direito, em nome da coordenadora de pesquisa Stefanie Rüther, pela incrível *Summer Academy* 2022, realizada na cidade de Frankfurt am Main, em que pude participar, após dois longos anos pandêmicos, com a apresentação de trabalho e o contato com professores e pesquisadores, jovens e sêniores, de todos os cantos do planeta. Sempre carregarei essa experiência de forma muito especial, por todo o suporte financeiro e intelectual que me foi proporcionado, ainda que no curto período de duas semanas, que, pela intensidade, parecem ter durado bem mais.

Aos professores e pesquisadores componentes da banca de defesa de tese, Joaquim de Arruda Falcão Neto, Oscar Vilhena Vieira, Daniel Sarmiento e Paulo Cassimiro, sou grato pela

disponibilidade e pela leitura criteriosa do trabalho. São nomes como os de vocês que sempre terei em consideração ao pensar em minha caminhada como pesquisador.

Agradeço, ainda, aos meus amigos de escritório, em nome do Leonardo Schenk e da Catherine Dias, pelo incomensurável apoio. Sem vocês esta tese não existiria.

Por fim, e nada menos importante, agradeço à minha família, minha mãe Neide e ao meu irmão Klinger, que desde sempre me acompanham na jornada da vida. Ao amigo Eduardo, pelo carinho e incentivos diários. Aos amigos Zena Moalla, Leonardo Rotstein, Bruna Bataglia e Renata Viana, pela amizade franca. A todos vocês, sou grato pelo amor que partilham comigo. Fica aqui meu muito obrigado por compreenderem que este é um momento único e por fazerem parte dele, mesmo que eu os tenha roubado tantas horas de convívio.

Creio na liberdade onipotente, criadora das nações robustas; creio na lei, a primeira das necessidades; creio que, neste regime, soberano é só o direito, interpretado pelos tribunais; creio que a República decaiu, porque se deixou estragar, confiando-se às usurpações da força; creio que a federação perecerá, se continuar a não acatar a justiça.

*Rui Barbosa, Plataforma Eleitoral, 1910.*

Les régimes constitutionnels sont ceux où, en dépit de tout, la barrière suprême est un fil de soie. C'est le fil de soie de la légalité. Si l'on rompait le fil de soie de la légalité alors, inévitablement, on aurait recours [...] au fil de l'épée. Le régime constitutionnel est celui qui respecte le fil de soie et celui qui refuse le fil de l'épée.

*Raymond Aron, Théories sociologiques des démocraties: aspect politique des sociétés modernes, difundido originalmente pela Rádio Sorbonne, 1958.*

## RESUMO

PEREIRA, Wingler Alves. *O “oráculo da Constituição”*: o conceito de quarto poder e os liberais judiciaristas (1860-1968). Orientador: Christian Edward Cyril Lynch. 2023. 201 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

A tese investiga a mobilização do conceito de *quarto poder* no pensamento político-constitucional liberal brasileiro, mais especificamente no discurso judiciarista, no arco temporal de longa duração que se estende de 1860 a 1968. O objetivo central da pesquisa é compreender o emprego do conceito, frequentemente denominado como *guardião da Constituição* ou *poder moderador*, no pensamento de alguns autores e atores representativos do pensamento liberal, a saber: Zacarias de Góis e Vasconcelos (1860-1889); Rui Barbosa e Pedro Lessa (1889-1930); Levi Carneiro e João Mangabeira (1930-1945); Aliomar Baleeiro e Victor Nunes Leal (1945-1968). Os referenciais teóricos centrais são os ensaios e as pesquisas a respeito do pensamento político brasileiro, como os de Oliveira Viana (1922, 1999 [1949]); Alberto Guerreiro Ramos (1957, 1983); Bolívar Lamounier (1977, 1999); Wanderley Guilherme dos Santos (1970, 1978); Gildo Marçal Brandão (2005) e Christian Edward Cyril Lynch (2011b, 2013, 2016, 2021c). A partir dos referenciais metodológicos da história conceitual ou filosófica do político de Pierre Rosanvallon (1986, 2010) e da história dos conceitos de Reinhart Koselleck (1992, 2006, 2020), as conclusões da pesquisa apontam que, após uma significativa mudança de interpretação na passagem do Império para a República, o conceito de *quarto poder* empregado pelos liberais judiciaristas apresentou forte estabilidade na escolha de seu representante, o Supremo Tribunal Federal, e mudanças relevantes no âmbito do seu significado.

Palavras-chave: quarto poder; pensamento político-constitucional liberal brasileiro; discurso judiciarista; história conceitual ou filosofia do político; história dos conceitos.

## ABSTRACT

PEREIRA, Wingler Alves. *The “oracle of the Constitution”: the concept of the fourth power and the judiciary liberals (1860-1968)*. Orientador: Christian Edward Cyril Lynch 2023. 201f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

The thesis investigates the mobilization of the concept of *fourth power* in Brazilian liberal political-constitutional thought, more specifically in the judiciary discourse, in the long-lasting temporal arc extends from 1860 to 1968. The central objective of the research is to understand the use of the concept, often referred to as *guardian of the Constitution* or *moderating power*, in the thinking of some authors and actors representing liberal thought, namely: Zacarias de Góis e Vasconcelos (1860-1889); Rui Barbosa and Pedro Lessa (1889-1930); Levi Carneiro and João Mangabeira (1930-1945); Aliomar Baleeiro and Victor Nunes Leal (1945-1968). The central theoretical references are essays and research on Brazilian political thought, such as those by Oliveira Viana (1922, 1999 [1949]); Alberto Guerreiro Ramos (1957, 1983); Bolívar Lamounier (1977, 1999); Wanderley Guilherme dos Santos (1970, 1978); Gildo Marçal Brandão (2005) and Christian Edward Cyril Lynch (2011b, 2013, 2016, 2021c). Based on the methodological references of the conceptual or philosophical history of politics by Pierre Rosanvallon (1986, 2010) and the history of concepts by Reinhart Koselleck (1992, 2006, 2020), the research conclusions point out that, after a significant change in interpretation in the passage from the Empire to the Republic, the concept of the *fourth power* employed by the judicial liberals showed strong stability in the choice of its representative, the Federal Supreme Court, and relevant changes in its meaning.

Keywords: fourth power; brazilian liberal political-constitutional thought; judiciary discourse; conceptual or philosophical history of politics; history of concepts.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	11
1	<b>REVISANDO MONTESQUIEU (1860-1889).....</b>	25
1.1	<b>O conceito no contexto.....</b>	29
1.2	<b>O conceito segundo o liberalismo moderado de Zacarias.....</b>	32
1.3	<b>Aquele que não era, nem de longe, o referente do <i>quarto poder</i>.....</b>	38
1.4	<b>Uma antecipação linguística.....</b>	40
1.5	<b>O lance hamiltoniano a respeito do <i>quarto poder</i>.....</b>	45
1.6	<b>O estado de coisas aperta o passo rumo à antecipação conceitual.....</b>	49
1.7	<b>Considerações.....</b>	54
2	<b>SUPERANDO CONSTANT (1889-1930).....</b>	58
2.1	<b>Rui Barbosa, o missionário.....</b>	61
2.1.1	<u>O novo referente do conceito.....</u>	62
2.1.2	<u>O espaço de experiência americano como arquétipo.....</u>	67
2.1.3	<u>A autoridade moral como atributo relevante do <i>quarto poder</i>.....</u>	74
2.2	<b>Pedro Lessa, o juiz.....</b>	80
2.2.1	<u>A influência ruiana.....</u>	81
2.2.2	<u>Uma limitação pragmática do alcance das atribuições do <i>quarto poder</i>.....</u>	85
2.2.3	<u>A teoria do <i>habeas corpus</i> como problematizadora do conceito.....</u>	91
2.3	<b>Considerações.....</b>	95
3	<b>EXPLORANDO ROUSSEAU (1930-1945).....</b>	101
3.1	<b>Levi Carneiro, o renovador.....</b>	104
3.1.1	<u>As bases do <i>quarto poder</i> no liberalismo renovado.....</u>	105
3.1.2	<u>Um esforço para frear o estado de coisas revolucionário.....</u>	110
3.1.3	<u>Do conceito à renovação institucional, extralinguística.....</u>	116
3.2	<b>João Mangabeira, o desencantado.....</b>	120
3.2.1	<u>O lugar do <i>quarto poder</i> no liberalismo social.....</u>	121
3.2.2	<u>Alguns limites ao <i>quarto poder</i>.....</u>	125
3.2.3	<u>A falha do <i>quarto poder</i>.....</u>	131
3.3	<b>Considerações.....</b>	135
4	<b>RESGATANDO RUI (1945-1968).....</b>	140

4.1	<b>Aliomar Baleeiro, o pragmático</b> .....	142
4.1.1	<u>O quarto poder como “sentinela da constituição e das liberdades”</u> .....	143
4.1.2	<u>O quarto poder diante de um novo mundo</u> .....	147
4.1.3	<u>O quarto poder não pode comandar um governo de juízes</u> .....	151
4.2	<b>Victor Nunes Leal, o altivo</b> .....	156
4.2.1	<u>O controle do terceiro poder sobre atos ilegais e arbitrários</u> .....	156
4.2.2	<u>O quarto poder deve conter, sobretudo, atos arbitrários do Executivo</u> .....	159
4.2.3	<u>Reformas para (re)construir o quarto poder</u> .....	165
4.3	<b>Considerações</b> .....	169
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	175
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	184

## INTRODUÇÃO

*Tema, problema, justificativa, objetivos.* A recente crise brasileira fez reaparecer no cenário político a mobilização e a disputa de um conceito que usualmente não costuma ser tão controvertido em épocas de normalidade política. Na tese vou usá-lo como *quarto poder*, mas outras palavras podem ser utilizadas para designá-lo, inclusive com o mesmo significado, como, por exemplo, *poder moderador* ou *guardião da constituição*.

Uma das maneiras pelas quais o conceito aparece no debate político do país, hoje e no passado republicano, é por meio do confronto linguístico e extralinguístico entre, de um lado, aqueles que entendem que são as Forças Armadas o referente do conceito e; de outro, os que postulam que é o Supremo Tribunal Federal a instituição que ocupa tal lugar. A disputa, polarizada no meio político recente, costumava ser estimulada pelas contínuas investidas do ex-presidente da República (2019-2022) e de seus apoiadores mais radicais contra a Suprema Corte, e por algumas decisões controvertidas do próprio Supremo.

Em um ambiente em que os embates entre o ex-presidente da República e a Corte tornavam-se cada vez mais intensos, em maio de 2020, o jurista conservador Ives Gandra Martins proferiu entrevistas a meios de comunicação em que disse, em síntese, a partir de uma interpretação do artigo 142 da Constituição da República<sup>1</sup>, que competiria às Forças Armadas moderar os conflitos entre os poderes (Carneiro, Seto, 2020). Pouco antes, o próprio ex-presidente da República, na reunião ministerial de 22 de abril de 2020, tornada pública por decisão do então ministro do Supremo Celso de Mello, cogitou a possibilidade de ser necessária uma intervenção militar, a ser requisitada por ele próprio, com referência expressa ao mesmo artigo 142 da Constituição (Queiroz, 2022).

No calor do momento, em um contexto mais complexo e tenso, a reação da Corte não tardou. No dia 10 de junho de 2020, o ministro Luís Roberto Barroso proferiu decisão no mandado de injunção nº 7.311, em que afirmou que nenhum elemento de interpretação autorizaria dar ao artigo 142 da Constituição o sentido de que as Forças Armadas teriam uma posição moderadora na República (Brasil, 2020a).

Bem mais direto, o ministro Luiz Fux, dois dias depois, proferiu decisão cautelar na

---

<sup>1</sup> “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

ação direta de inconstitucionalidade nº 6.457, em que declarou que o artigo 102 da Constituição<sup>2</sup> “atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição”, sendo que a “missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário” (Brasil, 2020b).

Poucos dias depois, foi a vez de o então presidente do Tribunal, o ministro Dias Toffoli, em conferência realizada no dia 20 de junho de 2020, declarar, na linha da decisão do ministro Luiz Fux, que “o guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Não é mais possível Forças Armadas como poder moderador” (Pontes, 2020). Ainda que próximo dos setores militares, o então presidente do Supremo Tribunal Federal assumiu uma posição esperada de defesa institucional da Corte.

Ainda que não haja uma clara definição quanto à escolha das palavras para fazer referência ao conceito, é manifesto que, nos mais diversos espectros políticos, a disputa tomou conta do debate político e da opinião pública. A própria ausência de um termo unívoco para se referir ao conceito revela que o problema linguístico ainda não está resolvido e que há disputas não só pelo referente, mas também pela definição do conceito aqui denominado como *quarto poder*, e que vem sendo empregado no contexto político mais abrangente ora como *poder moderador* ora como *guardião da constituição*.

No meio científico, salvo algumas exceções, ainda são escassas as pesquisas no campo da ciência política que procuram entender a mobilização do conceito, mesmo que por meio de outras palavras para defini-lo. Com marcos teórico-metodológicos análogos ao desta tese, e por meio do uso do termo *poder moderador*, há as pesquisas de Christian Lynch (2005, 2007, 2010, 2021b, 2022). Esta tese almeja preencher esta lacuna em alguns aspectos específicos.

No recorte temático, a tese investiga a mobilização do conceito de *quarto poder* no pensamento político-constitucional *liberal* brasileiro, que tem lugar mais frequente no discurso judicialista. Quanto ao recorte temporal, a tese estuda o emprego do conceito no arco de longa duração que se estende de 1860 a 1968. A escolha do período e, portanto, de seus marcos iniciais e finais, merece uma explicação um pouco mais detalhada.

A escolha de 1860 como termo inicial justifica-se pela publicação, naquele ano, do escrito do liberal Zacarias de Góis e Vasconcelos intitulado *Da natureza e limites do Poder Moderador*. A partir daí, o pensamento político-constitucional brasileiro, incluindo o conservador, se viu obrigado a discutir o conceito de *quarto poder* não só por meio das clássicas

---

<sup>2</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

lições conservadoras como as veiculadas no *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* do marquês de São Vicente (1857), mas também pelas ideias liberais de Zacarias de Góis e Vasconcelos (1860, 1862).

O marco final do ano de 1968 também é explicado pela publicação de um livro, *O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido*, de Aliomar Baleeiro, que à época ocupava o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. Além da publicação do livro, a tese parte da hipótese de que a partir da ditadura militar (1964-1985), em especial depois da década de 1980, o pensamento liberal começa a ser profundamente marcado pela ideia de rompimento com o passado do país (Faoro, 1981, 1987, 1994), o que acabou, ao fim e ao cabo, por fazer tábua rasa da própria história do pensamento político-constitucional brasileiro, sobretudo no campo do judicialismo neoconstitucionalista (Lynch, Mendonça, 2017; Pereira, 2018). Considerar esse traço do pensamento judicialista recente, no sentido de uma incisiva negação das tradições intelectuais do país, mesmo liberais, exigiria uma pesquisa com novas características e recortes, razão pela qual a tese possui como marco temporal limite o ano de 1968, quando, no apagar das luzes, foi editado o Ato Institucional nº 5 pela ditadura militar.

O objetivo geral da tese é, desta maneira, entender a mobilização do conceito de *quarto poder* no pensamento liberal brasileiro entre 1860 e 1968. Por questões de tempo e de espaço, em especial devido ao recorte temporal de longa duração, o uso do conceito é investigado tão somente no pensamento liberal, particularmente na vertente *judicialista*, excluindo-se, logo, outras correntes de pensamento. Uma compreensão total do conceito exigiria uma pesquisa de maior envergadura, inclusive com a análise da sua mobilização por outros espectros do pensamento político brasileiro, como o conservador e o socialista. A partir daí, o objetivo específico da pesquisa é compreender a mobilização do conceito pelos judicialistas em suas duas partes constitutivas: o *referente* e o *significado*, e testar a hipótese de que o *referente*, para os judicialistas, está situado no órgão de cúpula do Poder Judiciário, a partir da comparação com outros modelos de países cêntricos.

Ainda em razão do recorte temporal de longa duração da pesquisa, não é possível analisar, aqui, a mobilização do conceito em todo o pensamento liberal brasileiro de mais de um século. Outro objetivo específico é, por isso, examinar o uso do conceito em textos, escritos e discursos de alguns dos autores e atores políticos representativos do pensamento liberal. A pesquisa adotou os seguintes critérios qualitativos para a triagem: 1) o autor ou ator político deve ter exercido, ao longo do tempo, carreira profissional política e jurídica, e não apenas uma delas, considerando o intercâmbio político-constitucional de emprego do conceito; 2) o autor ou ator deve ter textos específicos ou substanciais sobre o assunto; 3) o autor ou ator precisa

estar minimamente envolvido em citações e referências cruzadas relacionadas ao uso do conceito; 4) o autor ou ator deve ter produzido textos classificados em diferentes tipos de fontes. Aplicados os critérios, e considerando o limite máximo de dois autores por cada período histórico da pesquisa, apareceram os seguintes nomes, que estão em ordem, por capítulo: Zacarias de Góis e Vasconcelos (1860-1889); Rui Barbosa e Pedro Lessa (1889-1930); Levi Carneiro e João Mangabeira (1930-1945); Aliomar Baleeiro e Victor Nunes Leal (1945-1968).

*Referenciais teóricos.* As tentativas de se definir o liberalismo no Brasil e, mais particularmente, uma tradição do pensamento liberal brasileiro, não são novidades. Desde a classificação conservadora de Oliveira Viana, que denominava os liberais de “idealistas utópicos” (Viana, 1999 [1949]: 353-396), até pesquisas acadêmicas recentes que buscam traçar uma abordagem mais analítica da cartografia do pensamento liberal (Lynch, 2020), uma variedade considerável de ensaios, pesquisas e teses estão ao longo do caminho. Não tenho a pretensão de definir, aqui, o sentido de liberalismo ou de sua tradição brasileira, algo que está em aberto, e provavelmente sempre estará. Algumas considerações, porém, devem ser feitas, tendo em vista o objetivo da tese de entender o emprego de um conceito dentro do pensamento liberal *judiciarista* brasileiro.

Além de Oliveira Viana, são conhecidas as outras iniciativas que buscaram, daí em diante, estabelecer tipos de linhagens ou de tradições do pensamento brasileiro, como, por exemplo, as de Alberto Guerreiro Ramos (1957, 1983); Bolívar Lamounier (1977, 1999); Wanderley Guilherme dos Santos (1970, 1978); Gildo Marçal Brandão (2005) e Christian Edward Cyril Lynch (2011b, 2013, 2016, 2021c). O pensamento liberal e, por consequência, os liberais, são aí enquadrados de maneira bastante distintas, seja em razão do contexto de cada classificação, seja em razão das diferenças teórico-metodológicas.

Em um apanhado mais geral, as análises de Oliveira Viana e de Guerreiro Ramos são, em alguns pontos, tão críticas e adversas aos liberais a ponto de deixá-las suscetíveis a sérios questionamentos. Rui Barbosa e Afonso Arinos de Melo Franco, por exemplo, dois dos nomes mais representativos do liberalismo brasileiro, são vistos, respectivamente por Oliveira Viana (1999 [1949]: 353-391) e por Guerreiro Ramos (1961: 152-167), como uma espécie de espantalhos, liberais idealistas e alienados, que desconheciam a realidade brasileira em que viviam. Para além da crítica mais exagerada e pontual a Rui e a Arinos, o liberalismo brasileiro é representado, e não sem alguma razão, como alheio ou estranho ao contexto nacional, pois mal transplantado, demasiado cosmopolita, e elitista.

Bolívar Lamounier, por outro ângulo, vislumbra apenas virtudes no liberalismo e nos

liberais brasileiros. Seriam eles, sem muitas distinções, os baluartes da democracia representativa no Brasil. Qualquer ou mínimo diálogo com orientações ou visões políticas que os levem ou levassem para um pouco além dos princípios liberais tem, no entanto, o condão de jogá-los para o lado dos autoritários ou antiliberais (Lamounier, 1977, 2016). Sua abordagem tem a vantagem, de qualquer modo, de mitigar os vernizes conservadores a respeito de liberais como Rui (Lamounier, 1999).

A cartografia do pensamento político liberal feita por Wanderley Guilherme dos Santos e Christian Lynch pode ser compreendida conjuntamente, ambas com o mérito de olhá-lo mais analiticamente. Santos enfatizava, por exemplo, a linha temporal divisória de 1945, momento em que os liberais brasileiros passaram a ter menos apego às regras da democracia liberal para alcançar o poder, diferentemente das gerações anteriores (Santos, 1978: 95-100).

Lynch, por sua vez, ressalta as diferenças de fundo entre os próprios liberais, que podem ser divididos entre aqueles mais preocupados com a limitação do poder e a defesa das liberdades individuais e, de outro, os “neoliberais”, que põem em primeiro plano as liberdades econômicas, de livre comércio (Lynch, 2020). As linhas não são excludentes, mas também não é raro que às vezes estejam em lados opostos. A primeira, em regra, tende a defender de modo mais intransigente os princípios basilares da democracia liberal, como a separação de poderes e eleições livres e periódicas. A segunda, por sua vez, tem como direção principal o livre mercado. Isso não afasta nem afastou os primeiros das tentações golpistas no país, mas os segundos tendem a ser mais propensos a aceitar golpes seguidos de regimes autoritários (Santos, 1978: 95-100; Costa, 2006: 104; Carvalho, 2014: 154-155; Lynch, 2020, 2021a).

A abordagem de Gildo Marçal Brandão tem o benefício de funcionar como um contrapeso, mais à esquerda, das perspectivas de Bolívar Lamounier, Christian Lynch e Wanderley Guilherme dos Santos. Por outro lado, apresenta o inconveniente, pelo mesmo motivo, e a partir de uma orientação teórica marxista, de reunir os pensamentos liberal e conservador em um mesmo polo (Brandão, 2005).

Realizar uma espécie de síntese de todas essas perspectivas não parece ser viável, aqui, ante algumas divergências inconciliáveis. Por isso adotarei na tese, em larga medida, as proposições de Wanderley Guilherme dos Santos e de Christian Lynch, que me soam mais acertadas, mas com algumas noções próprias.

Não empregarei, desta forma, as nomenclaturas “liberais doutrinários” (Santos, 1978: 97), nem “liberais democráticos” ou “neoliberais” (Lynch, 2020: 18-34). Tendo em vista que, ao contrário daquelas iniciativas, não procuro entender a tradição liberal em si, em seu aspecto macro, de longa duração, denominarei os liberais meramente de *liberais* ou *judiciaristas*. Isso

não significa, evidentemente, que considero que todos apresentem os mesmos traços, mas apenas que farei eventuais adjetivações de modo pontual.

Ainda que o cosmopolitismo liberal seja difícil de ser negado no Brasil, também não parto do pressuposto de que ele tenha menos relevância em países como Inglaterra, França ou Estados Unidos. A constatação tem duas consequências diretas. Primeira, que é esperada a influência de modelos estrangeiros, seja em relação a instituições, ideias ou teorias. Com o passar do tempo, tal direcionamento deixou de ser um traço essencialmente colonial do pensamento brasileiro, e assumiu um viés como ele é mundo afora. Segunda, e talvez mais controversa, não considero que os liberais brasileiros sempre tenham tido fundamentalmente uma falta de consciência da sua própria tradição nacional. É certo que os conservadores, até por um traço ideológico, conseguiram melhor e mais habilmente construir uma tradição intelectual. Isso não quer dizer que os liberais também não tenham mantido, à sua maneira, uma rede de filiações intelectuais brasileiras. Se há um maior rompimento dos liberais com as gêneses intelectuais do país, este fenômeno parece mais intenso no tempo presente, em razão da tábua rasa que majoritariamente se faz da história do pensamento político-constitucional brasileiro (Pereira, 2018).

*Referenciais metodológicos.* Tendo em vista as características da tese, não adoto apenas um referencial metodológico na pesquisa, pois, embora a unidade do método tenha o potencial de garantir maior coerência aos resultados, a tese sofreria limitações de ordem epistemológica que são contornáveis pela assimilação de afinidades entre métodos que, a rigor, guardam diferenças entre si.

O principal marco metodológico da pesquisa é a história conceitual ou filosófica do político de Pierre Rosanvallon (1986, 2010). De modo amplo, o objetivo da história conceitual do político é entender a formação e evolução dos sistemas de representações que regem a maneira como uma época, um país ou grupos sociais conduzem sua ação e vislumbram seu futuro. Essa orientação metodológica tem a dupla finalidade de: 1) fazer a história de como uma época, um país ou grupos sociais buscam construir respostas ao que eles percebem como um problema e; 2) fazer a história da interação entre a realidade e sua representação, definindo campos histórico-problemáticos (Rosanvallon, 1986: 100). A partir da interrogação central sobre o sentido da modernidade, a história conceitual do político põe a questão da relação entre o liberalismo e a democracia no cerne da dinâmica das sociedades (Idem), e este ponto é crucial para a exploração do objeto da tese.

Uma das vantagens fundamentais da escolha deste método está ligada ao fato de a pesquisa trabalhar com uma história de longa duração, sendo que um dos fins da história

conceitual do político é romper com a divisão entre a história política e a filosofia política, para se alcançar um ponto de convergência entre ambas (Rosanvallon, 2010: 51).

Embora existam diferenças entre a história conceitual do político de Rosanvallon e a história dos conceitos de Reinhart Koselleck (1992, 2006, 2020), a pesquisa também se valeu desta última para compreender a mobilização do conceito de *quarto poder* pelos liberais *judiciaristas* brasileiros. A compreensão do uso do conceito, e não propriamente do conceito em si, se materializa na pesquisa por uma aproximação específica entre os métodos da história dos conceitos de Reinhart Koselleck e do contextualismo linguístico de Quentin Skinner, resumido na frase deste último quando diz que não há uma história das ideias, mas sim “a história de seus vários usos, e das várias intenções com as quais foi empregada” (Skinner, 2017: 394).

Não tenho o objetivo de fazer uma análise dos métodos, considerando, inclusive, que outros já o fizeram (Guilhaumou, 2000; Jasmin, 2005; Silva, 2009), porém considero importante anotar alguns pontos quanto à relação entre o método da história dos conceitos e os objetivos da tese. Em primeiro lugar, entendo que é relevante, no contexto brasileiro e fora dele, o conceito de *quarto poder*, tanto que, ao longo do tempo e ainda hoje, está em disputa, carregando consigo as principais características definidoras de um conceito, como, por exemplo, ser contestado, discutível, controverso e polissêmico.

Em segundo lugar, e um aspecto que nem sempre é enfatizado por aqueles que escolhem a história dos conceitos, embora tenha sido um ponto destacado por Koselleck, é que o emprego do método exige, para o estudo de alguns conceitos, como entendo ser o caso de *quarto poder*, um certo grau de teorização ou abstração (Koselleck, 1992: 135; 2020: 412). Se, de um lado, a capacidade de maior teorização pode ser entendida como uma vantagem da história dos conceitos, tal característica não parece estar bem resolvida com um outro aspecto nodal do método: a necessidade de observação do contexto. Neste viés, ao aproximar a história política da filosofia política, o método da história conceitual do político de Rosanvallon fornece meios mais propícios de teorização. De fato, para um método como o da história dos conceitos, que tem por fim principal a análise histórica de longa duração, a ausência de mais reflexões sobre o contexto pode funcionar como uma barreira epistemológica. A questão que levanto em relação à história dos conceitos é *como*, e *em que medida*, compreender o contexto em uma história de longa duração sem conferir o grau de importância à filosofia política que é conferido por Rosanvallon.

Um último aspecto vantajoso da história dos conceitos, e que é útil quando visto conjuntamente com objetivo semelhante da história conceitual do político, diz respeito à

possibilidade de analisar a relação entre o conceito, como fenômeno linguístico, e o estado de coisas extraconceitual ou extralinguístico (Koselleck, 1992: 136). O método funciona, nesse viés, para “a análise de convergências, deslocamentos ou discrepâncias na relação entre conceitos e estados de coisa” (Koselleck, 2020: 107). Essa separação, contudo, “não implica a recusa *tout court* do caráter linguístico constitutivo da realidade social e política, mas a busca de um modelo teórico no qual os significados linguísticos simultaneamente criam e limitam as possibilidades da experiência política e social” (Jasmin, 2005: 34).

Esse último aspecto da história dos conceitos, isto é, a relação entre o conceito e o estado de coisas extraconceitual, que também aparece na história conceitual do político como a “confrontação permanente entre as palavras e as coisas” (Rosanvallon, 2010: 92), levou-me a investigar um pouco mais, ainda que sem a finalidade de averiguá-lo a fundo, o que a teoria da linguagem diz a respeito do assunto.

A constatação mais importante que pude fazer dos linguistas em relação ao ponto é que, ao menos nas últimas décadas, há um crescente questionamento da teoria clássica da linguagem, em especial de Ferdinand de Saussure, que postulava, numa atitude comum a outras áreas do conhecimento no início do século 20, a eliminação de tudo o que fosse alheio ao seu próprio sistema (Saussure, 2006: 29). Um movimento de contestação desse postulado teórico considera que a ligação entre o real, como elemento extralinguístico, e a linguagem, não pode ser relegada apenas a outras áreas, como a filosofia (Siblot, 1990: 69). Quando necessário, a linguística também deve levar em consideração a dimensão extralinguística no funcionamento da linguagem.

O modo linguístico mais comum de se referir ao real, ao extralinguístico, está no elemento do *referente* para a composição do signo, tanto que Saussure não o considerava na sua formação. Sua teoria levava em conta somente o *significante* e o *significado* para a composição do signo (Saussure, 2006: 79-81). Na medida em que algumas correntes da teoria da linguagem tentaram encapsular o referente também dentro da linguagem, outros, mais recentemente, têm defendido a opinião de que as expressões linguísticas se referem a elementos concebidos como existentes fora da linguagem (Kleiber, 1997: 17).

A alusão ao referente na teoria da linguagem é comumente tirada, na sua origem, do triângulo de Ogden e Richards (1946 [1923]), que acrescenta o *referente* ao lado direito do triângulo, tendo nas duas outras pontas o *significante* e o *significado*. Linguistas como Izidoro Blikstein tem, no Brasil, e ainda no sentido de atualização da teoria saussuriana, sustentado que os linguistas deveriam alargar a sua metodologia de análise para voltar-se “agora também para o lado direito do triângulo de Ogden e Richards – em que se coloca o referente – e explorando

o mecanismo pelo qual a percepção/cognição transforma o ‘real’ em referente” (Blikstein, 1995: 46). O referente torna-se, assim, uma representação do extralinguístico, que está fora da linguagem, mas que deve ser por ela considerado.

Esta brevíssima incursão na teoria da linguagem teve a vantagem, para além de problematizar a relação entre fenômenos linguísticos e extralinguísticos, de permitir que se pensasse na própria definição da palavra *conceito*. Partindo de uma interseção entre a teoria da linguagem e o método koselleckiano da história dos conceitos, defino, então, de modo próprio a palavra *conceito*. Para a análise de um conceito na história do pensamento político-constitucional, entendo que deve haver sua decomposição em duas partes: 1) o *significado*, que é a representação dos atributos relevantes, de definição do conceito, do seu conteúdo, e que responde à pergunta sobre *o que é e como* o conceito se apresenta; 2) o *referente*, representação da coisa existente no mundo dos fatos, e responde à pergunta sobre *quem é* ou *quem* representa o conceito no mundo real. A definição de *conceito*, para os fins da tese, deriva da soma dessas suas duas partes constitutivas.

No caso do conceito de *quarto poder*, tanto o *significado* quanto o *referente* têm representações diversas a depender da ideologia política de quem o mobiliza. Na tese, o objetivo consiste em investigar a mobilização do conceito apenas no pensamento liberal judiciarista brasileiro e, para isso, entendo necessário apreender brevemente as analogias e as diferenças entre ideologia política e pensamento político.

Michael Freeden, em seu estudo das ideologias políticas, observa que existe uma afinidade entre o estudo das ideologias políticas e do pensamento político, porque ambos podem se manifestar da mesma forma em determinadas situações (Freeden, 2003: 67-77). Contudo, a ideologia pode ser um empreendimento intelectual diverso se abarca padrões concretos do pensamento político produzido por grupos sociais para o consumo de grupos sociais, ao passo que o pensamento político às vezes pode ser guiado tão somente por um *ethos* filosófico do *dever ser* da política (Idem: 67-72). O que torna o pensamento político *ideológico* tem a ver, para Michael Freeden, com “a necessidade linguística e o imperativo interpretativo de escolher entre significados concorrentes de conceitos a fim de obter controle sobre a linguagem que torna possível a ação política coletiva” (Idem: 126). Para a compreensão da mobilização do conceito de *quarto poder* pelos liberais brasileiros, tal diferenciação será analisada caso a caso, quando se mostrar necessária.

A escolha do termo *quarto poder* para designar o conceito também merece uma justificativa que entendo ser de ordem metodológica. Outras palavras são empregadas de

maneira mais usual para definir o mesmo conceito. No país, hoje as mais usadas parecem ser, na ordem, *poder moderador*, *guardião da constituição*, *poder neutro* e *poder arbitral*. Os termos costumam transportar, talvez com exceção do último, uma carga considerável de significados já estabelecidos, algo que busco evitar.

A expressão *poder moderador*, apesar de ter conexão com a instituição brasileira que existiu no Império (1822-1889), é mais antiga do ponto de vista conceitual e apareceu ao menos desde os debates da Revolução Francesa, no original *pouvoir modérateur*, já em 1789 (Gauchet, 1995: 77; Lynch, 2021b: 85). Houve e há, no Brasil, uma considerável utilização do conceito no curso do tempo, desde a Independência (1822) até os dias atuais, seja no meio político, seja na academia (Lynch, 2005, 2007, 2010, 2021b, 2022). O termo *poder neutro* ou, no francês, *pouvoir neutre*, por sua vez, é mais ligado à recepção que no Brasil se fez das ideias de Benjamin Constant (1997: 323-337) para a aceção do Poder Moderador<sup>3</sup> como instituição política. Há uma conexão original do conceito por parte dos teóricos políticos, como pelo próprio Constant, com a forma de governo monárquica, com o poder real, a partir da observação do caso da Inglaterra.

A expressão *guardião da Constituição*, por sua vez, apareceu em quase todas as constituições brasileiras, na parte do texto de incumbência da “guarda da Constituição”: na de 1824, como atribuição da Assembleia Geral; na de 1891, como poder do Congresso; na de 1934, como competência da União e dos Estados; e na de 1988, como atribuição do Supremo Tribunal Federal. Nas Cartas autoritárias de 1937 e 1967 a previsão não existia. Apesar das previsões constitucionais, e para além da necessidade de se interpretar a Carta Constitucional sistematicamente, raras vezes houve correspondência entre os dispositivos jurídicos e a realidade político-constitucional, algo que sequer pode ser interpretado como inesperado, se encarado pelo filtro de que as regras jurídicas também servem e serviram, no Brasil, não para espelhar a realidade, mas para mudá-la .

A expressão foi utilizada, antes disso, assim como *pouvoir modérateur*, durante a Revolução Francesa, ao menos desde o Termidor (1794), no original francês *gardien de la constitution* (Gauchet, 1995: 183). Foi usada também nos artigos federalistas, no inglês *guardians of the constitution*, por Alexandre Hamilton (2005 [1787 e 1788]: 85 e 416). Nas referências de Hamilton, houve expressa atribuição da tarefa aos juízes e numa delas é acrescida a função ao próprio povo, “como natural guardião da Constituição” (Idem).

---

<sup>3</sup> A partir deste ponto, utilizarei o termo Poder Moderador com as iniciais maiúsculas e sem itálico para fazer referência à instituição política da Constituição de 1824, e não ao conceito de modo geral, embora nem sempre a distinção seja clara em determinado texto ou contexto.

A influência conceitual americana tornou-se mais direta a partir da Proclamação da República (1889) e da forte recepção, a partir daí, das instituições e ideias dos Estados Unidos, inicialmente por meio de citações de Alexis de Tocqueville (1987 [1835 e 1840]) e de John Stuart Mill (1981 [1861]). Nos dias atuais, em especial no campo constitucional, outra referência é acrescentada à americana: a disputa entre Carl Schmitt (2007 [1931]) e Hans Kelsen (2003 [1931]) pelo conceito de *quarto poder*, com o uso das expressões, respectivamente, no alemão *Der hüter der verfassung* e *Wer soll der hüter der verfassung sein?*, no contexto de plena ascensão do nazismo. Com o fim da Segunda Guerra e o êxito da teoria kelseniana, uma grande parte dos constitucionalistas brasileiros atualmente têm as experiências americana e alemã-austriaca como centrais para a definição do conceito (Pereira, 2018), sobretudo aqueles que fazem tábua rasa da história intelectual do país.

Considerando esse desenrolar de uso das palavras para fazer alusão ao conceito, adoto o termo *quarto poder*, que não é, porém, inteiramente original, ao menos em relação à escolha das palavras. Marcel Gauchet o empregou, no francês *quatrième pouvoir*, para definir “*une quelconque puissance arbitrale pour garder des limites constitutionnelles qui sont toujours en péril d’être franchis lorsqu’elles ne sont pas défendues*”<sup>4</sup> (1995: 268). Contudo, não abraço necessariamente as mesmas definições de Gauchet. Só as palavras, da tradução do francês *quatrième pouvoir*, para me referir ao conceito, por ser um termo que considero mais abstrato e desta maneira mais apto a ser teorizado, além de ser menos carregado de significados previamente estabelecidos. Sobre a inspiração de *La Révolution des pouvoirs* (Gauchet, 1995), entendo indispensável fazer dois apontamentos: o primeiro relacionado ao emprego do conceito por Gauchet e o segundo a respeito do tempo.

Quanto ao primeiro aspecto, é importante sublinhar que ele não adota a ideia de um *quatrième pouvoir* para se referir ao *pouvoir modérateur*, *pouvoir neutre* ou *gardien de la constitution*, mas sim o de *tiers-pouvoir* ou *troisième pouvoir* (terceiro poder), por entender, de modo bem característico ao pensamento francês, que o Poder Judiciário não tem condições de desempenhar aquela função (Gauchet, 1995: 18, 140, 148).

Em relação ao segundo ponto, o uso do termo *quarto poder* está ligado ao tempo presente, uma abordagem que entendo ser inescapável para aquele que observa a história. Diferentes representantes de diferentes escolas históricas reconhecem a forte conexão do presente com o estudo do passado, desde os historiadores da *escola dos Annales*, como Marc Bloch, até os que contestaram aquela forma de estudo da história, como François Furet e Pierre

---

<sup>4</sup> Com tradução livre para “um poder arbitral para manter os limites constitucionais que sempre correm o risco de serem ultrapassados quando não são defendidos”.

Rosanvallon, passando por outras escolas como a de Reinhart Koselleck.

Em relação ao estudo conceitual, Furet afirmava, por exemplo, que não existem conceitos explicativos do passado que não veiculem a sua parte do presente e não datem, por isso, o historiador. Afinal de contas, “o estudo do passado foi sempre inseparável de uma relação com o presente” (Furet, 1986: 28). Rosanvallon, seguindo as lições de Furet, afiança, na mesma linha, que é do “diálogo permanente entre o passado e o presente que o processo instituinte das sociedades pode se tornar legível; é dele que pode surgir uma compreensão sintética do mundo” (Rosanvallon, 2010: 77). Apesar das diferenças quanto ao estudo do político e da política na história, Rosanvallon recupera neste ponto a célebre frase de Marc Bloch de que “a incompreensão do presente nasce fatalmente da ignorância do passado” (Bloch, 2001: 65). De fato, movido pela opinião de se compreender a história por um processo de longa duração, Bloch insistia para que se apreendesse a interrelação do presente no passado, sem deixar de reconhecer, evidentemente, que um fenômeno da história não se explica fora do estudo do seu momento (Idem: 56-68).

Considerando os referenciais metodológicos da pesquisa, não considero, assim, que seja anacrônica a escolha do termo *quarto poder* para se referir ao conceito, uma vez que “uma história dos conceitos não pode prescindir de definições relacionadas com o presente”, especialmente quando se tem em conta, como nesta tese, uma historiografia constitucional (Koselleck, 2020: 377-386). Ainda segundo a metodologia da história dos conceitos, a escolha do termo *quarto poder* é derivada da noção de que quando se almeja “empregar conceitos historicamente, precisamos defini-los por nós próprios. Só a partir daí executamos o trabalho de tradução que se faz necessário para tornar presente aquilo que se enredou nas teias do passado” (Idem: 388).

*Fontes.* A história conceitual ou filosófica do político e a história dos conceitos também fornecem diretrizes a respeito das fontes de pesquisa. No geral, ambas entendem que a compreensão dos conceitos não deve ser restringir aos textos clássicos. Rosanvallon pontua, neste viés, que “a matéria desta história do político, qualificada como conceitual, não pode, portanto, se limitar à análise e ao comentário de grandes obras”, devendo dar atenção também aos movimentos de opinião, ao destino de panfletos e à construção de discursos de circunstância, por exemplo (Rosanvallon, 2010: 86).

Tendo em vista o contexto histórico de longa duração da pesquisa, consulto três tipos de fonte. Por ordem de importância, utilizo em primeiro lugar os livros publicados sobre o tema da tese, que não são necessariamente textos clássicos. Considerando, ainda, os marcos teórico-

metodológicos da pesquisa, consulto igualmente discursos políticos e pronunciamentos, inclusive porque “uma história constitucional de caráter político nunca escapará da necessidade de se servir dos pronunciamentos linguísticos dos envolvidos e de seus textos normativos” (Koselleck, 2020: 105).

Dada a interface constitucional para a análise de mobilização do conceito, outras fontes também foram consultadas, em segundo lugar. Haja vista que o conceito foi usado pelos autores e atores em disputas jurídicas no âmbito do Supremo Tribunal, documentos jurídicos foram incluídos no rol de fontes, em especial algumas decisões importantes da Corte. As Constituições brasileiras, entendidas como documento jurídico, também foram consultadas, notadamente porque, sendo analíticas, há nelas definições mais abrangentes que são úteis. Por último, e apenas quando necessário para a compreensão de determinado contexto ou circunstância, jornais e cartas também foram examinados. Tendo em vista o tempo necessário para a conclusão da pesquisa, tais fontes, por exigirem maior tempo de levantamento e análise, não foram consideradas prioritárias.

*Síntese e apresentação dos capítulos.* A tese está dividida em quatro capítulos. O primeiro corresponde ao período temporal de 1860 a 1889 e examina a mobilização do conceito de *quarto poder* tendo como marco central a publicação do livro *Da natureza e limites do Poder Moderador* do liberal Zacarias de Góis e Vasconcelos (1860, 1862). O capítulo também aborda as repercussões do texto no espectro conservador, que até então tinha o domínio da definição do conceito, como a do marquês de São Vicente em *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* (1857). O capítulo debate, ainda, as mudanças do uso do conceito, em especial em relação ao *referente*, ocorridas ao longo do fim do Império, alcançando a Assembleia Constituinte de 1890-1891. Neste ínterim, a mobilização do conceito pelos liberais passou por profundas alterações, estimuladas não apenas por antecipações linguísticas, mas também pelos acontecimentos extraconceituais, político-constitucionais, da transição da forma de governo.

O segundo capítulo abrange o arco temporal da Primeira República (1889-1930) e analisa o uso do conceito a partir dos discursos dos liberais Rui Barbosa e Pedro Lessa. O capítulo tem dois eixos principais. O primeiro é relativo às diferenças entre os discursos judiciaristas de Rui e Lessa, tendo como referente do conceito o Supremo e a alocação de novos atributos relevantes ao conceito. O segundo assunto central do capítulo é a doutrina ou teoria do *habeas corpus*, determinante para entender o emprego do conceito por meio das disputas, inclusive oligárquicas, que chegavam ao Supremo.

O terceiro capítulo abarca o período histórico seguinte, que pode ser designado, em termos gerais, como a era Vargas (1930-1945). Em uma época marcada pela intensa crise do liberalismo como ideologia política, os autores selecionados, ainda que liberais, tinham suas críticas ao liberalismo. Levi Carneiro, o primeiro, advertia que o liberalismo necessitava de renovação. João Mangabeira, o outro selecionado, tinha um discurso que o aproximava de uma espécie de liberalismo social, portanto mais à esquerda. Da mesma forma que o liberalismo, o conceito de *quarto poder*, cuja representação guardava ligação com a democracia representativa de viés liberal, sofreu ataques. As diferenças conceituais e extralinguísticas também apareceram no período, colocando, do lado judiciarista, Levi Carneiro e João Mangabeira e; de outro, o autoritarismo extraconceitual do Estado Novo.

O último capítulo é dedicado ao período histórico de 1945-1968, de ascensão e queda da democracia no Brasil e, por isso, de fortes instabilidades políticas. Para a análise do conceito no recorte temporal, os critérios da pesquisa revelaram os nomes de Aliomar Baleeiro e Victor Nunes Leal. Não fugindo à regra, não havia entre eles um consenso a respeito das atribuições do *quarto poder*. Baleeiro apostava em uma postura mais contida do Supremo, para fugir de complicações políticas, enquanto Nunes Leal postulava uma atitude mais ativa da Corte. Aqui, a história do Brasil teve um papel fundamental, pois ambos olhariam para a Primeira República para tirar suas conclusões a respeito do sentido de *quarto poder* e pensar em novos horizontes de expectativas.

## 1 REVISANDO MONTESQUIEU (1860-1889)

Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir este efeito. (...)

Os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, um tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora; sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela.

(Montesquieu, *O espírito das leis*, 1748)

Se há uma teoria político-constitucional que serviu de referência para as noções liberais do conceito de *quarto poder* a partir do século 19, ela está n' *O espírito das leis* (Montesquieu, 2000 [1748]). A teoria foi um dos principais fios condutores das tentativas linguísticas e extralinguísticas, constituídas a parti dali, de estabelecer a moderação entre os poderes, seja qual fosse a forma de governo. No espectro liberal, de Benjamin Constant a Rui Barbosa, passando por Zacarias de Góis e Vasconcelos a Alexander Hamilton, este último ainda no século 18, todos apresentaram, em maior ou menor medida, a influência montesquiana, inclusive a de olhar para um país em especial, onde era possível encontrar, “no mecanismo constitucional de uma monarquia, os fundamentos do Estado moderado e livre, graças ao equilíbrio entre as classes sociais, graças ao equilíbrio entre os poderes políticos” (Aron, 1999: 30): a Inglaterra.

Isso não significava simplesmente copiar o arquétipo inglês. Significava, antes, compreendê-lo para então adaptá-lo às circunstâncias locais, fosse na França, nos Estados Unidos ou no Brasil. No caso do Brasil, desde a Independência e, mais particularmente, desde a primeira Constituinte, a recepção direta da teoria política da divisão e moderação de poderes aconteceu pelo acolhimento expresso das ideias de outro francês: Benjamin Constant. Cronologicamente, não há grande distanciamento entre ele e Montesquieu, mas a aceleração dos eventos históricos da Revolução Francesa abriu entre eles um abismo.

Para a compreensão da mobilização do conceito de *quarto poder*, um problema central da teoria de Benjamin Constant, legatário de Montesquieu, desponta: como manter o equilíbrio entre os poderes no contexto pós-revolucionário? Olhando para o outro lado da Mancha, mas com os dois pés na França, Benjamin Constant buscou atualizar a teoria montesquiana para

aquele novo ambiente. Se, de um lado, era necessário preservar a ideia de soberania popular, fundada nas ideias rousseauianas que serviram de inspiração para os revolucionários, era igualmente essencial; de outro lado, limitá-la, com a eliminação dos vestígios de qualquer forma de despotismo, inclusive e sobretudo o das assembleias populares, como a do período do Terror (Constant, 2005 [1815]: 20; Lynch, 2010c: 95; Freller, 2019: p. 7). O resgate da teoria montesquiana tinha, assim, o condão de retomar noções de equilíbrio e divisão de poderes, com a preservação das liberdades individuais, e que teriam escapado à teoria de soberania popular de Rousseau, ou à interpretação que dela se fez pelo Terror jacobino (Cassimiro, 2016: 7).

E, para Constant, a melhor forma para encontrar esse equilíbrio já estava na base da monarquia constitucional à moda inglesa: o poder do rei, neutro, separado das funções executivas (Constant, 2005 [1815]: 18-30). Na divisão dos poderes de Constant, o poder real ficava no meio, e acima dos outros poderes, “acima das agitações humanas”, “no topo do edifício” (Idem: 22, 24). Sua autoridade seria neutra e intermediária, com o escopo de manter a moderação entre os poderes, para que “se entendam e ajam harmoniosamente” (Idem [1814]: 94). A atualização da teoria montesquiana para um contexto pós-Revolução consistia na seleção de um outro corpo político que não fosse o Legislativo para ser o fiel da balança, considerando o potencial tirânico das assembleias populares.

Montesquieu, ao olhar para a monarquia inglesa, enxergou a Câmara dos Lordes como a *puissance réglante* (1834 [1748]: 266), traduzida como *poder regulador* (2000 [1748]: 172), capaz de moderar a relação entre os poderes. Tendo em vista a importância conferida por ele aos corpos intermediários em uma monarquia, a eleição da Câmara Alta, representando a nobreza, parecia adequada para cumprir a finalidade (Idem: 26-28, 168-175). Mas igualmente com os olhos na Inglaterra, Benjamin Constant vislumbrou no rei, e não na Câmara dos Lordes, a figura apta a reger a moderação entre os poderes.

Com as implicações inerentes aos processos de recepção, a ideia de Constant a respeito do poder real, neutro, foi incorporada no Brasil após a Independência e a outorga da Constituição de 1824, com a criação do Poder Moderador. Caberia a esse poder, assim como competia ao poder real de Constant, a “manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos”, segundo o artigo 98 da Constituição. A partir daí, iniciou-se um complexo processo local de ressignificação dos conceitos mobilizados por Constant, notadamente o de poder real, aqui incorporado como Poder Moderador<sup>5</sup>. Esse debate persistiu

---

<sup>5</sup> Uma análise da recepção do conceito de *poder moderador* no Brasil no momento da Independência foi realizada por Christian Lynch no artigo *O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824)* (Lynch, 2005).

no pensamento político-constitucional brasileiro ao longo de décadas.

No espectro liberal, uma das principais ressignificações, se não a principal delas, aconteceu a partir de 1860 com a publicação do texto de Zacarias de Góis e Vasconcelos, *Da natureza e limites do Poder Moderador*. Do ponto de vista dos fins políticos, do estado de coisas extralinguístico, Zacarias e Constant compartilhavam do mesmo ideal: reduzir os poderes da coroa, afastando-a das funções do Executivo. A lógica aplicava-se tanto a d. Pedro II quanto a Luís XVIII.

Sem negar ou defender expressamente a famosa expressão de Adolphe Thiers de que “o rei reina, não governa”, Zacarias aciona o discurso de François Guizot para afirmar que ambos, Thiers e Guizot, “estão de acordo, e a isso se reduzem as referidas máximas [“o rei reina, não governa” *versus* “o rei governa”], em pensar que a coroa não pratica ato algum público sem a concorrência e intermédio de ministros” (Vasconcelos, 1862: 224). A responsabilidade dos ministros funcionava discursivamente como um freio aos atos do Poder Moderador, discurso que seria o *leitmotiv* de Zacarias no seu escrito de 1860.

Sua inovadora definição conceitual, como não poderia deixar de ser no contexto, gerou debates e respostas imediatas. Uma das mais rápidas e duras partiu do Visconde do Uruguai no *Ensaio sobre o direito administrativo* (1862). No livro, Zacarias é acusado de reduzir e mesmo anular a concepção constitucional do Poder Moderador como instituição política. Do lado oposto do espectro político, no campo liberal, Zacarias enfrentava o fogo amigo de radicais como Teófilo Otoni, que demandavam a extinção do Poder Moderador, e não apenas a limitação de suas atribuições, com fazia Zacarias (Mello, 1878: 35-37).

A partir de então, o conceito de *poder moderador*, cujo paralelo extralinguístico estava representado pela instituição de mesmo nome, tornava-se mais polissêmico com as disputas ideológicas. Do ponto de vista da linguagem, as divergências concentravam-se mais nos atributos relevantes do conceito, isto é, no seu conteúdo, do que propriamente no seu referente. Até por uma definição constitucional, o referencial do *poder moderador* estava localizado na figura do imperador, mais especificamente, naquelas circunstâncias, em d. Pedro II. A tentativa de liberais radicais, como Otoni, de alterar o referente, para alocá-lo na Assembleia Geral (Otoni, 1979 [1869]: 1048), embora amparada no artigo 15, inciso IX, da Constituição de 1824, que previa que cabia à Assembleia “velar na guarda da Constituição”, não encontrava respaldo na realidade.

Também a partir de 1860, o Montesquieu de Constant, da divisão e do equilíbrio entre os poderes, começou a ser justaposto ao Montesquieu de Hamilton. Antes por uma questão linguística, atinente à antecipação conceitual que começava a ocorrer, do que pela realidade dos

fatos, o pensamento político-constitucional brasileiro, tanto o liberal quanto o conservador, passou a vislumbrar a possibilidade linguística de se mudar o referente do *quarto poder*. E essa mudança requeria a incorporação, ao menos ao nível da linguagem, do Montesquieu hamiltoniano.

Ainda com pouca recepção no Brasil da época, a teoria de Hamilton (Hamilton, Madison, Jay, 1993 [1787-1788]) partia de pressupostos montesquianos para atualizá-las em um ponto em particular, mas não muito diferente de Benjamin Constant. Assim como este último agitou a divisão de poderes de Montesquieu para elevar o poder real acima dos demais na monarquia constitucional, Hamilton antes já havia refletido nos artigos federalistas em alterar a relação de forças da divisão de poderes montesquiana, mas para sobrepor outro poder aos demais na República presidencialista dos Estados Unidos.

Mais próximo da concepção original de Montesquieu e, portanto, com os olhos na Inglaterra, Hamilton também viu na Câmara dos Lordes, mais especificamente na sua função de órgão de cúpula do Judiciário inglês, o responsável pela garantia das liberdades. Mas havia algo que Hamilton julgava merecedor de aperfeiçoamento. Do outro lado do Atlântico, o órgão de cúpula do Judiciário estava no Legislativo, na Câmara Alta. Dada a possibilidade de o espírito de facção invadi-lo, o *guardião da Constituição*, para empregar a mesma expressão de Hamilton, deveria ser deslocado para um lugar mais apropriado: o Judiciário, com a criação de uma Corte Suprema. Era preciso subverter a suposta hipótese de Montesquieu de que o Poder Judiciário era o mais fraco dentre os três. Nesta lógica de Hamilton, o conceito de *quarto poder* estava mais interligado, a rigor, a uma ideia de fortalecimento do *terceiro poder*, mais especificamente do seu órgão de cúpula.

Foi ele – o órgão de cúpula do Judiciário – que os liberais brasileiros, sobretudo a partir da Proclamação da República (1889), adotaram como referente do *quarto poder*, em um contexto de herança jacente do Poder Moderador. E, no final das contas, o próprio Constant, ainda que tenha negado expressamente que o Judiciário pudesse desempenhar o poder neutro, tinha em mente que este último, o poder real, era “de certo modo, o Poder Judiciário dos outros poderes” (Constant, 2005 [1814]: 207).

Ainda que não pareça ter sido uma preocupação imediata dos autores e dos atores políticos, a mudança no referente do conceito teve também o poder de jogar com o próprio sistema representativo. Transladar o *quarto poder* do imperador, ao nível discursivo, para a cúpula do Judiciário, não teria implicações apenas conceituais, ou linguística, no sistema constitucional e representativo do país.

## 1.1 O conceito no contexto

No Império (1824-1889), o conceito de *quarto poder* era mobilizado por liberais e conservadores por intermédio do termo *poder moderador*, que tinha como referente, no período, a instituição política prevista no artigo 98 da Constituição de 1824. A própria Constituição previa a existência de quatro poderes no artigo 10, sendo o quarto justamente o Poder Moderador. Naquela época, não havia, assim, grande dissenso entre liberais e conservadores no sentido de que o referente do conceito estava localizado no imperador, ainda que houvesse o argumento liberal de que cabia à Assembleia Geral “velar na guarda da Constituição”, na forma do artigo 15, inciso IX, da Constituição de 1824.

Em termos de prevalência normativa, o artigo 98 da Constituição estabelecia que o Poder Moderador era a “chave de toda a organização política”, cabendo ao imperador a atribuição da “manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos”. A Constituição fornecia, portanto, um primeiro significado para o conceito de *quarto poder*, que, no contexto, equivalia ao de *poder moderador*.

Em relação às suas atribuições, o artigo 101 da Constituição do Império fixava as seguintes, que revelam, pela extensão e importância, que o Poder Moderador assumia não uma função neutra, e sim ativa nos assuntos políticos, a saber: 1) nomear senadores; 2) convocar a Assembleia Geral extraordinariamente; 3) sancionar decretos e resoluções da Assembleia Geral, para que tivessem força de lei; 4) aprovar e suspender interinamente as resoluções dos Conselhos Provinciais; 5) prorrogar ou adiar a Assembleia Geral e dissolver a Câmara dos Deputados, nos casos em que se exigisse a salvação do Estado; 6) nomear e demitir os ministros de Estado; 7) suspender magistrados; 8) perdoar e moderar as penas impostas por sentenças judiciais; e 9) conceder anistia em caso urgente.

No exercício das suas competências, o Poder Moderador contava com o auxílio do Conselho de Estado, sendo esta a principal atribuição do órgão consultivo (Carvalho, 2021: 363). Segundo Joaquim Nabuco, o Conselho de Estado era o cérebro da monarquia e, para José Murilo de Carvalho, “condensava a visão política dos principais líderes dos dois grandes partidos monárquicos” (Idem: 357). A opinião dos conselheiros era ouvida com seriedade pelo imperador e muitas das decisões do Poder Moderador eram baseadas em pareceres e opiniões do Conselho de Estado (Idem: 358).

Muito embora os liberais, a partir da Proclamação da República (1889), tenham passado a identificar o *quarto poder* no Supremo Tribunal Federal, como aparece em mais

detalhes nos próximos capítulos da tese, é questionável tentar encontrar no Império uma instituição judicial com as funções semelhantes às da Suprema Corte republicana. Como será abordado adiante ainda neste capítulo, o Superior Tribunal de Justiça do Império não tinha, nem de longe, os atributos típicos de um quarto poder cuja missão fosse manter, no mínimo, o equilíbrio entre os demais poderes. Nem a Assembleia Geral o tinha, a despeito do artigo 15, inciso IX, da Constituição de 1824 e do discurso de alguns liberais radicais. Linguística e extralinguisticamente, o referente do conceito guardava relação com o Poder Moderador, como instituição política cujas atribuições estavam definidas nos artigos 98 e 101 da Constituição.

Antes de adentrar no debate sobre o conceito de *quarto poder* no viés linguístico, vazado pelo livro de Zacarias de Góis e Vasconcelos (1860, 1862), como será debatido na subseção seguinte, façamos uma breve incursão no espectro político liberal, inclusive na sua estrutura partidária, para entender o Poder Moderador como instituição política. Naquela ocasião dos idos de 1860, de forte instabilidade ministerial (Carvalho, 2007: 3), os liberais estavam basicamente divididos entre moderados e radicais.

À época, os liberais moderados formaram com os conservadores dissidentes da Conciliação o “Partido Progressista”, que buscava oferecer à coroa um meio-termo entre os liberais radicais e as tradicionais pautas conservadoras (Lynch, 2018: 194). Um dos sérios problemas que se colocava era o das atribuições do Poder Moderador. A instituição “deu de início viabilidade ao sistema, ao permitir a alternância de partidos no governo. Mas aos poucos, em virtude da própria estabilidade conseguida, começou a ser vist[a] como incompatível com o regime parlamentar autêntico” (Carvalho, 2021: 371) e, ainda, uma fonte de “autoritarismo e imperialismo” (Continentino, 2015: 385).

Sob forte influência de Nabuco de Araújo, os liberais moderados denunciavam o poder pessoal do imperador pela tribuna parlamentar e jornalística, exigindo, portanto, a restrição das atribuições do Poder Moderador (Lynch, 2018: 195). Em famoso discurso, Nabuco de Araújo declarava que, se a coroa podia inverter do alto e discricionariamente as situações políticas, a lógica do sistema representativo acabava invertida (Idem: 89). Influenciados por Zacarias, os liberais moderados combatiam, de um lado, o argumento conservador de que os atos do Poder Moderador dispensavam a referenda ministerial, mas sem chegar ao ponto de questionar a instituição em si (Carvalho, 2007: 10).

Em seu programa político, o primeiro que surgiu no Império (Carvalho, 2021: 205), uma das principais bandeiras do Partido Progressista, sob a batuta de Zacarias, como será visto na próxima subseção, consistia justamente na “responsabilidade dos ministros de estado pelos atos do Poder Moderador” (Mello, 1878: 17). Considerado “ainda muito moderado”, o elemento

mais importante do programa partidário era o da responsabilidade dos ministros pelos atos do Poder Moderador (Carvalho, 2007: 10).

Enquanto os liberais moderados postulavam a restrição ou a limitação do Poder Moderador, os liberais radicais, por sua vez, também chamados de históricos, pregavam a sua extinção (Mello, 1878: 23, 26 e 29). Os radicais, dentre os quais despontava Teófilo Otoni, criticavam o poder pessoal ou imperialismo, combatido como uma deturpação do governo representativo (Lynch, 2018: 194). Otoni, chefe dos liberais radicais, era uma “legenda viva do velho liberalismo”, um luzia histórico, atuante no cenário político desde os tempos da Regência (Carvalho, 2007: 3).

Em discurso proferido no Senado em 1869, e considerando sua posição contrária ao Poder Moderador, Otoni reorganizava discursivamente a hierarquia dos poderes, com uma ideia presente em círculos liberais no sentido de que a guarda da Constituição cabia, na verdade, à Assembleia Geral, e não ao Poder Moderador. Pela leitura que fazia do artigo 126 da Constituição, a respeito da declaração da impossibilidade do imperador de governar, a ser anunciada pela Assembleia<sup>6</sup>, o Legislativo seria superior, como poder, eis que “em seus dois ramos populares, tem a faculdade de anular o Poder Moderador” (Otoni, 1979 [1869]: 1048).

No plano partidário, aos poucos o Partido Progressista foi minando internamente pela divisão entre liberais e conservadores. Desde 1866, os liberais históricos começaram a se organizar e elaborar um programa mais radical, tendo a queda do gabinete de Zacarias em 1868 dado o golpe final na coalizão progressista (Carvalho, 2021: 206-207). Com a subida do gabinete conservador do Visconde de Itaboraí, houve um compromisso entre os liberais históricos e moderados para fazer oposição ao novo ministério (Mello, 1878: 33). Os liberais, se antes estavam divididos, passaram agora a cerrar fileiras contra o ato do Poder Moderador que levou os conservadores à situação, tendo a crise refletido no Conselho de Estado, dividindo seus membros (Carvalho, 2021: 372).

Nabuco de Araújo convocou, então, uma reunião para discutir a nova situação, tendo comparecido pessoas ligadas às duas correntes que se digladiavam na véspera, e até alguns radicais (Carvalho, 2007: p. 6). Ao lado de moderados como Nabuco e Zacarias, achava-se o histórico Otoni, mas as feridas eram recentes e as divergências grandes demais para que da reunião surgisse resultado prático (Idem).

Durante a reunião, no que diz respeito ao Poder Moderador, ficou clara a cisão entre

---

<sup>6</sup> “Artigo 126. Se o Imperador, por causa física, ou moral, evidentemente reconhecida pela pluralidade de cada uma das Câmaras da Assembleia, se impossibilitar para governar, em seu lugar governará, como Regente o Príncipe Imperial, se for maior de dezoito anos”.

Otoni e Zacarias. O primeiro apelava para a “necessidade de reformas radicais, sendo a principal delas (...) a extinção do Poder Moderador, cuja existência se lhe afigura um óbice permanente às aspirações do Partido Liberal, desiludido hoje por amargas experiências” (Mello, 1878: 35). A opinião foi prontamente contestada por Zacarias, que não via conveniência na extinção, “bastando para contê-lo que os ministros futuros seguissem o seu exemplo, pondo em prática a doutrina da responsabilidade ministerial dos atos desse poder” (Idem). Prevaleceu, ao fim, a posição de Zacarias no programa do Partido Liberal formado a partir daquela reunião, tendo como primeiro ponto: “1) A responsabilidade dos ministros pelos atos do Poder Moderador” (Idem: 37).

## 1.2 O conceito segundo o liberalismo moderado de Zacarias

O conceito de *quarto poder*, ou de *poder moderador*, volta a ser controvertido e disputado (Lynch, 2021b: 89; Continentino, 2015: 246 e 385), sobretudo pela iniciativa liberal de Zacarias, a partir de 1860, mas não sem uma reação conservadora de peso. À época, o livro de Zacarias *Da natureza e limites do Poder Moderador*, com uma primeira edição de 1860 e outra de 1862, consistiu num dos textos mais difundidos sobre o tema, e certamente o de maior destaque no campo liberal. A importância do livro é inegável, tendo surtido claro efeito na opinião pública (Lynch, 2007: 244-246). Seu teor contrastava com a aceção conservadora sobre o assunto, como, por exemplo, a de *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império* (1857) de José Antônio Pimenta Bueno; e o *Ensaio sobre o Direito Administrativo* (1862) do Visconde do Uruguai<sup>7</sup>.

A primeira edição do livro de Zacarias, distribuído como folheto anônimo, pode ser considerada uma resposta ao *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império* (1857) de José Antônio Pimenta Bueno, o marquês de São Vicente. Embora não seja um objetivo da tese analisar o pensamento conservador, começemos a investigação por uma breve exposição da ideia de São Vicente, com a finalidade de contextualizar o emprego do conceito no espectro liberal centrado no livro de Zacarias.

Marcado pela mobilização do conceito de ordem, especialmente num ambiente em que a turbulência da Regência ainda se fazia presente no pensamento conservador, o marquês de São Vicente atribuía o significado ao Poder Moderador como sendo o daquele que “inspeciona e se exerce sobre todos e cada um dos outros poderes” e que “está sobre a cúpula social vigiando

---

<sup>7</sup> Uma análise detalhada do conceito mobilizado nesses e outros livros é feita por Christian Lynch na tese de doutorado *O momento monarquiano: O Poder Moderador e o Pensamento Político Imperial* (2007).

os destinos da nação” (São Vicente, 1857: 205-207). Era o Poder Moderador, para o marquês de São Vicente, quem evitava “nos perigos públicos o terrível dilema da ditadura ou da revolução; todos os atributos do monarca levam suas previdentes vistas a não querer nem uma nem outra dessas fatalidades” (Idem: 205). Em resumo, a sua definição do conceito de *quarto poder* se confundia, como acontecia de regra à época, com a instituição política do Poder Moderador, assim declarada (Idem: 204):

O Poder Moderador, cuja natureza a Constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem-estar nacional; é que mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação.

As mais de três décadas de existência do Império no país àquela altura permitira a São Vicente extrair algumas lições do espaço de experiência brasileiro para sua acepção conservadora do *quarto poder*. A designação não era uma completa novidade. Era, antes, uma consolidação do conceito no espectro ideológico conservador.

Aqui não tenho o objetivo de retroceder o recorte temporal da pesquisa a ponto de chegar à primeira Constituinte. A disputa do conceito a partir de 1860 é suficiente para os fins da tese. No entanto, é possível apontar que, durante a Constituinte de 1823, houve, *grosso modo*, três leituras a respeito do Poder Moderador, como referente do conceito, com efeitos claros nos anos seguintes. A primeira, de Antonio Carlos Andrada Machado, colocava o imperador acima da política, enquanto chefe de Estado, pois ele era a coluna mestra da sociedade. Os ministros seriam responsáveis pelo governo e o imperador ditaria o interesse público. A segunda, pela interpretação do marquês de Caravelas, colocava o Poder Moderador acima da nação para a sua proteção, como um poder de exceção para salvaguardar a Constituição. A terceira, a do futuro marquês de Queluz, personificava o Estado no imperador, sendo o Poder Moderador a razão da centralização, o verdadeiro representante existencial da soberania nacional (Lynch, 2005: 630-635)<sup>8</sup>.

O ponto do livro do marquês de São Vicente, legatário em maior ou em menor medida dessas três leituras, e que mais despertaria a atenção de Zacarias, dizia respeito, como antes

---

<sup>8</sup> Uma análise temporal mais extensa das leituras sobre o Poder Moderador, anterior e posterior a 1860, aparece na tese já citada de Christian Lynch (2007) e seus artigos *O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil* (2005); *O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933 Um estudo de direito comparado* (2010); e *Entre o judiciarismo e o autoritarismo: O espectro do poder moderador no debate político republicano (1890-1945)* (2021b).

indicado, à questão da responsabilidade dos ministros pelos atos do Poder Moderador. Em seu livro, São Vicente apontava que os ministros não tinham interferência alguma no exercício daquele Poder. A assinatura dos ministros nos atos deste último servia apenas “para autenticar o reconhecimento, a veracidade da firma imperial” (São Vicente, 1857: 215). Os ministros não eram, de tal modo, responsáveis por atos do Poder Moderador. A responsabilidade cabia apenas aos conselheiros de Estado.

O discurso de Zacarias era o exato oposto, com referências expressas ao marquês de São Vicente (Vasconcelos, 1862: 23). Zacarias combatia, como pressuposto básico, a ideia do que ele entendia ser um poder pessoal absoluto incorporado à Constituição, pois não era concebível que “o príncipe se reservasse, no Poder Moderador, uma reminiscência do regime antigo, uma parcela daquele poder sem limites, que, supondo ter as raízes no céu, não admitia na terra fiscalização nem responsabilidade” (Idem: 39).

A concepção de Zacarias do Poder Moderador, apesar de crítica, não chegava ao nível de pedir sua extinção, como fazia Teófilo Otoni, por exemplo. Sua ideia caminhava no sentido de impor limites às suas atribuições, mas sem anular o princípio constitucional da inviolabilidade imperial. Em outros termos, Zacarias pedia “ao imperador que seguisse o exemplo da rainha da Inglaterra e se portasse de acordo com o ‘governo parlamentar’, ou seja, reinando mais e governando menos” (Lynch, 2014a: 72-73).

A despeito disso, a sua leitura não admitia a premissa conservadora do marquês de São Vicente (1857: 206), que também seria compartilhada pelo Visconde do Uruguai (1862, tomo II: 89), de que o imperador não seria capaz de fazer mal à nação. Muito pelo contrário, Zacarias mostrava preocupação com abusos que poderiam ser cometidos pelo próprio imperador (Vasconcelos, 1862: 87).

Tomando como princípio a limitação do poder pessoal, e adotando a recepção da teoria política de Benjamin Constant a respeito do *poder neutro*, como havia se tornado habitual no debate político brasileiro desde a Constituinte de 1823, Zacarias tinha um objetivo político claro, como já indicado: fazer os ministros responsáveis pelos atos do Poder Moderador. Como expôs na primeira edição anônima de *Da natureza e limites do Poder Moderador*, em 1860 (Idem: 43):

Assim, na responsabilidade ministerial, em que alguns descobrem estorvo à manutenção do equilíbrio dos poderes, vejo eu a condição tutelar da harmonia deles. Com efeito, no mecanismo da nossa Constituição, temos quatro poderes, dos quais o que ela denomina moderador, poder à parte, colocado no cume do edifício, é constituído o juiz, o fiscal dos demais poderes. Mas a pessoa, a quem esse poder superior se delega quaisquer que sejam as suas

virtudes e talentos, é um homem, e o homem, colocado no cume do poder, está naturalmente exposto ao erro, se não ao abuso.  
O Poder Moderador vigia as Câmaras, os ministros, os tribunais. Mas o Poder Moderador quem o vigiará?

À pergunta de quem tomaria conta do Poder Moderador, Zacarias respondia com um clássico argumento liberal, que podia ser tirado das leituras de Stuart Mill, a quem ele citara na abertura do seu livro: “no regime representativo há quem vele sobre o poder real ou moderador, como sobre todos os poderes: é a opinião nacional, por meio das Câmaras e pela imprensa” (Idem). E ainda retomava o mote liberal que às vezes circulava em certas ocasiões para asseverar, sem muita ressonância nos fatos, que “a Assembleia Geral vela na guarda da Constituição, e por consequência inspeciona e fiscaliza também o modo por que o Poder Moderador desempenha a sua missão” (Idem: 44). À época da queda do seu gabinete e da subida do gabinete do Visconde de Itaboraá, Zacarias retomaria o discurso de ampliação dos poderes de fiscalização legislativa face ao Poder Moderador (Carvalho, 2021: 372), o que seria de pronto rebatido pelo marquês de São Vicente, que considerava a proposta de Zacarias inadmissível e perigosa, fruto de “ideias exageradas” (Idem).

O ponto nodal da questão, de qualquer forma, e baseando-se no parlamentarismo inglês, é que Zacarias buscava dar força ao Conselho de Ministros diante do imperador. As consequências práticas dessa alteração seriam grandes tanto para o imperador quanto para os ministros, pois, a se aceitar a sua tese, nem o imperador poderia exercer livremente o Poder Moderador, nem os ministros poderiam esconder sua responsabilidade por trás do manto imperial (Carvalho, 2007: 13).

As tentativas de Zacarias de limitar as atribuições do *quarto poder*, inclusive por meio da redução do seu significado conceitual, foram diretamente contestadas, no plano linguístico, pelo Visconde do Uruguai no *Ensaio sobre o direito administrativo* (1862). Retomando as definições conservadoras de São Vicente em *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império* (1857), Uruguai chegou a realizar uma crítica em nota de rodapé a Zacarias, para dizer que este último não teria compreendido a teoria política de Benjamin Constant, “por falta de reflexão mais detida, ou pelo hábito de estudar as questões às pressas de um dia para o outro” (Uruguai, 1862, tomo II: 57). Zacarias não se fez de rogado e respondeu diretamente a provocação, em um capítulo inteiro da segunda edição do livro *Da natureza e limites do Poder Moderador*, sustentando que teria sido Uruguai quem teria “mal compreendido” Constant e não teria refletido detidamente ou estudado às pressas a teoria do publicista francês (Zacarias, 1862: 164-171).

Não tenho aqui o objetivo de indicar o vencedor, qual deles teria compreendido melhor a teoria de Constant. Parece-me que é mais apropriado entender os usos que cada um deles fez da teoria de Constant na realidade brasileira. Até porque, considerando a notória falta de organização dos textos de Benjamin Constant, aliada à sua alta produção intelectual no início do século 19, é bastante provável que a divergência de interpretações fosse antes um problema do publicista francês do que propriamente um problema de uma boa ou má recepção de sua teoria. E, considerando ainda a diferença do campo ideológico, não se pode esperar que atores e autores como Zacarias e o Visconde do Uruguai tivessem a mesma e idêntica interpretação do conceito de *quarto poder*, um dos mais disputados no pensamento político brasileiro desde a Constituinte de 1823. O conceito, àquela altura da década de 1860, ganhava uma polissemia maior com o embate ideológico estimulado pelo espectro liberal a partir do texto de Zacarias, principalmente.

Para Uruguai, assim como para Constant (2005 [1815]: 20), uma Constituição sem o *quarto poder* estava fadada a ruir, como acontecera com as constituições francesas de 1814 e 1830 (Uruguai, 1862, tomo II: 112). Em uma definição praticamente igual à de São Vicente, Uruguai atribuía ao Poder Moderador (Idem: 61):

A suprema inspeção sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os Poderes por ela delegados são exercidos, e de manter a sua independência, equilíbrio e harmonia, é essa suprema inspeção, esse alto direito que a mesma nação, não o podendo exercer por si mesma, delegou privativamente ao imperador, revestindo-o das atribuições do Poder Moderador.

Também como o marquês (São Vicente, 1857: 205) e Constant (2005 [1814]: 207), Uruguai alocava o *quarto poder*, depositário de uma função considerada neutra em uma monarquia constitucional, no rei, e não no Legislativo ou no Judiciário (Uruguai, 1862, tomo II: 44). A ideia pode ser considerada coesa do ponto de vista da organização constitucional inglesa ou francesa monarquista, mas teria uma virada conceitual, ainda no Brasil Império, como exposto adiante, com a incorporação dos fenômenos linguístico e extralinguístico dos Estados Unidos, especialmente pelos liberais americanistas.

Pelo teor do artigo 98 da Constituição de 1824, o Poder Moderador havia sido delegado pela nação privativamente ao imperador. Para Uruguai, a proposta de Zacarias de referenda dos ministros para a execução dos atos daquele Poder e a atribuição de responsabilidade ministerial era uma “usurpação de uma delegação nacional”, violando a independência do Poder Moderador “se o exercício de suas atribuições dependesse do assentimento do outro, ou dos agentes de outro” (Idem: 62).

Ainda de acordo com a visão de Uruguai, a proposta de Zacarias aniquilaria o equilíbrio que o Poder Moderador era encarregado de manter, especialmente nas situações de crise, sempre lembradas pelos conservadores, quando a coroa teria que zelar pelos oprimidos e ter “a necessária largueza e força para evitar ou fazer abortar as revoluções” (Idem: 113). Para ele, e pela sua leitura do artigo 70 da Constituição, os atos do Poder Moderador eram “por si mesmos completos, perfeitos, obrigatórios e exequíveis, sem dependência de outro Poder” (Idem: 88 e 108). Neste quesito, a filiação de Uruguai tinha uma ressonância um pouco mais distante no tempo, e remontava a Bernardo Pereira de Vasconcelos, no alvorecer do Segundo Império, quando sustentou que os atos do Poder Moderador eram completos sem referenda dos ministros (Idem: 57-58).

O ponto central de divergência entre Zacarias e Uruguai era o de saber, portanto, e a partir da teoria de Benjamin Constant, se os ministros seriam responsáveis pelos atos do Poder Moderador. A multiplicidade de interpretações possíveis decorria da própria teoria de Constant. Zacarias alegava que, pelos escritos do publicista francês, os ministros de Estado seriam responsáveis pelos atos do poder neutro, mas Uruguai entendia que tal responsabilidade teria lugar apenas em relação aos atos reais concernentes ao Executivo, e não ao Poder Moderador (Uruguai, 1862: 57).

A bem da verdade, a teoria de Constant não parecia dar conta de todos os detalhes que viriam a ser debatidos aqui, do outro lado do Atlântico. Seus escritos, bem ou mal compreendidos, tinham todas as condições para dar margem às duas interpretações. No geral, Uruguai parecia ter razão ao dizer que a responsabilidade dos ministros derivava somente dos atos do Poder Executivo, pois quando Constant referia-se especificamente à responsabilidade ministerial ele a atrelava, no geral, ao Executivo (Constant, 2005 [1814-1815]: 72-90, 221-225). No entanto, às vezes Benjamin Constant também parecia fazer alusão à responsabilidade dos ministros pelo poder neutro, o que daria razão ao argumento de Zacarias (Idem: 84-85). A questão a ser registrada é que a teoria do publicista francês, apesar da sua pretensão de universalidade, mudava com alguma constância, em relação a um ponto ou outro, devido ao conturbado contexto francês, o que seguramente pode ter aumentado, para além das próprias tensões internas da teoria de Benjamin Constant, a disputa interpretativa entre dois dos maiores líderes partidários do Brasil da época.

### 1.3 Aquele que não era, nem de longe, o referente do *quarto poder*

A retomada da disputa pelo conceito de *quarto poder* na década de 1860 também parece ter refletido, em alguma medida, embora seja difícil estabelecer um liame direto, no papel do Poder Judiciário nas instituições imperiais. Há quem reconheça que o relativo e modesto aumento da importância das instituições judiciárias no final do Império estava ligado a causas mais abrangentes relativas ao sistema político-constitucional brasileiro, considerando que “os últimos vinte anos do Império marcaram a confluência dos poderes adjudicatórios nas mãos dos juízes de direito” (Lopes, 2010: 78). No entanto, a afirmação de que este movimento obedeceu a uma espécie de antecipação do controle jurisdicional que viria a ser instituído na República parece cair na “mitologia da prolepse”, segundo a definição de Quentin Skinner, por estar mais interessada no significado retrospectivo do episódio do que em seu significado naquele momento (Skinner, 2017: 378-380).

A combinação dos artigos 10 e 151 da Constituição de 1824 permite afirmar que o Poder Judicial era independente, ao lado do Legislativo, do Moderador e do Executivo. A despeito disso, a realidade fazia jus à interpretação de Hamilton sobre Montesquieu de que ele era o mais fraco. A se levar em consideração o pensamento conservador brasileiro influenciado pela ideia francesa sobre o Judiciário, ele figuraria, por aqui, como um braço do Executivo central, ainda que independente, contra as oligarquias locais (Rosa, 2018: 35-39). Aqui, um ponto especial merece atenção: as atribuições do Supremo Tribunal de Justiça do Império, que passaria por transformações a partir de 1870.

O Supremo Tribunal de Justiça do Império foi instituído em 1828 para funcionar como uma Corte de Cassação, ao estilo do modelo da França e da Casa de Suplicação do Brasil (Vicente, 1857: 344-348; Lopes, 2010: 24; Wehling, 2013: 120-123). Isso significa que o Tribunal não tinha poder final de decisão sobre os casos, nem qualquer atribuição política ou administrativa, como apreciar a inconstitucionalidade de leis. Ao contrário, as atribuições do Tribunal refletiam a do Judiciário no Império. Adstrito a questões criminais e de direito privado, afastado de apreciações de caráter político, sua própria estruturação espelhava os projetos políticos de estruturação estatal, de modo que “afastar o Judiciário de apreciar questões políticas significava relegá-las a outros poderes e órgãos, em especial o Poder Moderador e o Conselho de Estado” (Sato, 2018: 38). Em outras palavras, o Supremo Tribunal havia sido concebido como instituição subordinada “ao poder político e ao imperador, não lhe podendo, em tempo algum, representar uma ameaça ao exercício do poder” (Continentino, 2015: 356). Contudo, parecer ter razão quem afirma que não há motivo “para se malsinar a atuação do Supremo

Tribunal do Império; sua competência limitada decorria da lógica de um sistema constitucional que não admitia a intervenção dos juízes no processo de elaboração legislativa” (Alecim, 1953: 239).

A concepção de um Tribunal dependente dos outros poderes, especialmente do Executivo, ficou clara logo após a sua instituição, sobretudo quando Diogo Feijó ocupava a pasta da Justiça (1831-1832). Crítico ferrenho do Supremo Tribunal (Lopes, 2010: 19-21; Sato, 2018: 49), e movido pela ideia francesa de desconfiança da magistratura, Feijó cobrava a responsabilidade dos juízes pelas suas decisões. No caso do Supremo Tribunal, era taxativo ao considerá-lo irresponsável devido à recusa dos seus ministros, inclusive do presidente do Tribunal, em prestar contas de suas decisões (Lopes, 2010: 19-21).

Até a reforma de 1870, o funcionamento do Supremo Tribunal não passaria por grandes alterações. Nem mesmo após a reforma judiciária de 1871 (Idem: 23, 79-85). Um dos maiores críticos da ausência de mudanças mais significativas no Supremo, depois da reforma, foi Nabuco de Araújo, o liberal mais engajado com as mudanças na organização judiciária durante o trâmite da reforma de 1871. Em relação ao Supremo, Nabuco buscava conferir atribuições mais importantes ao Tribunal, para mitigar a sua função de uma mera Corte de Cassação (Idem: 85).

Algumas iniciativas de se alterar esse quadro foram tomadas daí em diante. Em 1875, o Tribunal foi autorizado a tomar assentos, que teriam força de lei, prevalecendo em todos os casos de aplicação futura da mesma lei, diante de todos os outros tribunais e juízes do país (Idem: 87). Mas o Supremo jamais exerceu a função, e ainda assim juristas renomados da época censuraram veementemente a nova atribuição (Idem: 88-89).

De qualquer forma, as duas últimas décadas do Império foram marcadas pelas tentativas dos liberais moderados de redefinição do papel do Poder Judiciário no sistema institucional brasileiro. A partir da reforma judiciária de 1871 e da Lei Saraiva de 1881, os juízes de direito passaram a reunir novas atribuições e ampliou-se também a deferência de órgãos como o Conselho de Estado em relação às decisões judiciais (Idem: 96).

Essa sensível reconfiguração, no entanto, ainda manteria em funcionamento um sistema de jurisdição monárquico, com base nas ideias francesas de desconfiança quanto ao Poder Judiciário (Continentino, 2015: 36-48). O próprio Montesquieu havia apontado n’*O espírito das leis* a necessidade de, em regimes moderados como o republicano e o monárquico, os juízes seguirem a lei ao desempenharem “o poder de julgar, tão terrível entre os homens” (Montesquieu, 2000 [1748]: 169).

Por outro lado, essa reconfiguração não caracterizou uma antecipação do próprio

controle jurisdicional que viria a ser instituído na República, podendo ser interpretado, antes, como uma modificação linguística. O Supremo ainda teria pouca ou quase nenhuma relevância na composição do poder, menos ainda no equilíbrio e harmonia dos poderes, papel ainda conferido ao Poder Moderador, centrado não só na figura do imperador, mas também no Conselho de Estado. De todo modo, não há como descartar o interesse dos liberais em conferir mais relevância ao Judiciário na queda de braço com o Executivo central (Rosa, 2018) e, muito menos, a mudança linguística que começava a acontecer a partir daquele momento.

#### 1.4 Uma antecipação linguística

A não conceituação do Supremo Tribunal como referente do *quarto poder* pode ter algumas explicações. Vamos arriscar aqui quatro hipóteses. A primeira, numa análise estritamente jurídica e formal, porque não havia sequer um indício disso na Constituição de 1824. A segunda, mais ligada a fatores de filiação intelectual, porque as bases francesas das instituições brasileiras tenderiam a gerar mais desconfiança em relação ao Judiciário para manter a harmonia entre os poderes. A terceira, porque os liberais, especialmente os radicais, quando buscavam deslocar o centro gravitacional do Poder Moderador, algo não esperado dos conservadores, jogavam-no, em regra, na Assembleia Geral, na fórmula do artigo 15, inciso IX, da Constituição. Essa última tese era mais condizente, inclusive, com o clássico princípio liberal de contrabalancear o Executivo por meio do fortalecimento do Legislativo. No contexto brasileiro, linguístico e extraconceitual da década de 1860, uma quarta hipótese também desponta como possível. O *quarto poder* guardava relação, para os liberais, com a forma de governo constitucionalmente adotada pelo país.

No Brasil Império, o conceito começou a se modificar pela análise comparativa com a República dos Estados Unidos. Por lá, o *quarto poder* chegou a ser alocado, desde os artigos federalistas, no órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas não sem contestações. Uma das primeiras alusões a essa definição, no Brasil, aconteceu em discurso de Teófilo Otoni em 15 de junho de 1840, à época deputado geral, poucos dias antes da coroação de d. Pedro II e, portanto, do fim do período Regencial. Na ocasião, o deputado dizia que em governos representativos “existe um poder moderador supremo, que tem a atribuição de chamar todos os outros poderes à órbita que a Constituição lhes marcou”. E prosseguia, ao afirmar que (Otoni, 1979 [1840]: 140).

Este poder supremo, que existe em algumas espécies de governos representativos,

chama-se, em uns casos, Senado Conservador; em outros, tenho lido alguns políticos que imaginam a criação de um corpo de censores; e na Constituição americana esta espécie de poder moderador está confiada ao Poder Judiciário, que tem o direito de declarar quando os outros poderes políticos aberraram da linha que a Constituição lhes traçou.

Quase três décadas após, no livro *Análise e comentário da Constituição política do Império do Brasil Ou teoria e prática do governo constitucional brasileiro* (1867), o desembargador Joaquim Rodrigues de Sousa faria uma análise no mesmo sentido daquela feita por Teófilo Otoni em 1840, com a diferença de um aporte linguístico particular. Para o desembargador, incorporando as definições de Alexis de Tocqueville em *A Democracia na América* (1987 [1835 e 1840]), sendo o Judiciário um “poder estranho aos negócios e questões políticas, serve de moderador entre os dois [Legislativo e Executivo], como é nos Estados Unidos o Supremo Tribunal de Justiça” (Sousa, 1867: 60).

A compreensão do pensamento político brasileiro do Império de que o referente do *quarto poder*, na monarquia constitucional, está situado no poder real advinha da teoria de Benjamin Constant (2005 [1814-1815]: 18-30, 203-220). Essa seria, inclusive, para o publicista francês, uma vantagem da monarquia constitucional como forma de governo, por criar um poder neutro, o poder real, com funções arbitrais. Embora fosse possível do ponto de vista conceitual, a modelagem institucional do Brasil, como uma monarquia, era um embaraço para que o exemplo republicano dos Estados Unidos servisse como modelo constitucional (Sousa, 1867: 60-61).

Mesmo o americanista Tavares Bastos parecia reconhecer a impossibilidade de se alocar extralinguisticamente o guardião constitucional fora do Poder Moderador, ao menos na monarquia brasileira. Isso porque, o deslocamento do conteúdo significativo do *quarto poder* para a cúpula do Judiciário lhe soava algo “característico de uma verdadeira República” (Bastos, 1870: 51-57). Em relação ao aspecto linguístico era, por outro lado, possível atribuir o referente de *quarto poder* a uma Corte judicial. Era assim que Tavares Bastos interpretava linguística e extraconceitualmente a realidade dos Estados Unidos, a partir de Tocqueville em *A Democracia na América* (Bastos, 1870: 51):

O que dá relevo original às instituições judiciárias dos Estados Unidos, não é somente o cuidado com que formou-se ali um poder independente da ação do governo, mas a parte importantíssima que na política e na administração cabe aos juizes. É o poder judicial encarregado principalmente da defesa da Constituição; é o grande poder moderador da sociedade, preservando a arca da aliança de agressões, ou venham do governo federal ou dos governos particulares. É, demais, o fiscal da lei na mais vasta acepção, conhecendo das queixas contra os administradores negligentes, e punindo agentes culpados.

À primeira vista, a definição de Tavares Bastos pode até parecer contraditória com outros discursos seus, pois um Tribunal como a Suprema Corte dos Estados Unidos tem um grande poder de centralização do direito, algo que colidiria com suas pautas sobre a necessidade de descentralização e federalização do sistema político. No entanto, muito provavelmente ciente deste risco, Tavares Bastos acentuava, em sua análise, a capacidade de descentralização do Judiciário norte-americano, a partir da Suprema Corte (Idem: 51-57). Algo relevante no seu pensamento, mas pouco acentuado em leituras mais recentes a respeito do papel do Supremo em seu discurso.

Além do círculo liberal, também os conservadores reconheciam a possibilidade conceitual, ainda que em graus diferentes, de se alçar o órgão de cúpula do Judiciário ao patamar de referente do conceito. Começamos, então, e de forma bastante sucinta, pela concepção do Visconde do Uruguai, para depois expor a do senador Cândido de Almeida.

Na realidade brasileira do Império, Uruguai enxergava essa potência judiciária apenas do ponto de vista linguístico, conceitual, principalmente pela leitura de Stuart Mill n' *O Governo Representativo* (1981 [1861]), com breve citação também a Tocqueville, em *A Democracia na América*. Em uma citação em nota de rodapé de Stuart Mill, também influenciado por Tocqueville, Uruguai reproduzia as palavras do autor inglês em relação às funções da Corte estadunidense, considerada por ele “um árbitro independente” capaz de coibir abusos de poder (Mill *apud* Uruguai, 1965: 429):

No sistema o mais perfeito de federação, em que todo o cidadão de cada Estado particular deve obedecer a dois governos, ao do seu próprio Estado e ao da Federação, é evidentemente necessário não só que os limites constitucionais da autoridade de cada uma desses poderes sejam fixados com precisão e clareza, como também que o direito de decidir entre eles não pertença a nenhum dos governos, nem a qualquer empregado que lhes esteja sujeito, mas sim a um árbitro independente. É necessário que haja um Tribunal Supremo de Justiça, e um sistema semelhante de questões, e o julgamento desses Tribunais em última instância deve ser decisivo. É necessário que cada Estado da União, o mesmo governo federal e seus empregados todos possam ser acusados perante esses Tribunais se excederem os limites de seus poderes, ou se não cumprirem seus deveres federais, e geralmente devem ser obrigados a servirem-se desses Tribunais, para apoiarem seus direitos federais. Isto importa a consequência notável até hoje realizada nos Estados Unidos, a saber, que um Tribunal de Justiça, e Tribunal federal o mais elevado, tem um poder supremo sobre todos os governos o dos Estados e o Federal, porquanto tem o direito de declarar que qualquer lei ou ato que deles emana excede os limites do poder que lhe conferiu a Constituição federal, e consequentemente não tem valor legal.

É claro que, pelo conjunto do pensamento político conservador de Uruguai, ele não aceitaria tal conceituação aplicada à realidade político-constitucional brasileira, tanto que ele

não explorava o tema tal qual Stuart Mill ou Tavares Bastos, sob o fundamento conservador de que não era o seu propósito “desenvolver e explicar instituições estranhas que não nos são aplicáveis” (Idem: 430). O conservadorismo de Cândido Mendes<sup>9</sup>, por outro ângulo, assumia uma acepção diametralmente oposta à do Visconde do Uruguai a respeito do Judiciário e, em especial, quanto ao seu órgão de cúpula.

Com efeito, a concepção de Cândido Mendes sobre a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos pode ser considerada mais progressista do que até mesmo a percepção de muitos liberais da época, como Nabuco de Araújo e Zacarias, com os quais, inclusive, Mendes travou vivos debates no Senado à época da reforma judiciária de 1871 (Mendes de Almeida, 1982 [1871]: 91-141, 189-257). Antes de compreender a noção de Mendes a respeito da Corte estadunidense, vejamos o retrato que ele fazia do Judiciário no Brasil, em especial do Supremo Tribunal de Justiça.

Neste ponto, é importante destacar que muitas vezes quando Cândido Mendes fazia alusão ao Judiciário, ele estava referindo-se ao seu órgão de cúpula, trocando a parte pelo todo. Como nem sempre esta demarcação ficava clara em seus discursos, ele mesmo precisava explicar a metonímia aos seus interlocutores (Idem: 206). O discurso mostrava que, quando se buscava elevar o referente do conceito à cúpula do Judiciário, havia certa confusão entre o *terceiro* e o *quarto poder*, entendidos como o Judiciário e o Supremo, respectivamente. Pelo recorte da pesquisa, estou mais preocupado com sua percepção do Supremo do que do Judiciário, embora nem sempre seja fácil a tarefa de segregação.

Algumas declarações mais assertivas de Cândido Mendes durante os debates no Senado sobre a reforma judiciária de 1871 eram rebatidas até por alguns liberais, como a de que o “Judiciário, como nós temos, vago e indefinido em suas atribuições, subordinado aos dois grandes poderes Legislativo e Executivo, é um poder inútil” (Idem: 105). Na sessão do dia 2 de agosto de 1871, por exemplo, Cândido Mendes afirmou, no mesmo sentido da declaração anterior, que “no Brasil não há, verdadeiramente, Poder Judiciário; o que existe com tal qualificação é puramente nominal; na realidade há somente ordem judiciária, uma emanção ou dependência do Poder Executivo” (Idem: 236). Na mesma sessão, o então senador Zacarias fazia aparte à afirmação de Mendes sobre a dependência do Judiciário em relação Executivo, para dizer que “então o Poder Legislativo é a mesma coisa”, ao que Mendes retrucava: “não é a mesma coisa, [o Legislativo] tem força, tem meios de ação” (Idem: 237). Zacarias então

---

<sup>9</sup> Estudos sobre o pensamento político-constitucional e mesmo sobre a vida de Cândido Mendes são bastante escassos. De todo modo, há o artigo *A coragem de ser só: Cândido Mendes de Almeida, o arauto do ultramontanismo no Brasil* de Ítalo Domingos Santirocchi (2014) e o livro *O Senador Cândido Mendes* de Antônio Carlos Villaça (1981).

emenda e pergunta o seguinte: “Oh, e o Poder Judiciário não tem meios de ação?”, ao que é respondido por Mendes: “é um poder nulificado, e sua ação depende para ter valor da do Poder Executivo” (Idem).

Para Cândido Mendes, a prova maior da ilusória percepção da independência do Judiciário no Brasil era o funcionamento do próprio Supremo Tribunal de Justiça, que de supremo não tinha nada. Afinal, perguntava: “como pode ser supremo um tribunal, na cúpula do Poder Judiciário que pode todos os dias ser quintado e requintado pelo Poder Executivo?” (Idem: 107). O problema seria decorrente, para ele, da importação das ideias francesas, onde o Judiciário era concebido como aparelho do Executivo. O Conselho de Estado da França era, para ele, um exemplo dessa prática, uma vez que suas atribuições judiciárias estavam entregues a funcionários do Executivo (Idem: 238).

Diferente formatação institucional existia nos Estados Unidos e na Inglaterra. O conhecimento de Cândido Mendes sobre a organização da cúpula judicial nestes países é digno de nota, especialmente quanto à particular recepção e confronto de autores ingleses, franceses e americanos como Edward Coke, William Blackstone, Eduard Fischel e Joseph Story. Esse arsenal linguístico e do estado de coisas de outros países permitia a Mendes afirmar que na Inglaterra e nos Estados Unidos “o Poder Judiciário é um defensor valioso da Constituição, porque está preparado para resistir a quaisquer embates, a quaisquer violências que os outros dois poderes coligados lhe façam” (Idem: 102). Na mesma linha, dizia que “o Poder Judiciário tem sido sempre o mantenedor das liberdades públicas, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos” (Idem: 203).

A interpretação de Cândido Mendes sobre a organização judiciária dos Estados Unidos é estritamente relacionada à importação, por aquele país, do modelo inglês. Leitor de Montesquieu, ele destacava que a cúpula do Judiciário estava, na Inglaterra, fincada no Legislativo, na Câmara dos Lordes, a quem cabia garantir as liberdades e dizer a última palavra sobre a Constituição (Idem: 203-205). A sua concepção de *quarto poder*, assim, envolvia não só mudar o referencial do conceito, mas também as suas atribuições, como o controle de constitucionalidade. Nabuco de Araújo, em seus apartes a Mendes, repetia o clássico discurso liberal mais democrático de que, na verdade, o poder mais importante na Inglaterra era a Câmara dos Comuns, e não a Câmara dos Lordes (Idem: 203).

Pela leitura que fazia de Coke, Blackstone, Story, e sobretudo Fischel, Mendes observava que os Estados Unidos tinham corrigido o problema inglês de situar a cúpula do Judiciário no Legislativo, transferindo-a para o próprio Judiciário, na Suprema Corte (Idem: 203-206). Ela corresponderia a uma versão aprimorada da Câmara dos Lordes, a quem cabia,

como cúpula judicial inglesa, a garantia das liberdades (Idem: 206). Mais do que isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos teria sido instituída, segundo sua leitura daqueles autores, justamente para ser um poder contramajoritário, a fim de se evitar os abusos que poderiam ser cometidos pelo Legislativo, como havia cometido o Parlamento inglês nos momentos antecedentes ao processo de Independência norte-americana (Idem: 240-241). Para Mendes, os Estados Unidos souberam resgatar institucionalmente o que havia de melhor na história da Inglaterra em relação ao Poder Judiciário, responsável pela garantia da liberdade dos ingleses (Idem: 243-246). Mais do que isso, os Estados Unidos conseguiram aprimorar a instituição inglesa, em uma leitura que lembra muito os textos de Hamilton nos *papers* federalistas a respeito do Judiciário.

No que diz respeito ao Brasil, Mendes não enxergava na estrutura constitucional um óbice para eventuais mudanças a fim de conferir mais poderes ao Judiciário. Pelo contrário, e sem reivindicar a mudança do sistema político, ele defendia reformas que pudessem garantir ao Judiciário a sua efetiva independência (Idem: 238-257). Assim, Mendes não acreditava, diferentemente de Tavares Bastos e Joaquim Rodrigues de Sousa, que suas ideias seriam impossíveis de implementação em uma monarquia como o Brasil.

[lado conservador, mantendo a monarquia com o Supremo]

Cerca de duas décadas depois das discussões sobre a reforma judiciária de 1871, a criação de um Supremo Tribunal no Brasil aos moldes da Suprema Corte americana, ou mesmo a transformação do Supremo Tribunal de Justiça, teria sido pensada pelo próprio d. Pedro II. Pouco antes da Proclamação da República, ele teria incumbido o Conselheiro Lafayette e Salvador Mendonça, em missão diplomática aos Estados Unidos, de estudar com atenção o funcionamento da Suprema Corte estadunidense (Mendonça, 1960: 136). A se considerarem verdadeiros os fatos, teria o próprio imperador se encarregado da tarefa de quando e como transferir o *quarto poder* para outro centro de gravidade.

### 1.5 O lance hamiltoniano a respeito do *quarto poder*

O discurso de liberais e conservadores, especialmente a partir da década de 1860, permite concluir que já existia no pensamento político brasileiro da época a ideia de que, ao menos conceitualmente, o referente do *quarto poder* poderia ser alocado na cúpula do Judiciário, a partir do espaço de experiência dos Estados Unidos, a República exemplar para muitos liberais brasileiros, ou o sistema que poderia ser considerado o “mais perfeito de federação”, para usar as exatas palavras de Stuart Mill (1981 [1861]: 165).

Esse fenômeno pode ser entendido, valendo-se do método de Koselleck (2020: 15-111), como uma antecipação linguística de um acontecimento relativo ao estado de coisas político-constitucional que só ocorreria, no Brasil, com a República. Não se trata, e a diferença é relevante, de uma antecipação dos fatos, do estado de coisas, o que poderia culminar em uma espécie de “mitologia da prolepse” (Skinner, 2017: 378-380), mas tão somente da mudança do conceito.

Essa antecipação conceitual não representou, na década de 1860, a superação do conceito de *quarto poder* traduzido de Constant. Pelo contrário, o discurso dominante, entre liberais e conservadores, era o de que, no Brasil, o referente do conceito estava no imperador, tendo em vista a forma de governo monárquica. A questão chave, nessa altura, é que, embora a linguagem e o estado de coisas tenham dificuldade em andar no mesmo passo, elas andam em conjunto. A mudança da linguagem, então, em direção a uma nova conceituação a respeito do *quarto poder*, pode ser compreendida como um indicativo de transformação do contexto político, e não a própria mudança em si. Ao menos já indicava uma ação política voltada para esse sentido. O livro de Zacarias é um bom exemplo.

Um ponto que chama atenção no contraste entre a recepção da teoria política do *quarto poder*, centrado na figura real, a partir da leitura de Benjamin Constant, e a teoria política que deslocava o referente do conceito para a Suprema Corte americana, derivada das leituras de Mill e Tocqueville, é a carência de debate ou mesmo de citação dos autores norte-americanos<sup>10</sup>. Mais especificamente daqueles que trataram do tema teoricamente. Os artigos federalistas já contavam com mais de sete décadas e o julgamento de *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte estadunidense já havia ocorrido há quase seis décadas.

Se, de um lado, o esclarecimento dos conceitos fundamentais de Constant parece dispensável aqui, porque plenamente conhecidos dos atores e autores da época; por outro, a carência de debate das teorias americanas, a partir dos próprios americanos, leva-me a resgatar algumas das ideias centrais a respeito da conceituação da Suprema Corte como *quarto poder* nos Estados Unidos. A progressiva americanização do conceito no Brasil, especialmente após a Proclamação da República, impõe-me essa tarefa heurística. Não para suprir a carência do debate à época, evidentemente, mas para a melhor compreensão global do conceito.

Apesar de não ter sido a principal questão dos artigos federalistas, alguns deles

---

<sup>10</sup>Carência, aqui, não significa ausência, mas escassez. Para fazer justiça ao Visconde do Uruguai, a título ilustrativo, pode-se fazer alusão às suas citações aos americanos James Kent, Joseph Story e William Rawle. De qualquer forma, essas referências foram meramente direcionadas aos livros que cada um publicou, sem adentrar em detalhes a respeito de suas ideias (Uruguai, 1865: 430). Joaquim Rodrigues de Sousa também cita pontualmente, em nota de rodapé, os *papers* federalistas em *Análise e comentário da Constituição política do Império do Brasil ou teoria e prática do governo constitucional brasileiro* (1867: xix) [+Mendes].

delinearam certas considerações sobre o Poder Judiciário e, mais particularmente, sobre o seu órgão de cúpula. A concepção do Judiciário, especialmente nos artigos de Hamilton, derivava, em grande parte, assim como em Benjamin Constant, das lições de Montesquieu em *O Espírito das Leis* (2000 [1748]). O Poder Judiciário, pela natureza de suas funções, era considerado, pela leitura que Hamilton fazia de Montesquieu, como o menos perigoso à Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-la ou violá-la.

Isso porque o Judiciário “não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa” (Hamilton, Madison, Jay, 1993 [1787-1788]: 479). Neste sentido, pode-se dizer que não teria, estritamente, força nem vontade, mas tão somente julgamento, estando em última instância, de acordo com o arquétipo francês, na dependência do auxílio do Executivo, inclusive para a eficácia de seus julgamentos.

O suposto perigo de captação da autoridade legislativa pelo Judiciário, já à época reiterado em muitas ocasiões, seria, para Hamilton, um fantasma. Isto poderia ser inferido, para ele, da natureza geral do Judiciário, das finalidades com que se relaciona e do modo como é exercido, da sua fraqueza relativa como *terceiro poder* e de sua total incapacidade de garantir eventuais usurpações por meio da força (Idem: 496).

Talvez por essa razão, Hamilton julgava razoável dotar o Judiciário de um poder considerável que até então estava reservado às outras esferas do poder, notadamente ao Poder Legislativo: o de julgar inválidas as leis contrárias à Constituição, isto é, o controle judicial de constitucionalidade das leis, que ficou conhecido nos Estados Unidos como *judicial review*. Segundo Hamilton, “limitações desse tipo [ao Legislativo] não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição” (Idem: 480). E era taxativo ao julgar que “os tribunais de justiça devem ser considerados os bastiões de uma Constituição limitada contra os abusos legislativos” (Idem: 483). A tarefa que denominou como a de *guardião da constituição* caberia aos juízes (2005 [1787 e 1788]: 85 e 416).

O “lance” de Hamilton, se adotarmos a concepção metodológica de John Pocock (2003), consistiu justamente em atribuir a uma Corte Suprema a competência para definir a palavra final sobre a Constituição. Ao contrário da tradição francesa de aversão ao poder de julgar, que em boa medida transparecia até n’ *O espírito das leis* (Montesquieu, 2000 [1748]: 87, 169), Hamilton alçou o órgão de cúpula do Judiciário ao *quarto poder*, com a tarefa de guardar a Constituição.

Essa era uma atribuição à época, se tomamos como verdadeiras as palavras de

Tocqueville (1987 [1835]: 82-85), que até então não encontraria paralelo na modernidade. A necessidade de defesa da ideia levou Hamilton a asseverar que este seria um ponto incontroverso, restando por se discutir apenas as atribuições da Corte. Em suas palavras, “que deve haver uma corte de jurisdição suprema e final é algo que não foi contestado e provavelmente não o será” (Hamilton, Madison, Jay, 2003: 493).

A questão que era controvertida para ele era se o tribunal deveria ser um corpo distinto ou não do Legislativo. A comparação com o sistema da Inglaterra, o qual adotava a segunda opção, era evidente naquele momento. No entanto, diferentemente do modelo inglês, todas as razões militavam, para Hamilton, contra a entrega do *quarto poder* a um corpo de homens escolhidos para o Legislativo. Considerando a propensão natural desses corpos ao facciosismo e às divisões partidárias, havia, para ele, “igual motivo para temer que o hálito pestilento do facciosismo envenene as fontes da justiça” (Idem: 495).

O “lance” de Hamilton, que privilegiava as decisões judiciais tomadas em último grau por uma Corte Suprema, ligada ao Judiciário, refletiria enormemente nas instituições políticas americanas. Esse reflexo pode ser notado, por exemplo, na visão de Tocqueville sobre o Judiciário estadunidense e sua excepcionalidade no mundo da época (Tocqueville, 1987 [1835]: 117-119). Dada a importância conferida à Corte, Tocqueville observava que “nas mãos dos sete juízes federais, repousam constantemente a paz, a prosperidade, a própria existência da União. Sem eles, a Constituição é letra morta” (Idem: 118). Ainda sobre a Suprema Corte, Tocqueville indicava que “jamais Poder Judiciário mais imenso foi constituído em nenhum povo. A Suprema Corte está situada em posição mais elevada que qualquer tribunal conhecido” (Idem: 117). Para um francês como Tocqueville, era até esperado um sentimento de surpresa ao se deparar com um órgão de cúpula do Judiciário com tamanho poder, já à época, tal qual a Suprema Corte norte-americana.

O estabelecimento do *judicial review* nos Estados Unidos não aconteceu, porém, com o “lance” de Hamilton. Aconteceu na prática judicial americana, antes da visita de Tocqueville, após uma decisão importante da Suprema Corte ainda nos anos iniciais da experiência constitucional. Coube ao *chief justice* John Marshall da Suprema Corte firmá-lo no julgamento *Marbury v. Madison*, em 1803. O precedente foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder, já pensado por Hamilton, de exercer o controle judicial de constitucionalidade das leis, negando aplicação àquelas que fossem contrárias à Constituição.

Apesar da antecipação conceitual de Hamilton (Hamilton, Madison, Jay, 1993 [1787-1788]: 479-495), nada havia na Constituição sobre a atribuição da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade das leis, o que provocou, dentre outros motivos, o famoso embate entre

John Marshall e Thomas Jefferson, este último à época presidente da República (Simon, 2003; Jefferson, 2008; Paul, 2018).

### 1.6 O estado de coisas aperta o passo rumo à antecipação conceitual

A Proclamação da República em 1889 permitiu que o estado de coisas político-constitucional avançasse com rapidez em direção à antecipação conceitual já efetuada no nível da linguagem a respeito do papel da cúpula do Judiciário na nova forma de governo. A República, mais do que apenas consolidar a linguagem norte-americana quanto ao conceito de *quarto poder*, abriu um horizonte de expectativas, para usar a categoria de Koselleck, quanto às funções do seu referente liberal, o Supremo Tribunal.

O ocaso do Império acelerou o processo de abandono das ideias francesas, e até mesmo inglesas, em muitos setores liberais. A partir de então, não só a linguagem, mas também o espaço de experiência dos Estados Unidos passaria a ditar, em regra, o sentido interpretativo dos liberais em relação ao *quarto poder* (Lynch, 2014a: 142-143).

A aceleração dos acontecimentos, contudo, deslocou o centro de gravidade da questão. Se, até então, a linguagem comandava o ritmo da significação conceitual, agora, a partir da Proclamação da República, os fenômenos extralinguísticos tomavam a rédea sobre como as instituições deveriam ser modeladas na nova forma de governo. Isso não quer dizer que a linguagem deixou de desempenhar um papel importante. Claro que não. Mas a rapidez dos acontecimentos políticos ultrapassava a capacidade da linguagem para expressar mudanças conceituais de maneira acurada.

Aqui busco, de forma breve, entender como a linguagem desempenhou seu papel nos meses subsequentes à Proclamação da República para a definição do *quarto poder* na nova forma de governo. Dado o acelerado e profundo processo de mudança, o exercício de definição conceitual desempenharia um papel mais elaborado nas décadas seguintes, com o processo de repetição linguística e de significação das instituições criadas.

Nas próximas páginas apresentarei brevemente duas principais instâncias em que o conceito de *quarto poder* seria politicamente mobilizado ou pensado para modelar as instituições brasileiras nos momentos iniciais da República. A primeira é pela ótica da *Comissão dos Cinco*, responsável pela elaboração do projeto de Constituição, composta por Saldanha Marinho, Rangel Pestana, Antônio Luiz dos Santos Werneck, Américo Brasiliense Mello e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro (Roure, 1979: 01-02). O segundo momento é a Assembleia Constituinte de 1890-1891. Em ambos os casos, e não necessariamente de

maneira intencional, os constituintes deram o primeiro passo no sentido de diminuir a distância entre a ideia liberal que alocava o referente do conceito na cúpula do Judiciário e a configuração das instituições políticas do país.

Rangel Pestana e Santos Werneck escreveram juntos um projeto de Constituição e os demais redigiram o seu próprio texto, com exceção de Joaquim Saldanha Marinho, presidente da Comissão, que não elaborou nenhum, o que resultou em três projetos (Idem: 01-07). No que tange a quem caberia a função de *quarto poder*, não houve um consenso entre os projetos, sendo um ponto bastante controvertido (Sato, 2018: 80).

No projeto de Rangel Pestana e Santos Werneck caberia ao Congresso velar na guarda da Constituição (Koerner, 1998: 153-159) e o projeto de Américo Brasiliense não fugia desta linha (Ribeiro, 1917: 67-69). Ambos tinham uma influência parlamentarista e alocavam no Legislativo a instância última de interpretação da Constituição, guardando o sentido do texto constitucional da Constituição de 1824, mas não a sua prática.

O projeto de Magalhães Castro, integrante do Supremo Tribunal de Justiça do Império entre 1881-1889, se distinguia dos demais ao projetar o Supremo Tribunal como o *quarto poder*, com inspiração no programa liberal do Império (Idem: 155). Embora seu projeto tenha sido desconsiderado no texto final elaborado pela *Comissão dos Cinco*, os debates na Constituinte e o discurso judiciarista das décadas seguintes teriam em grande medida a mesma concepção do seu texto, que estabelecia em seu artigo 103 que cabia “ao Supremo Tribunal velar pela guarda e fiel observância da Constituição, pela defesa das instituições e dos direitos do cidadão” (Ribeiro, 1917: 118).

Finalizado o trabalho pela *Comissão dos Cinco*, competia ao Governo Provisório revisá-lo. Alguns atores políticos tiveram um maior destaque na revisão do projeto. Entre eles, Rui Barbosa e Campos Salles foram os que mais propuseram emendas relacionadas à estrutura, organização e atribuição do Supremo Tribunal Federal (Sato, 2018: 83). Há consenso sobre o empenho, em especial, de Rui, em alçar o Supremo ao papel de *quarto poder*, com as funções de um *poder moderador* ou de *guardião da Constituição* durante a etapa de revisão (Lynch, 2011a: 308; Koerner, 1998: 155), trazendo novamente à tona a interpretação do projeto de Magalhães Castro sobre a Corte.

Se, por um lado, o projeto do Governo Provisório, por meio da revisão de Rui, havia ampliado as competências do Supremo, delineando o seu papel como o de árbitro da federação e como defensor dos direitos e garantias individuais; por outro, as discussões na Constituinte não privilegiaram essa temática (Idem: 144 e 176). Todo esforço político e constitucional voltava-se, antes de tudo, para a questão federativa.

De todo modo, houve aqueles que viram na Corte, ao menos conceitualmente, o novo Poder Moderador, como se transplantado para a República no órgão de cúpula do Judiciário. José Hygino, constituinte que seria nomeado ministro do Supremo Tribunal pouco tempo depois, em 1892, dizia que a Suprema Corte consistia na “chave da abóbada do novo edifício político” e que “o enorme poder desse Tribunal será a salvaguarda ou a perda da República” (ACC, v. 2, 1981: 164).

Antônio Gonçalves Chaves, constituinte e magistrado, fazia a ligação conceitual direta entre a Corte e o Poder Moderador imperial, ao dizer que o Supremo Tribunal seria “o grande pilar da Constituição, uma espécie de Poder Moderador, destinado a manter o equilíbrio de todos os poderes da Federação”, e “investido de um caráter eminentemente político” (Idem: 200). Em outra oportunidade, Gonçalves Chaves repetia a comparação, ao fazer um aparte ao discurso de Glicério, que também caminhava na mesma linha das declarações de José Hygino e do próprio Gonçalves Chaves (Witter, 1981 [1891]: 75-76):

O Sr. Francisco Glicério – (...) O Supremo Tribunal Federal, senhores, é como sabeis, o poder mais alto da República, deve ser o mais prestigioso, o mais elevado posto da liberdade política, para compreender nesta fórmula simples, o direito individual, o direito dos Estados, e todos os deveres da autoridade pública na Federação.  
O Sr. Gonçalves Chaves – Pode-se dizer que é o Poder Moderador da República.

E não eram só eles. Amphilophio de Carvalho, outro constituinte magistrado de carreira e nomeado ministro do Supremo pouco tempo depois, em 1892, acreditava, como decorrência dessa definição, que caberia ao Tribunal altas funções na República. Afinal (ACC, vol. 2, 1981: 86-87):

[O Supremo Tribunal] concentra a maior soma de poder político da nova forma de governo, porque tem a faculdade de corrigir os erros do Executivo e do Legislativo, firmando a inteligência da leis constitucional, e que é o tribunal que há de julgar o presidente da República nos crimes comuns, a esse tribunal, a seu julgamento exclusivo, meus senhores, vão ser deferidas todas as questões que mais interessam a vida autônoma dos estados, sua independência e futuro, as questões entre estados e União, a validade das leis dos parlamentos dos estados, a manutenção dos atos de seus governos.

Mais do que pensar uma solução institucional para o enquadramento do Supremo Tribunal no arranjo de poderes na República, a proposição de Amphilophio de Carvalho visava, como se percebe do seu discurso, enfraquecer o modelo de “dualidade da Justiça” proposto pelo Governo Provisório. Ao propor que o Supremo revisasse as decisões dos tribunais inferiores, ele efetivamente definia o Tribunal como o órgão de cúpula do Poder Judiciário,

hierarquicamente superior a todos os demais órgãos judiciais. E, neste sentido, era de suma importância a unificação da interpretação do direito justamente por meio da atuação do Supremo Tribunal Federal (Idem: 78).

A atribuição da Suprema Corte como órgão centralizador e unificador do direito não agradava as oligarquias locais. Tanto que o discurso de Amphiphio de Carvalho, nessa parte, foi interrompido por um aparte de Ramiro Barcelos, do Rio Grande do Sul, para pontuar que “cada estado tem esse tribunal” (Idem).

Uma leitura geral dos debates constituintes deixa claro que vozes se levantavam, de fato, contra o projeto de um Supremo centralizador, pois a tônica antimonárquica da Constituinte inflava os discursos contra quaisquer projetos neste sentido (Sato, 2018: 112-113). Uma forma de evitar a centralização era, por exemplo, tentar criar outros critérios de composição do Tribunal. Rui Barbosa definiu no projeto constitucional o número fixo de quinze ministros, para evitar as flutuações que ocorriam nos Estados Unidos ao sabor das circunstâncias políticas. Alguns defendiam, como Tavares Bastos, por exemplo, um critério representativo conforme a quantidade de estados (ACC, vol. 2, 1891: 232-233).

O pensamento de Campos Sales, como ministro da Justiça (1889-1891) e durante a Assembleia Nacional Constituinte, é bastante representativo dessa delimitação do papel do Supremo Tribunal na concepção das oligarquias estaduais. Na exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizava a justiça federal antes da Constituinte, o então ministro da Justiça, escrevia que “na grande União Americana com razão se considera o Poder Judiciário como a pedra angular do edifício federal e o único capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual”. Deixava, por outro lado, a pista de que o Poder Judiciário no novo regime estava “calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal”. Em suas próprias palavras:

A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglês, foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos.

Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como o arquitetam poucos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.

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

É por isso que na grande União Americana com razão se considera o Poder Judiciário como a pedra angular do edifício federal e o único capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os

erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo.

Sobre as atribuições do Supremo Tribunal, a definição de Campos Sales ficou mais clara durante a Constituinte. Se, de um lado, como ele declarou na exposição de motivos do Decreto nº 848, o Judiciário e, assim, o Supremo, era a “pedra angular do edifício federal”, ele não poderia ser uma pedra no sapato das oligarquias locais. Na Constituinte, o ministro da Justiça negou que os tribunais locais ficariam reduzidos e subordinados ao Supremo (Idem: 265):

O Sr. Campos Sales (Ministro da Justiça) – (...).  
Quer-se adjudicar à competência do Tribunal Federal o julgamento em última instância, de todos os feitos. Mas, neste caso, que restará do sistema? A que ficará reduzida a independência e a soberania dos tribunais locais, se as suas sentenças ficarem subordinadas à decisão suprema do Tribunal Federal?

Neste quesito não havia do que discordar de Tavares Bastos. Muito ao contrário, naquela mesma ocasião, Campos Sales citava expressamente *A Província*, e de maneira bastante apropriada, para acentuar que Tavares Bastos reconhecia o potencial federativo da Suprema Corte dos Estados Unidos justamente em razão da sua descentralização no sistema federal da justiça dos Estados Unidos.

Os debates constituintes deixam explícito, portanto, que se repudiava qualquer marca característica do Império. Se eles não tinham um acordo sobre o que deveria ser a República, acordavam que era necessário romper com a centralidade de instituições que se assemelhassem às do Império (Sato, 2018: 113). A despeito disso, o Supremo saiu como exceção à regra, porque a Constituinte não conseguiu evitar um Tribunal que em última instância servia como ponto de equilíbrio dos conflitos republicanos (Idem: 114).

No dia 28 de fevereiro de 1891, quatro dias depois de promulgada a Constituição republicana, o Supremo reuniu-se “no velho edifício da Relação, à Rua do Lavradio”, em um prédio que “primava pela pobreza e desconforto”, sendo que “não tinham os Ministros sequer onde guardar seus papéis, visto que os juízes que ali funcionavam, alternadamente com o Supremo, quatro vezes por semana, ‘se haviam apossado das chaves de todas as gavetas’” (Rodrigues, 1965: 8). Um cenário que pode ser considerado desolador, mas que bem mostrava a tensão entre, de um lado, um certo discurso que conferia ao Tribunal as funções de um *quarto poder* e, de outro, um retrato bem mais realista que parecia colocar freios à ameaça centralizadora imposta pela Corte aos interesses das oligarquias estaduais, temerosas de um

novo Poder Moderador, centralizador e unificador do direito.

### 1.7 Considerações

A Constituição de 1824 fornecia o sentido de *quarto poder* e o seu referente no seu próprio texto, mais precisamente nos artigos 10 e 98. Do ponto de vista do significado, o *quarto poder* era quem garantia a harmonia e equilíbrio dos poderes. Do ponto de vista do referente, estava expresso no texto constitucional que o encargo para desempenhar o *quarto poder* era delegado privativamente ao imperador.

No espectro liberal, moderados como Zacarias tinham o discurso de que o *quarto poder*, embora tivesse o significado de afiançar a harmonia entre os poderes, deveria ter, ao mesmo tempo, seus atributos relevantes limitados. No embate ideológico, o objetivo era diminuir o alcance do significado dado ao conceito por conservadores como Bernardo Pereira de Vasconcelos, o marquês de São Vicente e o Visconde do Uruguai.

Liberais radicais como Teófilo Otoni, por outro lado, buscavam, ainda no campo ideológico-conceitual, esvaziar por completo a definição conservadora e liberal moderada do conceito de *quarto poder*, mediante a extinção do seu referente político-constitucional. Ainda mais radicais, mas com a mesma pauta de abolição do Poder Moderador, havia os políticos liberais de espírito republicano, como Borges da Fonseca, que havia participado da Revolução Praieira de 1848-1850 (Fausto, 1995: 178). Anteriormente, a resistência ao Poder Moderador, em Pernambuco, ocorreu pela voz de Frei Caneca, para quem “o Poder Moderador de nova invenção maquiavélica é a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos” (Caneca, 1875: 42).

A despeito disso, a impugnação ao referencial do *quarto poder* não tinha o efeito de suprimi-lo do estado de coisas político-constitucional. Até porque, havia um relativo domínio da acepção dos conservadores e liberais moderados de que a função de árbitro do regime cabia, segundo o texto constitucional e a prática política, ao imperador. Quando muito, os liberais radicais conseguiam mobilizar o discurso de que o *quarto poder* deveria ser alocado ou na Assembleia Geral, ou, numa ideia mais progressista, no próprio povo, como defendia Luiz Gama, ao protestar que o Poder Moderador, “como todos os atos da sociedade, deve ser exercido diretamente por ela” (Gama, 2021 [1868]: 293).

A partir de 1860, o referente do *quarto poder* começa a ser visto de modo mais amplo, quando alguns liberais como Tavares Bastos e conservadores como o visconde do Uruguai e o senador Cândido Mendes passam a linguisticamente alocá-lo na cúpula do Judiciário dos

Estados Unidos, mais especificamente na sua Suprema Corte, em vista da realidade político-constitucional estadunidense. A mudança interna no conceito consistiu, por aqui, em uma antecipação linguística do que ocorreria na realidade brasileira tempos depois, ao longo da República, mesmo que se considere que o Supremo Tribunal tenha desempenhado, extralinguisticamente, pouco ou quase nenhuma função moderadora nas décadas seguintes, e mesmo depois da Primeira República.

A mudança no referente do conceito, do Império para a República, teve também o condão de trazer algumas complicações em relação à ideia do sistema representativo. O imperador, na função do Poder Moderador, era o “primeiro representante” da nação, na forma do artigo 98 da Constituição de 1824. Para o marquês de Caravelas, considerado o principal autor da Constituição imperial, a própria Constituição não poderia ter abdicado daquela primeira vontade da nação, que delegou o exercício dos seus poderes soberanos ao imperador (Lynch, 2014b: 96). No mesmo sentido, o marquês de São Vicente afirmava a natureza representativa do *quarto poder* pelo imperador, pois o Poder Moderador era a “suprema inspeção da nação”, isto é, “o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos” (São Vicente, 1857: 204).

A Assembleia Geral, às vezes considerada a guardiã da Constituição, também exercia suas funções como resultado direto do sistema de representação. A transferência do referente do *quarto poder* no discurso liberal para a Suprema Corte dos Estados Unidos e, depois, para o Supremo brasileiro, retiraria dos representantes diretos da nação a função de manter o equilíbrio dos poderes, tornando mais pertinente a pergunta de Zacarias sobre quem deve vigiar o vigilante (Vasconcelos, 1862: 43).

A mudança interna do conceito em uma de suas partes, o referente, teve, ainda, a capacidade de alterar a correlação com o seu outro elemento, qual seja, o significado. A Suprema Corte dos Estados Unidos, embora tivesse a mesma função institucional, mais geral, de cultivar a harmonia entre os poderes, guardava outros atributos relevantes que não eram os mesmos do Poder Moderador imperial brasileiro. A jurisdição constitucional, mediante o controle de constitucionalidade das leis em um caso concreto, era a atribuição mais importante e mais reivindicada pela Suprema dos Estados Unidos que, por exemplo, não tinha paralelo exato nas funções do Poder Moderador brasileiro. Se houve mudança no referente e, por consequência, no significado, o conceito, ainda que não tenha mudado completamente, teve um abalo considerável em termos de (res)significação.

Mais uma vez, do Império à República, o conceito sofreu mudanças substanciais,

provocadas pela linguística e sobretudo pelos fenômenos extraconceituais, que atingiram em cheio sua estrutura temporal interna. À parcela de significado do passado, dos tempos do Império, seria acrescentada nova parcela de sentido motivada pela mudança da forma de governo e da constituição política.

A Proclamação da República no Brasil teve como resultado, no estado de coisas político-constitucional, a extinção do Poder Moderador. Uma vez extinto o referencial do conceito no mundo dos fatos, liberais e conservadores começaram a disputar a herança jacente imperial. Era forçoso, já naquele tumultuado contexto, buscar outro referente, outras definições e outros atributos relevantes para o conceito de *quarto poder*.

A partir de então se inicia um longo e complexo processo de ressignificação do conceito. Até a promulgação da Constituição de 1891, o arsenal linguístico não conseguiu dar conta da difícil tarefa de ressignificação do conceito. Nesse contexto, principalmente na Assembleia Constituinte, o conceito de *poder moderador*, já amplamente conhecido e difundido no contexto político-constitucional, foi utilizado por alguns constituintes para fazer as vezes do recém-criado Supremo Tribunal Federal.

A transferência conceitual do *quarto poder*, com referente no Poder Moderador, para a cúpula do Judiciário, entendido como *terceiro poder*, também traria complicações ao nível conceitual. A sobreposição, ainda que não completamente, entre *terceiro* e *quarto poderes*, suscitaria questões a partir da Primeira República.

A correspondência expressa e direta entre Poder Moderador-Supremo Tribunal Federal aconteceu de forma bastante particular, linguisticamente, durante a Constituinte, talvez porque houvesse a tentativa de fazer uma transferência de representação entre os antigos e os novos conceitos, entre as antigas e as novas instituições (Lynch, 2021b). Não descarto, contudo, a hipótese de a correspondência ter sido um artifício para escapar do ônus de se conceituar com novas palavras a nova instituição que era o Supremo. Afinal, ainda que não seja uma regra, e a Revolução Francesa é um ótimo exemplo desta exceção, “para grande desespero dos historiadores, os homens não têm o hábito, a cada vez que mudam de costumes, de mudar de vocabulário” (Bloch, 2001: 59).

As teses não são excludentes. Ao contrário, são complementares. É certo que já na Constituinte liberais como Campos Sales buscavam traçar certos limites ao Supremo, para não que atrapalhasse os planos das oligarquias e, nesse sentido, a Corte não poderia desempenhar papel igual ou semelhante ao Poder Moderador imperial. Mas a concessão de novos atributos relevantes ao novo referente conceitual traria dificuldades até mesmo para outros liberais, mais democráticos, que não conseguiriam linguisticamente explicar, apenas com o significado do

Poder Moderador imperial, as novas atribuições do *quarto poder* que iam além da incumbência geral de garantir a harmonia e equilíbrio dos poderes.

A manutenção da unidade do direito, tema estritamente ligado ao federalismo e que seria uma preocupação dos constituintes, pode ser mencionada como exemplo. Duas décadas depois, em sua plataforma eleitoral de 1910, Rui afirmaria a necessidade de se alterar a Constituição, “concentrando no Supremo Tribunal Federal toda a jurisprudência do país, mediante recursos, para esse tribunal, das sentenças das justiças dos estados” (Barbosa, 1999 [1910]: 314). A República, oligárquica, revelaria que essa preocupação, no entanto, estava longe de ser a única no arbitramento dos conflitos republicanos, como vivenciaria o próprio Rui.

## 2 SUPERANDO CONSTANT (1889-1930)

A Suprema Corte dos Estados Unidos é o único e exclusivo tribunal da nação (...)

Nas mãos dos sete juízes federais repousam constantemente a paz, a prosperidade, a própria existência da União. Sem eles, a Constituição é letra morta; é para eles que apela o Poder Executivo, para resistir às imposições do Legislativo; o Legislativo, para defender-se das empreitadas do Poder Executivo; a União, para fazer-se obedecer pelos Estados; o interesse público contra o interesse privado; o espírito da conservação contra a instabilidade democrática. O seu poder é imenso (...)

Por isso, os juízes federais não devem ser apenas bons cidadãos, homens instruídos e probos, qualidades necessárias a todos os magistrados; é preciso encontrar neles homens de Estado. (...)

Se, porém, a Suprema Corte viesse um dia a ser composta de homens imprudentes ou corruptos, a confederação teria a temer a anarquia ou a guerra civil.

(Tocqueville, *A Democracia na América*, 1835)

Proclamada a República e promulgada a nova Constituição, os liberais começam um longo processo de ressignificação do conceito de *quarto poder*. Afastando-se da ideia francesa de desconfiança em relação ao Judiciário, o pontapé inicial consistiu em atribuir ao Supremo o papel de referente do conceito, vinculando-o, desde logo, ao encargo que o Poder Moderador desempenhara no Império (Costa, 2006: 24-25; Lynch, 2021b: 110).

Para este capítulo da tese, a tarefa de seleção dos liberais segundo os critérios da pesquisa apontou dois nomes que são, no liberalismo democrático, incontornáveis para a compreensão do judicialismo da Primeira República: Rui Barbosa e Pedro Lessa. Afinal, ambos, Rui e Lessa, defenderam, cada qual à sua maneira, a “consagração institucional do Supremo Tribunal como poder moderador do regime, encarregado de fazer valer os princípios republicanos, liberais e democráticos da Constituição” (Lynch, 2021b: 96).

Muitas hipóteses e conclusões que ora apresento no capítulo sobre as influências oligárquicas no discurso de Lessa são derivadas da pesquisa que fiz para a compreensão dos casos julgados pelo Supremo que contaram com a sua participação. As pesquisas já realizadas quanto aos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal neste contexto ainda possuem um viés muito jurídico (Costa, 1964a; Rodrigues, 1965, 1991a, 199b; Horbach, 2007), sem a correlação das forças político-oligárquicas.

A partir deste capítulo, e ao contrário do anterior, a tese passa a se dedicar, cada vez mais, ao estudo do conceito na tradição liberal do pensamento político-constitucional brasileiro. Tendo em vista o recorte da tese, a correlação com o conservadorismo ou com o socialismo,

por exemplo, passa a ser progressivamente mais contingencial.

Quanto ao conceito de *quarto poder*, de modo diverso da Constituição pretérita, não havia no texto constitucional republicano definições taxativas a respeito de quem e de como deveria ser exercido o papel de árbitro da República. Existiam duas disposições constitucionais ou dois conjuntos de previsões, porém, que as oligarquias interpretariam a seu favor. A primeira, relativa ao artigo 35, inciso I, repetia a previsão da Constituição de 1824 de que cabia ao Congresso “velar na guarda da Constituição”.

A *Comissão de Verificação de Poderes*, por exemplo, ganhou maior relevância a partir das modificações promovidas durante a presidência Campos Sales no Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Instrumento fundamental da política oligárquica, a Comissão reforçou as práticas da *política dos governadores*. Há quem entenda que, com essa ferramenta política, “Campos Sales, num acordo momentâneo, recriou quase a figura do Poder Moderador, vertebrou a política brasileira, controlando a relação entre o poder central e os poderes regionais” (Lessa, 2000: 33).

A outra previsão constitucional completaria o arco oligárquico por meio de uma interpretação conservadora e às vezes abertamente autoritária do texto da Constituição de 1891. Por uma interpretação extensiva do artigo 6º da Constituição e da previsão expressa dos artigos 48, item 15, e 80 da Constituição, que previam, respectivamente a intervenção federal e o estado de sítio, presidentes da República como o marechal Floriano Peixoto e o marechal Hermes da Fonseca passaram, em nome da ordem, a tentar incorporar em si o *quarto poder* (Koerner, 1998: 180; Lynch, 2012: 196). A Emenda Constitucional de 1926, passou a prever, no artigo 6º, inciso II, alínea “d”, da Constituição, que cabia ao governo federal, e, portanto, à presidência da República, em último grau, intervir nos Estados para assegurar o respeito à “independência e harmonia dos poderes”, uma atribuição que, ao menos ao nível conceitual, sempre esteve reservada ao *quarto poder*.

Por isso mesmo, com a extinção do Poder Moderador imperial, a interpretação constitucional passou a ser um campo de batalha linguístico entre conservadores e liberais e até mesmo entre liberais mais democráticos e os mais conservadores. Os artigos 6º e 48 da Constituição de 1891 conferiam poderes expressivos ao presidente da República, o que não impediu aos liberais mais democráticos de direcionarem o debate para o artigo 59 da Constituição, que fixava as competências do Supremo.

Em relação aos seus atributos relevantes, a Constituição afirmava que competia ao Supremo julgar, por exemplo, questões federativas relacionadas às “causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros” (inciso I, alínea “c” do artigo 59) e julgar

recursos “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos estados em face da Constituição” (§1º, alínea “b” do artigo 59). Há quem diga que “foram transferidos para ele os poderes judiciais que, no Império, eram da alçada do Conselho de Estado” (Costa, 2006: 24), embora a afirmação deva ser mitigada com as percepções dos liberais, sobretudo os radicais, quanto ao espaço de experiência dos Estados Unidos.

A busca de um espaço de experiência alheio pode ser explicada por muitas razões e uma delas diz respeito ao fato de que, a partir da Proclamação da República, os liberais radicais do Império, agora republicanos, continuaram a ter uma relação tensionada com o tempo imperial, considerando, em especial, o anseio de romper com aquele passado. E essa noção influenciava diretamente no papel do novo *quarto poder*. Os liberais radicais nutriam um sentimento de horror com o passado e buscavam um rompimento, se possível total, com as práticas imperiais, e isso envolvia o afastamento da ideia de uma Corte que centralizasse o poder federal tal qual o Poder Moderador no Império. Por isso, a figura da presidência da República, a partir de Campos Sales, teria a função híbrida de congregar em si os poderes nacionais e, ao mesmo tempo, garantir o poder das oligarquias estaduais.

Os liberais moderados, por sua vez, passaram a desenvolver a partir da República da Espada (1889-1894) uma historiografia mais positiva em relação ao passado imperial, embora cientes de que aquele tempo não voltaria. Ao redigir *Balmaceda*, Joaquim Nabuco diria, a título de exemplo, que “não há mais bela ficção no direito constitucional do que a imaginou Benjamin Constant com o seu Poder Moderador” (Nabuco, 1895: 202). Lynch aponta que Nabuco, com esta referência, via o Poder Moderador como a “instituição que garantira do alto, auxiliada pelo Conselho de Estado, os valores liberais republicanos e o predomínio dos interesses nacionais” (Lynch, 2021b: 94).

Outros liberais democráticos como Rui Barbosa também tinham uma visão mais positiva das experiências do Império, ainda que com mais ressalvas do que Nabuco. Ao criticar em artigo de jornal a decisão do Supremo em 1892 que indeferira *habeas corpus* por ele impetrado, Rui se perguntava o seguinte (Barbosa, 1892: 205):

Quem esperaria que as tradições do Conselho de Estado pudessem invocar-se um dia como exemplos de jurisprudência liberal contra o Supremo Tribunal republicano? Mas assim é. O *habeas corpus* tinha maior cotação entre os conselheiros da casa de Bragança do que entre os juízes da República. Grande lição!

A frase de Rui mostra que também ele fazia uma conexão entre o Supremo e, no caso concreto, o órgão direto de auxílio do Poder Moderador, o Conselho de Estado. Mas nem

sempre as referências de Rui eram tão diretas com os tempos do Império. Na maior parte das vezes o elo comparativo era formado com a Suprema Corte dos Estados Unidos, que havia lhe servido de inspiração durante o processo de revisão do texto constitucional. O horizonte de expectativa passava, portanto, e para usar a categoria koselleckiana, a ser ditado mais pela experiência estadunidense do que pelo espaço de experiência local.

Ao longo da Primeira República, até sua morte em 1923, Rui usou ferramentas linguísticas para se referir à nova instituição que ele compreendia como responsável pela proteção das liberdades individuais. O Supremo era, nesta linha, representado por novas palavras e termos como, por exemplo, *a voz viva da Constituição*; *a joia da Constituição*; *o sacrário da Constituição*; *a chave de abóbada da União* e *o oráculo da Constituição*, o que aparenta, ao longo da Primeira República, um certo envelhecimento do termo *poder moderador*, ao nível da palavra, para representar a instituição, ou ao menos uma tentativa de encontrar novas palavras para se referir ao mesmo conceito.

## 2.1 Rui Barbosa, o missionário

É fora de dúvida que, do Império à República, o poder de oratória, de escrita e de diplomacia de Rui Barbosa marcaram momentos importantes da história nacional, seja como ator político, pensador ou teórico. A análise do seu discurso impõe, portanto, e antes de tudo, o reconhecimento da relativa dificuldade em se conhecer toda a extensão da sua produção intelectual, tão vasta quanto o número de seus comentadores. É até mesmo uma tarefa hercúlea tentar realizar uma síntese de seus intérpretes, considerando que, às vezes, há divergências insolúveis entre eles<sup>11</sup>. Ainda assim, não são muitos os que se dedicaram, nem no presente, a estudar especificamente o seu discurso judiciarista<sup>12</sup>.

O objetivo desta seção é tão somente demonstrar, ainda que de forma sucinta, os traços principais de seu pensamento a respeito da temática central da tese: o conceito de *quarto poder* por ele mobilizado e a relação deste conceito com as funções de moderação do Supremo Tribunal Federal. Logo no início da República, ele “arrogara a si a função de defensor das liberdades individuais e da Constituição. Sua retórica lúcida e apaixonada comovia multidões, dava lições de liberalismo e democracia” (Costa, 2006: 28). Embora digam que não

<sup>11</sup>Para análises mais atuais e abrangentes do pensamento de Rui, consultar, a título ilustrativo, os trabalhos de Bolívar Lamounier (1999); José Murilo de Carvalho (2000); Leonel Severo da Rocha (2006); Christian Lynch (2010); e Flávia Maria Ré (2016). Para estudos mais antigos, que se tornaram clássicos, é possível citar, não exaustivamente, os escritos de Américo Jacobina Lacombe; João Mangabeira; San Tiago Dantas; Rubem Nogueira; Homero Pires e Américo de Moura publicados no livro *Escritos e discursos seletos* (Barbosa, 1966).

<sup>12</sup> Como exceções, pode-se citar os trabalhos de Christian Lynch (2017) e, na mesma linha, de Ana Rosa (2021a).

(Lamounier, 1999: 51-52), talvez devido à intensidade da onda mais recente de negar a história liberal brasileira e, juntamente com esse movimento, a figura de Rui, a força do seu discurso e de sua ação política determinaram, sim, por décadas, os alicerces liberais democráticos do país, sobretudo no discurso judiciarista, mesmo que sem o grau de magnitude que se possa esperar ou desejar.

### 2.1.1 O novo referente do conceito

Com a Proclamação da República e a promulgação da Constituição, Rui tomou para si a difícil tarefa, como o tempo lhe demonstraria, de pedagogo das novas instituições brasileiras, republicanas, inspiradas especialmente no arquétipo dos Estados Unidos. Na qualidade de “pai da Constituição” (Lynch, 2010b), Rui constantemente apresentava a imagem de que a sua participação no processo de elaboração da Constituição obedecia ao critério de uma transplantação, para o país, do que então havia de melhor no mundo para se copiar, considerando a nova realidade brasileira, agora uma República (Barbosa, 1896: 211-212). O parlamentarismo inglês, apesar de ser o modelo ideal, não mais lhe parecia adequado ao país, como admitia nas suas *Cartas de Inglaterra*, tendo em vista a queda da monarquia dos Bragança. Mas mal nisso não havia, porque a Constituição americana era “apenas uma variante da Constituição inglesa” (Barbosa, 1896: 211-212).

Tendo em mente, então, o exemplo das instituições republicanas estadunidenses no processo constituinte, e também depois dele, Rui aproveitava da linguagem para fixar o referente do *quarto poder* no Supremo, que deveria ter autoridade moral o bastante para moderar os conflitos entre os poderes da República, tal qual a Suprema Corte dos Estados Unidos. A empreitada, ele costumava enfatizar, havia sido fruto de seu empenho pessoal, durante o processo constituinte, para elevar o Tribunal à categoria de uma instituição cujo potencial havia se manifestado até então apenas no aspecto linguístico durante o Império. Na sua oração de 1892 no julgamento do *habeas corpus* nº 300, Rui sublinhava, de modo parecido ao relato que Tocqueville havia feito para a Suprema Corte dos Estados Unidos (Tocqueville, 1987 [1835]:118-119), o relevo do Supremo Tribunal brasileiro, tal qual o seu arquétipo, para a proteção das liberdades, ao destacar que (Barbosa, 1892: 58):

Nós, os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isso fizemos deste tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemo-lo com um veto permanente aos sofismas da Razão de Estado, resumimos-lhe a função específica nesta ideia. Se ela vos penetrar, e apoderar-se de vós, se for, como nós

concebíamos, como nos Estados Unidos conseguiram, o princípio animante deste tribunal, a revolução republicana está salva. Se, pelo contrário, se coagular, morta, no texto, como o sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estará perdida.

Mais do que exercer o papel de árbitro e moderador entre os poderes, ao Supremo Tribunal caberia a atribuição, ao longo da Primeira República, de ser, de acordo com Rui, a “chave de abóbada da União”, na frase de Washington” (Barbosa, 1983 [1910]: 83) e o efetivo oráculo da Constituição (Barbosa, 1893: 65), uma espécie de divindade a quem quase tudo se deveria perguntar, e sempre obedecer. Seguindo a sua missão de ensinar a prática das novas instituições de forma quase religiosa (Lynch, 2010b), Rui inclusive vinculou palavras ao conceito que eram próprias do vernáculo religioso, como “sacrário” e “oráculo”. À época, o encargo “divino” da Corte acabou por se desdobrar, nos discursos de Rui, em três vertentes principais: 1) na moderação dos grandes conflitos federativos; 2) na defesa das liberdades individuais e 3) na declaração de inconstitucionalidade de atos do Executivo e do Congresso.

Como exemplo da primeira missão, pode-se mencionar a defesa de Rui, perante o Supremo, como advogado, do direito do Estado do Amazonas ao Acre setentrional, uma disputa federativa entre o Amazonas e a União que envolvia questões de fato e de direito complexas e que nunca chegaram a ser efetivamente julgadas pela Corte (Barbosa, 1983 [1910]: lxxxii). De todo modo, em suas alegações judiciais, Rui não poupou argumentos, como era do seu estilo, para defender o poder de o Supremo julgar a contenda, a despeito das alegações da União que suscitavam a incompetência do Tribunal (Idem: 9-133).

Em relação ao papel do Supremo Tribunal na defesa das liberdades individuais, é até mesmo difícil selecionar apenas um exemplo da atuação de Rui. Dado o contexto político oligárquico da Primeira República, que às vezes descambava para o autoritarismo militarista, como à época das presidências dos marechais Floriano Peixoto (1891-1894) e Hermes da Fonseca (1910-1914), não raras as vezes Rui Barbosa impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal com o objetivo de impor freios à atuação autoritária do Executivo e Legislativo, para garantir, por exemplo, a liberdade de imprensa e locomoção daqueles que haviam sido presos sob circunstâncias ilegais ou inconstitucionais (Costa, 1964a: 17-85; Rodrigues, 1965, 1991a, 1991b; Costa, 2006: 52-54).

Nesse sentido, um exemplo da atuação de Rui que marcou o discurso judiciarista brasileiro nas décadas seguintes foi a impetração do *habeas corpus* nº 300 em 18 de abril de 1892 e julgado em 23 de abril daquele mesmo ano. Em breve histórico dos fatos, com a renúncia de Deodoro da presidência, treze generais entregaram um manifesto ao vice-presidente, Floriano Peixoto, para que fossem abertas as eleições em razão da sucessão presidencial.

Florianos respondeu, em poucos dias, com a decretação do estado de sítio e a prisão de vários envolvidos.

Em defesa de quarenta e sete presos, Rui impetrou *habeas corpus* na Corte com o objetivo de que fosse concedida liberdade aos detidos, considerados presos políticos. Do ponto de vista prático, em vão, pois com a exceção do voto do ministro Pisa e Almeida, o Supremo rejeitou o pedido formulado por Rui por julgar que a controvérsia estava na órbita da política, o que o impedia de analisar a questão. Rui rechaçou a decisão em artigos de imprensa, porque, em sua interpretação, a Corte havia sido criada, com a República, para dirimir altas questões políticas como aquelas (Barbosa, 1892: 91-265).

A terceira principal função do Supremo Tribunal como *quarto poder* consistia na sua atribuição de declarar a inconstitucionalidade de atos do Executivo e do Congresso que exorbitassem os limites constitucionais, ainda que não envolvessem necessariamente a defesa de liberdades individuais. A fonte inspiradora de tal missão procedia, como se tornaria um hábito discursivo dali em diante, dos Estados Unidos, mais especificamente do julgamento do caso *Marbury v. Madison* em 1803 pela Suprema Corte daquele país, com alusão ao célebre voto do *chief justice* John Marshall, sempre citado por Rui, por meio do qual a Corte atribuiu a si própria, mas não sem repercussões, o poder de julgar inconstitucional uma lei se esta contrariasse a Constituição (Barbosa, 1983 [1910]: 24).

Tamanho poder atribuído a um Tribunal espantou Tocqueville em *A Democracia na América*, ao admitir o seu desconhecimento de outro país que modernamente houvesse dotado um Tribunal com poderes tão acentuados (Tocqueville, 1987 [1835]: 82-117). A teoria francesa, desde Montesquieu, passando inclusive por Constant, nutria uma suspeita em relação ao Poder Judiciário. A leitura de Rui afastou-se dessa tradição de interpretação do Judiciário para, na esteira de Hamilton, dotá-lo de mais proteções e poderes, partindo da premissa de sua fraqueza intrínseca (Barbosa, 1999 [1914]: 178):

Se manuseardes *O Federalista*, vereis como Hamilton advoga ali essa autoridade extraordinária, que os patriarcas da grande República entregavam à justiça federal sobre os atos do Congresso Nacional e do Executivo. O Judiciário, observava o célebre americano, é o mais fraco dos três ramos no poder e, conseqüentemente, o menos propenso a usurpar, não tendo influência alguma sobre a espada ou a bolsa pública, não podendo, assim, tomar nenhuma deliberação ativa, e dependendo, até, afinal, do governo para a execução das próprias sentenças. Dele pois não é de temer que empreenda nada contra as liberdades constitucionais. Todas as cautelas, pelo contrário, deve adotar o povo, para que o Judiciário não seja suplantado pelos outros dois poderes, e, quando entre as duas opressões houvéssimos de optar, menos grave seria sempre a dos tribunais que a dos governos ou a dos Congressos.

Rui não desconhecia, portanto, a novidade da dimensão do poder de a Suprema Corte

declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos do Executivo. Pelo contrário, como ninguém antes dele, e como poucos depois dele, Rui tinha profundo conhecimento dos artigos federalistas, do contexto e do voto do *chief justice* Marshall em *Marbury v. Madison*, e dos escritos de Tocqueville em *A Democracia na América*, citando-os, todos, com muita frequência. Em *A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal* (1893), Rui destacava a importância do papel do Supremo na limitação dos poderes do Executivo, mas também do Congresso, que comumente unia-se ou subjugava-se ao primeiro em atos que extrapolavam os limites da Constituição.

Era esse *quarto poder* moderador e limitador dos outros, garante das liberdades individuais, que Rui desejava e se empenhou para pôr em prática no Brasil republicano. Ele dizia que, sem essa instituição, o país ficaria refém de um presidencialismo oligarca que uniria, em conluio, Executivo e Legislativo, tendo em vista a falta de outros freios e contrapesos, como havia no parlamentarismo (Barbosa, 1983: 340-343; 1999 [1914]: 185). Isto é, era fundamental, com a República, conferir um novo sentido ao *quarto poder*, até então centrado no Poder Moderador, e transferi-lo ao Supremo. Essa seria uma missão que Rui colocaria em prática com a finalidade de, fazendo jus ao pensamento brasileiro, diminuir a distância esperada, embora não desejada do ponto de vista ideológico, entre os fenômenos linguísticos e o estado de coisas político-constitucional.

Por esta razão, Rui combateu arduamente as tentativas que buscavam reduzir o poder ou a importância do Supremo Tribunal, seja no plano conceitual, seja no plano da realidade político-constitucional. Em discurso de sua plataforma eleitoral de 1910 para a presidência da República, Rui contestou a proposta de se limitar a atuação da Corte pelo Senado, como queriam as oligarquias que se aliaram ao militarismo da candidatura do seu adversário naquela campanha, o marechal Hermes da Fonseca (1999 [1910]: 320):

Uma política de ódio à justiça, como a que se está praticando em benefício da candidatura militar, uma política dessa violência ostensiva, que convida, no Senado, as suas comissões a desautorarem as sentenças do Supremo Tribunal Federal, num regime onde esse tribunal é o árbitro irrecorrível da validade dos atos do Congresso; que propala, contra os juizes, ameaças de processo no Senado, se aquela magistratura persistir nas suas decisões acerca do Conselho Municipal, mantendo a lei contra as diligências oficiais, envidadas para frustrar, no escrutínio de março, a expressão do horror da capital da República ao militarismo (aplausos delirantes); que no Estado cujo domínio o presidente atual reivindica *par droit de naissance*, tenta corromper a toga em um tribunal superior, aliciando ali votos, para uma maioria de reação no julgamento dos recursos eleitorais; uma política de tais instintos, de tais sestros, de tais proezas (aplausos), não pode falar, em justiça quanto mais inculcar-se desvelada pela sua independência, pela sua inteireza, pela sua incorruptibilidade. (Aplausos.)

No discurso *O Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira*, proferido em 19 de novembro de 1914, poucos dias após o fim do turbado mandato presidencial militarista de Hermes da Fonseca, Rui retoma a sua crítica, ao tomar posse como presidente do Instituto dos Advogados, à proposta legislativa que buscava levar os ministros do Supremo Tribunal a julgamento no Senado, via *impeachment*, por supostos crimes de responsabilidade no exercício da função (Barbosa, 1999 [1914]: 157-193). Tal iniciativa almejava, segundo ele, afrontar a autoridade do Supremo e colocá-lo “num pé de subalternidade ao Senado” (Barbosa, 1999 [1914]: 165).

A proposta intimidadora não podia seguir adiante, porque, como *quarto poder*, nenhum outro estava acima do Supremo, estando ele, ao fim e ao cabo, um degrau acima na hierarquia dos poderes (Idem: 172). Essa era a sua posição, “acima das agitações”, “no topo do edifício”, para utilizar os termos de Benjamin Constant (2005 [1815]: 22, 24), na medida em que “da competência constitucional da Câmara e do Senado, reunidos em Congresso, o último juiz é o Supremo Tribunal Federal” (Barbosa, 1999 [1914]: 172).

A tentativa de subordinar a Corte ao Senado lhe parecia, naquela ocasião, um ato de retaliação ao Tribunal após julgar questões contrárias a interesses de oligarquias e do então presidente Hermes da Fonseca. A proposta legislativa era uma consequência, com efeito, da conturbada relação entre o Executivo e a Corte durante a presidência Hermes. Mas as decisões, por mais desfavoráveis que fossem e tenham sido naqueles últimos anos, não poderiam dar o ensejo, para Rui, de a parte vencida, como havia sido o Executivo, de intimidar os juizes do Supremo Tribunal com o julgamento destes no Senado. Pelo lugar superior da qual emanavam na hierarquia dos poderes, as decisões do Supremo *deveriam ser* cumpridas, e não atacadas com “politicalha”.

O respeito aos julgados do Supremo não significava, por outro lado, a ausência de questionamentos quanto às suas razões de decidir. Rui admitia que o Tribunal poderia errar, e errava, ainda mais no início da República, mas a única voz legitimada no governo representativo a interrogar os fundamentos de uma decisão do Supremo Tribunal era uma velha conhecida dos liberais: a opinião pública (Barbosa, 1892: 94; 1983 [1910]: 53).

Tanto que foi esse o meio pelo qual Rui encontrou, via artigos de imprensa, para criticar a decisão proferida pelo Supremo no *habeas corpus* indeferido em 1892 (Barbosa, 1892: 91-265). Por isso dizia, já no primeiro da série de artigos de jornal que escreveu, que na “ordem da justiça, acima do próprio tribunal supremo, que eu reverencio, quanto os que mais o reverenciam, se eleva uma corte de apelação, a que ele mesmo há de curvar-se: a consciência do país” (Idem: 94).

Muito embora o conceito de opinião pública estivesse sobejamente atrelado às tradições do liberalismo inglês, do qual Rui era conhecedor e confesso admirador, como o de Stuart Mill, o pai da Constituição buscava nos americanos a inspiração para as suas críticas à Suprema Corte. Havia se tornado comum já naquela época, e o artifício adotaria ares de lugar comum nas décadas seguintes, pegar o exemplo dos discursos do presidente Abraham Lincoln quando se buscava colocar em dúvida as decisões da Corte (Idem: 95). Afinal, o presidente criticara o resultado do caso *Dred Scott v. Sandford*, julgado em 1857 pela Suprema Corte e que, em linhas bastante gerais, confirmara a escravidão nos Estados Unidos, tendo, por consequência, influenciado a Guerra de Secessão (1861-1865). Por lá, nos Estados Unidos, a tática discursiva não era diferente. Em seu discurso *A Charter of Democracy*, Theodoro Roosevelt também alertava que havia sido Lincoln quem havia se insurgido contra os juizes que julgaram aquele caso (Roosevelt, 1919 [1912]: 48)<sup>13</sup>.

As referências de Rui a Lincoln não se dariam sem uma contradição, ao menos aparente, pois o presidente estadunidense também havia descumprido decisões da Corte durante a guerra civil, o que seria criticado por Rui (Idem: 124-125). A contradição, de todo modo, parece ilusória, pois apesar de admitir o constrangimento da Suprema Corte pela opinião pública, isso não significava aceitar uma sujeição do Tribunal, nem mesmo pelas instituições do sistema representativo. Afinal, ao *quarto poder* cabia uma atribuição de oráculo, de “fiel da balança constitucional” (Barbosa, 1983 [1910]: 46).

### 2.1.2 O espaço de experiência americano como arquétipo

A noção do *quarto poder* abrangia, no discurso judiciarista de Rui, a apreensão de uma outra maneira de situar as instituições políticas e constitucionais da República. Volta e meia ele lamentava a influência francesa que, ainda na República, contagiava o pensamento político-constitucional. Afeiçoado ao liberalismo inglês, em especial durante o Império, e depois ao constitucionalismo estadunidense, Rui repetidamente lançava suas críticas à história e às teorias francesas.

Ele não escondia, portanto, seu pouco entusiasmo pelas ideias vindas da França, ao menos daquelas mais radicais. Em seus discursos, o país era, quase sempre, retratado como o

---

<sup>13</sup>“Lincoln who appealed to the people against the judges when the judges went wrong, who advocated and secured what was practically the recall of the *Dred Scott* decision, and who treated the Constitution as a living force for righteousness” (Roosevelt, 1919 [1912]: 4). Tradução livre para “Lincoln quem apelou ao povo contra os juizes quando os juizes erraram, quem defendeu e garantiu praticamente a revogação da decisão de *Dred Scott* e quem tratou a Constituição como uma força viva para a justiça”.

período do Terror, da facção jacobina e de Napoleões, onde a maioria conseguia, não raro, estabelecer uma tirania (Barbosa, 1892: 86). Sua concepção de liberdade estava, assim, mais atrelada ao liberalismo inglês moderno, como o de Stuart Mill, e ao americano de Madison, e até mesmo ao liberalismo moderado francês admirador da democracia dos Estados Unidos, como o de Tocqueville e de Laboulaye, a partir da concepção do conceito moderno de liberdade, diferente da dos antigos e até da de Rousseau, a quem ele negava qualquer inspiração na constituinte republicana brasileira (Barbosa, 1893: 33).

A Inglaterra aparecia, em especial, no seu discurso, como o lugar vislumbrado por Montesquieu n' *O espírito das leis*, onde o poder estava limitado devido à existência de freios e contrapesos capazes de controlá-lo. O mesmo acontecia nos Estados Unidos, uma versão inglesa na América. O exercício da liberdade era, nessa lente, um mecanismo concreto da cultura política dos ingleses e dos americanos, não se podendo dizer o mesmo da história francesa (Barbosa, 1893: 29-31; 1896: 210-211).

A França era lembrada por Rui como o lugar de onde provinha a ideia, a qual ele combateria na República, da soberania ilimitada das assembleias populares. A ideia seria também motivo de inquietação no liberalismo francês moderado, preocupado em resolver a equação que harmonizasse soberania popular e liberdades individuais (Cassimiro, 2016; Freller, 2019). Rui parecia repelir antes o espaço de experiência francês dos radicalismos revolucionários do que propriamente toda e qualquer ideia vinda da França.

Com os olhos na história francesa, como o próprio liberalismo francês moderado da época o fazia, Rui julgava que uma assembleia popular sem limitação de poder, como aquelas da Revolução Francesa, era um risco às liberdades individuais, notadamente das minorias. Em outros termos, a ideia de um poder ilimitado das assembleias, que pode ser atribuída a um Sieyès no contexto inicial da Revolução, parecia a Rui um problema apto a abrir as portas para a tirania da maioria e comprometer, no Brasil republicano, a proteção das liberdades individuais e do governo representativo (Barbosa, 1893: 30; 1896: 336).

Daí a sua admiração, na República, pelo modelo americano, por ter concebido a ideia da supremacia da Constituição, dentro de um constitucionalismo liberal, republicano e presidencialista, que, tudo ao mesmo tempo, limitava os poderes estatais, garantia as liberdades dos indivíduos e, não menos importante, bloqueava a subversão dos alicerces constitucionais por facções efêmeras. Contrariamente à noção revolucionária jacobina, que depositava as suas fichas no próprio povo soberano, pela interpretação de Rousseau, ou em assembleias populares com poderes ilimitados, a partir das ideias de Sieyès, a teoria e a experiência dos Estados Unidos, por outro lado, tinham sua vinculação à vontade do povo encartada na Constituição.

Tomando emprestadas as palavras de Laboulaye, assim como ele admirador dos Estados Unidos, Rui sublinhava que “todo o sistema político dos americanos assenta no princípio de que há uma lei, a que o legislador está submetido. Essa lei, *dirigida contra a onipotência das assembleias*, é a Constituição” (Laboulaye *apud* Barbosa, 1893: 31).

Nesse viés, seu discurso parecia estar, em muitos momentos, um passo atrás do mote da hermenêutica constitucional. Antes de disputar a interpretação da Constituição, era necessário alçá-la a objeto de disputa. Por isso, ele enfatizava que o modelo americano permitia a aplicação direta da Constituição em múltiplos casos concretos, sendo certo que a legislação ordinária deveria ser criada e aplicada por meio dos filtros constitucionais. A própria criação dos poderes do Estado era fruto da Constituição, a qual deveria governar, por isso mesmo, todos os trabalhos dos três poderes (Barbosa, 1893: 17):

As bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sobre todas as leis e sobre todos os poderes, na limitação estrita da autoridade da legislatura e da autoridade da administração às suas fronteiras escritas, na impenetrabilidade da muralha de garantias, que protegem o indivíduo com o círculo de sua cinta acastelada de formas solenes e de tribunais tutelares, na intervenção reparadora das justiças da União em todos os casos de violência ao direito constitucional, desça ela de que altura descer.

O fio argumentativo permite situar temporalmente Rui entre Marshall e Kelsen, ambos defensores, em diferentes momentos e lugares, da supremacia da Constituição via controle judicial de constitucionalidade das leis por meio de uma Corte Suprema, o *quarto poder*. O discurso exemplifica, ainda, por que Rui conferia tanta importância, a partir da Primeira República, ao controle de constitucionalidade das leis feito pelo Judiciário e, em última instância, pelo seu órgão de cúpula. Em primeiro lugar, para destacar o papel do “oráculo da Constituição” na defesa das liberdades individuais. Em segundo lugar, para incutir no próprio Tribunal, por meio de um discurso pedagógico, a tese de que, pela nova formatação institucional da República, caberia à Corte a tarefa de ser o fiel da balança constitucional. Em terceiro lugar, e talvez o aspecto prático de mais difícil absorção pelos atores políticos da época, para reforçar a ideia de que o exercício da atividade jurisdicional envolvia a aplicação direta da Constituição, segundo o *judicial review* estadunidense, se necessário com o afastamento de atos e leis que a contrariassem, mediante o exercício de seu poder contramajoritário face ao Congresso e ao Executivo.

Um dos temas mobilizados por Rui que mais remetia à experiência e à linguagem americanas dizia respeito ao julgamento, pelo Supremo, das chamadas questões políticas ou meramente políticas. Mais do que um simples argumento judicial usado por ele, a tese das

questões políticas era um recurso frequentemente empregado pelas oligarquias e pelos militares para bloquear as atribuições do *quarto poder* dos judicarietas. Foi desta forma, em especial, que o controle de constitucionalidade das leis assumiu uma feição prática no Brasil da época. Pela análise do seu discurso judicarieta, Rui apresentou alguma oscilação ao longo do tempo quanto ao tema, mas muito da abordagem já havia sido delineada pelo menos desde 1892, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 300.

Uma das afirmativas capitais de Rui sobre o argumento das questões políticas era a de que se tratava de uma “enunciação vaga”, tendo sido deste modo que ele se referiu à tese em um dos seus artigos de imprensa publicado após o julgamento desfavorável do *habeas corpus* nº 300 (Barbosa, 1892: 137). Quase duas décadas depois desse julgamento, Rui diria, com razão, n’*O direito do Amazonas ao Acre setentrional*, de 1910, que a tese, a preferida das oligarquias e dos militares, era um “bordão clássico de todas as ditaduras e de todos os atentados” (Barbosa, 1983 [1910]: 95).

O argumento de que o caso judicial envolvia uma questão política e, assim, não poderia ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal, era suscitado com muita frequência à época. Como regra, para limitar sua atuação (Lynch, 2021b: 92). Algumas vezes, como aconteceu em 1892, a própria Corte encampou o argumento da sua incompetência para julgar o caso, considerado político (Barbosa, 1892: 267-272). Em muitos processos em que Rui atuou como advogado no Supremo houve a necessidade de se rebater a tese, como no *habeas corpus* nº 300; no *habeas corpus* nº 1.063 (Costa, 1964a: 36-85); e na ação ordinária sobre a questão do Acre (Barbosa, 1983 [1910]). Rui igualmente rebateu-a fora de processos judiciais, como na palestra *O Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira*, proferida em 1914 quando tomou posse como presidente do Instituto dos Advogados (Barbosa, 1999 [1914]: 157-193).

Chamando o *quarto poder* à sua alta função de funcionar como “fiel da balança”, Rui pregaria, como o fez várias vezes na oração do *habeas corpus* nº 300, que incumbia ao Supremo proteger as liberdades individuais sobretudo em face de abusos políticos, isto é, em questões políticas. Naquele evento particular do *habeas corpus* nº 300, os atentados à liberdade estavam materializados pelas prisões efetuadas como sucedâneo do estado de sítio decretado por Floriano. Em suas palavras, e apelando para o “poder equilibrador” da Corte, Rui, como de costume, assumia as vestes do advogado imbuído da missão de salvar o país pela prática religiosa da boa política, do bom direito, com o apelo ao *quarto poder* para que assumisse essa função e lhe ajudasse juridicamente na tarefa política (Barbosa, 1892: 83-84):

Vós, Tribunal Supremo, fostes instituído para guarda aos direitos individuais,

*especialmente contra os abusos políticos*; porque é pelos abusos políticos que esses direitos costumam perecer. Para amparar essa categoria de direitos contra os excessos de origem particular, contra as invasões de caráter privado, não carecereis dessa prerrogativa, a função específica do vosso papel, que vos manda recusar obediência aos atos do governo, ou às deliberações do Congresso, quando contravierem à Carta Federal. Logo, senhores juizes, a circunstância de abrigar-se em formas políticas o atentado não subtrai ao vosso poder equilibrador, se uma liberdade, ferida, negada, conculcada pelo governo, se levanta diante de vós, exigindo reparação.

Uma das maiores críticas de Rui ao resultado daquele *habeas corpus* girava na órbita da interpretação do *case Marbury v. Madison* e, mais particularmente, nos alicerces do voto do *chief justice* John Marshall naquele caso julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Isso porque, ao apreciar o *habeas corpus* nº 300, a grande maioria do Supremo Tribunal, com exceção do ministro Pisa e Almeida, entendeu, em suma, que “não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo” (Barbosa, 1892: 268).

A crítica de Rui veiculada na imprensa direcionava-se mais especificamente para a exposição oral do ministro Joaquim da Costa Barradas, relator do *habeas corpus*. Para Rui, que se mostrava, como de hábito, grande conhecedor dos assuntos que tratava, e isso não era diferente em relação ao conhecimento dos meandros do caso *Marbury v. Madison*, o ministro Barradas havia feito uma leitura errônea e parcial do precedente ao afirmar que Marshall, em seu voto, teria afastado da apreciação judicial as questões políticas.

Pelo contrário, Rui destacava que o *case* da Suprema Corte americana tratava de “matéria essencial, exclusiva e absolutamente política” (Idem: 109), mas não envolvia a proteção de direitos individuais. Com mais razão, então, o Supremo Tribunal, uma cópia do modelo estadunidense, poderia, ou deveria, conhecer do *habeas corpus* em hipótese que cuidava, antes de tudo, de liberdades individuais. Afinal, mesmo “a feição política do ato não furta à ação da justiça os abusos do poder” (Idem: 113).

Muito embora o caso *Marbury v. Madison* fosse emblemático do ponto de vista representativo, Rui destacaria em seus artigos de imprensa (Idem: 145-152), e depois n’*O direito do Amazonas ao Acre setentrional* (Barbosa, 1983 [1910]: 95-133), com as atualizações necessárias, que, na verdade, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos estava repleta de casos manifestamente políticos julgados pelo Tribunal. Além de *Marbury v. Madison*, ele apontava, por exemplo, os casos *Dred Scott v. Sandford* (1857), que, em síntese, chancelou a escravidão no país; *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* (1895), em que se declarou inconstitucional o imposto de renda; os *Insular Cases* (1901), uma série de decisões sobre a situação dos territórios conquistados pelos Estados Unidos na Guerra Hispano-

Americana; dentre outros (Idem: 96-99).

De qualquer maneira, *Marbury v. Madison* era simbólico pois havia delimitado uma questão fundamental que seria repetidamente frisada por Rui e que, por sinal, não havia sido considerada pelo ministro relator do *habeas corpus* nº 300: o *case* da Suprema Corte dos Estados Unidos julgado em 1803 abrigava a intervenção judicial para a proteção de direitos individuais mesmo em hipóteses que envolvessem questões políticas.

Citando diretamente as razões de decidir da Corte americana naquele precedente, algo que certamente poucos tinham condições de fazer àquela altura, dada a relativa falta de conhecimento das instituições norte-americanas (Koerner, 1998: 151), Rui fazia notar que “onde há funções especificamente determinadas por lei, e o exercício dessas funções pode tocar em direitos individuais, claro é que o indivíduo, que se considerar lesado, tem o direito de pedir remédio às leis do país” (Barbosa, 1892: 119).

Para não fugir à regra dos liberais brasileiros, “com suas crenças inabaláveis de que boas leis criam boas e eficientes instituições, e que boas instituições garantem a qualidade moral do sistema” (Santos, 1978: 97), Rui bateria na tecla de que “a violação de garantias, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais” (Barbosa, 1893: 149) e que “quando a pendência toca a direitos individuais, a justiça não se pode abster de julgar, ainda que a hipótese entenda com os interesses políticos de mais elevada monta” (Barbosa, 1999 [1914]: 189).

Havia apenas um limite traçado pela doutrina americana que Rui tentaria, a todo tempo, conciliar com a sua visão: ao Judiciário não cabia, segundo a fonte estadunidense, julgar questões exclusivamente ou eminentemente políticas. Ocorre que a delimitação dessa fronteira era nebulosa e não se apresentava totalmente resolvida no pensamento de Rui, mesmo com o passar do tempo. Não que fosse um problema dele. A tese era vaga o suficiente para gerar múltiplas interpretações.

Embora Rui tivesse definido com rigor as vinte e uma matérias que ele entendia como meramente ou puramente políticas n’*O direito do Amazonas ao Acre setentrional*, como, por exemplo, a declaração de guerra e a celebração da paz (Barbosa, 1983 [1910]: 118-119), ele passou a conferir, contudo, ao longo dos anos, cada vez menos importância a esse ponto, sempre alargando o âmbito de atuação do Supremo. A finalidade parecia ser a mesma de sempre: reduzir a distância entre a teoria que conceituava o Tribunal como “o oráculo da Constituição” e as práticas político-constitucionais extralinguísticas. Nesse sentido, há uma mudança sensível entre seu discurso de 1892, no *habeas corpus* nº 300, e o de 1914, no pronunciamento que fez no Instituto dos Advogados, quando defendeu uma atuação quase irrestrita da Corte, até mesmo

em ocasiões exclusivamente políticas (Barbosa, 1999 [1914]: 189-191).

A presidência do marechal Hermes da Fonseca (1910-1914), apoiada pelo estado do Rio Grande do Sul de Pinheiro Machado, teve um significativo peso para a mudança discursiva de Rui Barbosa. As intervenções federais nos estados, a chamada “política das salvaçãoes”, deram origem a muitos *habeas corpus* que chegaram à Corte (Costa, 2006: 50) e muitas vezes os ministros votavam a favor dos chefes políticos a quem estavam ligados (Koerner, 1998: 202). Neste período, “a politização do Supremo Tribunal Federal era evidente na concessão de *habeas corpus* em casos de conflitos entre as facções rivais das oligarquias estaduais” (Costa, 2006: 50). Contudo, esta correlação de forças políticas não significava que as decisões do Tribunal fossem cumpridas. Pelo contrário, inúmeras delas não o foram.

O governo Hermes levou Rui, então, a considerar novos horizontes conceituais e extralinguísticos para o *quarto poder*. O militarismo do sobrinho de Deodoro forçou o judiciarismo ruiano a girar em outra esfera conceitual. Poucos dias após Hermes deixar a presidência, no seu discurso de 1914, Rui dilatava o campo de atuação do Supremo ao ponto de sugerir que as discussões políticas cairiam na sua competência toda vez que envolvessem a questão de saber se, no caso concreto, havia ou não afronta à Constituição. Em um contexto marcado pela disputa da interpretação constitucional, essa delimitação tinha o potencial de multiplicar os assuntos que poderiam ser decididos pelo Supremo. Mais importante, a se prevalecer a sua avaliação, caberia ao próprio *quarto poder* definir a sua esfera de atribuições, em uma clara inspiração na ideia de Marshall.

Ainda na homilia de 1914, Rui arremataria uma ideia que sempre aparecia nos seus discursos, desde os artigos escritos à imprensa para censurar a decisão proferida no *habeas corpus* nº 300 (Barbosa, 1892: 162), passando pelo *Direito do Amazonas ao Acre setentrional* (Barbosa, 1983 [1910]: 71), até culminar no discurso proferido no Instituto dos Advogados: a de que a interferência da justiça consistia senão em “transformar” uma questão política em questão judicial (Barbosa, 1892: 162; 1999 [1914]: 188). Portanto, sendo o Tribunal “o juiz supremo e sem apelo na questão de saber se qualquer dos outros poderes excedeu à sua competência, é o último juiz sem recurso, na questão de saber se é, ou não, político o caso controverso” (Idem: 187). Ou seja, em última instância cabia ao *quarto poder*, como em *Marbury v. Madison*, definir os contornos do seu próprio poder. Do ponto de vista ideal, parecia uma boa estratégia para tentar diminuir as distâncias entre um conceito e um complicado estado de coisas político-constitucional. E o caminho para alcançar esse objetivo não escapava da lógica da boa política e do bom direito: a bússola estava na autoridade moral da justiça e, neste itinerário, encontraria adversários à altura.

### 2.1.3 A autoridade moral como atributo relevante do *quarto poder*

Um discurso que aparece muito ligado ao judicialismo ruiano durante a Primeira República é o militarismo, este último um antagonico expresso daquele. Ele é empregado, na chave liberal, como um discurso que dá vazão ao contraconceito de *poder moderador*, uma espécie de *poder desestabilizador*<sup>14</sup>. No judicialismo ruiano da Primeira República, os marechais Floriano Peixoto e Hermes da Fonseca personificaram este contraconceito, em razão dos confrontos entre eles e o *quarto poder* dos liberais, o Supremo.

Em termos de exemplos a serem seguidos pelo Tribunal, Rui sempre lembrava, quando queria afirmar a autoridade do Supremo em hipóteses políticas que cuidavam de temas ligados ao militarismo, o julgado pela Suprema Corte americana no caso *Ex parte Milligan* (1866), que, em suma, concedeu o *habeas corpus* e declarou inconstitucional a submissão à jurisdição militar uma região onde não se efetuavam, durante a Guerra Civil de Secessão, operações de guerra e onde ainda funcionavam os tribunais civis. Decidido ainda sob o calor da guerra, Rui observava que “a Corte Suprema reivindicava, contra as sentenças arbitrárias das comissões militares instituídas pelo governo, a soberania da ordem civil e da justiça constitucional” (Barbosa, 1983 [1910]: 30).

O precedente *Milligan*, pela natureza do tema nele debatido, teve inegavelmente um feitio político, pois julgado no contexto da guerra civil americana e ainda sob vigência da lei marcial, mas nem por isso a Suprema Corte americana negou-se a deferir a ordem de *habeas corpus* nele pleiteado (Barbosa, 1892: 132-134). Por isso, Rui não cessaria de reivindicar a adoção no Brasil, pelo Supremo, do entendimento fixado no caso *Milligan*, na linha de que “a autoridade do Congresso e a do presidente da República não tolhem, *ainda em caso de guerra*, aos tribunais federais a competência, para examinar a legalidade das prisões feitas pelo Executivo, à sua ordem ou por atos de seus agentes” (Idem: 133).

Devido à ausência de precedentes similares no contexto brasileiro, Rui precisou buscar um exemplo extremo na experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Ainda que a ditadura florianista tenha sido um período conturbado, não era equivalente à guerra civil americana. Porém, a despeito das diferenças e possíveis semelhanças, ao menos em 1892, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 300, o Supremo negou o pleito de Rui por considerar que o estado de sítio e, por consequência, as prisões dele decorrentes estavam na

---

<sup>14</sup>A expressão *poder desestabilizador* é de autoria de José Murilo de Carvalho, empregada para se referir ao militarismo no período da Primeira República (Carvalho, 2019: 29-94).

esfera de atuação política dos outros poderes. A conclusão, quando comparada com a decisão do caso *Milligan*, não deixava de espantá-lo, porque, ante um fato menos periclitante, “a nossa magistratura suprema despe-se voluntariamente, ante o estado de sítio, de funções que a Suprema Corte, nos Estados Unidos, energicamente afirmava ainda em presença da lei marcial” (Idem: 134).

A visão de Rui em relação à falta de consciência do *quarto poder* dos liberais o faria resgatar autores e políticos conhecidos por serem considerados conservadores, mas que, como os liberais, antes censuraram, em algum grau e momento, a falta de moderação ou os excessos cometidos pelos poderes instituídos. Em todos os casos, Rui destacaria, em um ângulo mais sociológico ou histórico, a dificuldade de a justiça obstaculizar ações ditatoriais do Executivo ou, em uma abordagem mais normativa, a falta de autoridade da justiça para impor limites aos arbítrios e aos atentados contra as liberdades.

Nesse sentido, citando Burke, Rui sublinharia que o autor das *Reflexões sobre a Revolução na França* (2017 [1790]) havia bem notado, citando diretamente suas palavras, que “a justiça é o único princípio permanente de toda a política na sociedade civil, e qualquer desvio dela, sejam quais forem as circunstâncias, deve ser-nos sempre suspeito como negação de toda a política” (Burke *apud* Barbosa, 1892: 226). Ainda sobre a Revolução de 1789, Rui citava os fatos contados por uma das principais versões históricas reivindicadas pelos conservadores acerca da Revolução, a de Hippolyte Taine, n’*As origens da França contemporânea* (2011 [1875-1893]), para destacar as similitudes, não sem um exagero, ainda que justificado pela intenção persuasiva do discurso, entre os sistemas acusatórios da França do Terror e o brasileiro da época da decretação do estado de sítio por Floriano. Nessa toada, ele sugeria a leitura do livro de Taine para se compreender “como a violência se repete através dos séculos, como os sentimentos humanos passam pela mesma perversão em todas as ditaduras, nas ditaduras da multidão, ou nas ditaduras da espada” (Barbosa, 1892: 73-74). Chamando-o de conservador, ainda que o evento narrado tenha acontecido antes do seu famoso discurso de virada ideológica, Rui mobilizaria, ainda, a carta de 1827 de Bernardo de Pereira Vasconcelos, dirigida aos eleitores mineiros (1899 [1827]), ao afirmar que “as comissões militares são invento infernal. A história judiciária basta a convencer-nos de que o juiz conhecido antes do ato de julgar nem sempre se guia pelas leis e pela razão natural” (Vasconcelos *apud* Barbosa, 1892: 80).

O recurso ao discurso conservador permitia a Rui reforçar, também por este viés ideológico, a necessidade de independência da justiça como instrumento da boa política, mesmo em circunstâncias adversas como a guerra. Retomando a experiência dos Estados Unidos, Rui

criticava determinadas posições de Lincoln na Guerra de Secessão, sobretudo porque o presidente, premido pelas circunstâncias, havia descumprido decisões da Corte Suprema, como no caso *Ex parte Merryman* (1861), quando o *chief justice* Roger Taney deferiu o *habeas corpus* para liberar Merryman, preso por ordem militar (Barbosa, 1892: 124-125). Então, em 1892, olhando para o contexto brasileiro do estado de sítio decretado por Floriano e, considerando o exemplo americano dos descumprimentos das decisões da Corte por Lincoln, ou seus agentes, Rui fazia a seguinte pergunta (Idem: 124):

Será nas tradições governativas dessa época que o Supremo Tribunal Federal entre nós há de ir buscar precedentes imitáveis? E, quando fosse legítima, para aplicadores da legalidade, essa fonte contaminada pela violência revolucionária e pela violência militar, quais os exemplos dignos de imitação para um tribunal de justiça? Os dos agentes de Lincoln desrespeitando o *habeas corpus*? Ou os da Corte Suprema concedendo-o?

A resposta, é claro, estava ao lado da autoridade da justiça, como bem respondeu em suas *Cartas de Inglaterra*, ao afiançar, em uma referência que em boa medida lembra o famoso verso de Cícero *cedant arma togae*, que “se as armas não se inclinarem à justiça, ao menos que a justiça não seja cortesã das armas” (Barbosa, 1896: 385). Quase duas décadas depois, em referência aos arbítrios militaristas de Hermes, Rui diria mesmo que “a justiça é a essência do Estado” (Barbosa, 1931 [1914]: 195).

Nos seus discursos, o militarismo aparece, com certa frequência e na linha dessas últimas afirmações, como elemento de força que enfrentava constantemente a autoridade da justiça. Isso não significava, é bom frisar, que ele fosse contrário pura e simplesmente às Forças Armadas. Ao contrário, nas *Cartas de Inglaterra*, de onde escreveu exilado pela ditadura do marechal Floriano, Rui reconheceu, em um cenário marcado pela expansão imperialista europeia, notadamente inglesa a partir do século 19, a importância das Forças Armadas para a proteção externa do país (Barbosa, 1896: 159-182).

Porém, uma característica do militarismo, no Brasil, mostrava-se deletéria não apenas para o país, mas para a própria corporação: a participação na política. Nas palavras de Rui em relação ao período da presidência do marechal Floriano, o país era governado pelas armas, mas “nunca o país se achou tão lastimosamente desarmado para a defesa nacional. É o que acontece toda a vez que as armas exercem a política” (Barbosa, 1896: xi). Rui retomaria essa visão a respeito do militarismo na ocasião das eleições de 1910, em que ele se achou novamente na empreitada nada fácil de, ao mesmo tempo, criticar a presença dos militares na política, em razão da candidatura do seu adversário militar, mas sem ser alvo de ataques dos militares

(Barbosa, 1910: 39-133). Isso não o impediu, porém, de dizer na Campanha Civilista que “o exército não faz política” (Idem: 90).

A crítica de Rui à presença do militarismo na política não ocorreria, porém, sem tensões constantes, às vezes potencializada pelo calor do momento. Em muitas ocasiões, a crítica descambava para a análise da versão brasileira do presidencialismo republicano. Em *Cartas de Inglaterra*, mais especificamente naquela em que explica suas conversões, ele associa uma série de palavras e expressões negativas para se referir ao modo como o presidencialismo republicano, no Brasil, havia um mal de “origem militar”, um “elemento perigoso”, e que “o nosso mal, presentemente, é o militarismo” (Barbosa, 1896: 404, 409).

Durante a Campanha Civilista, Rui renovaria esse discurso ao fazer menção, por exemplo, ao “pecado original da espada no berço das instituições atuais” (Barbosa, 1910: 41). E, da mesma forma que antes, também em 1910, destacaria como o militarismo era deletério para a própria força militar, porque “antes de ofender as leis civis, o militarismo golpeia no coração as leis militares” (Idem: 42-43). O militarismo é, assim, conceituado como uma forma degenerada ou degenerativa do pensamento militar. Por isso ele marcava a diferença entre as instituições militares e o militarismo ao dizer (Idem: 43):

Entre as instituições militares e o militarismo vai, em substância, o abismo de uma contradição radical. O militarismo, governo da nação pela espada, arruína as instituições militares, subalternidade legal da espada à nação. As instituições militares organizam juridicamente a força. O militarismo a desorganiza. O militarismo está para o exército, como o fanatismo para a religião, como o charlatanismo para a ciência, como o industrialismo para a indústria, como o mercantilismo para o comércio, como cesarismo para a realeza, com o demagogismo para a democracia, como o absolutismo para a ordem, com o egoísmo para o eu. Elas são a regra; ele, a anarquia. Elas, a moralidade; ele, a corrupção. Elas, a defesa nacional. Ele, o desmantelamento, solapamento, a aluição dessa defesa, encarecida nos orçamentos, mas reduzida, na sua expressão real, a um simulacro.

Sempre fiel ao ideal de bom governo, da tradição do liberalismo de Stuart Mill (Lynch, 2010b: 42), Rui diria, assim, que a “desgraça” da menor liberdade na República do que no Império nada tinha “com o caráter das instituições: é simplesmente o efeito do domínio da espada” (Idem: 405-406). Por isso, postulava “pela república constitucional, em vez das ditaduras militares, como pugnava ontem pelo império parlamentar, em vez do aulicismo bragantino” (Idem: 407).

Essas últimas afirmações estavam num contexto maior das *Cartas de Inglaterra*, em que Rui, embora tenha participado de atos da Proclamação da República, admitia ser um republicano de última hora, adaptado pelas conjunturas ao ocaso da monarquia como forma de governo no Brasil (Idem: 403-410). Embora não escondesse sua admiração pelo sistema

parlamentarista à inglesa, ele se considerava, antes de tudo, defensor da liberdade, independentemente da forma ou do sistema de governo (Idem: 408). Por isso, dizia, ainda nas *Cartas de Inglaterra*, que tinha aprendido “a não ter preferências abstratas em matéria de formas de governo, a ver que as monarquias nominais podem ser de fato as melhores repúblicas, e que, na realidade, as repúblicas aparentes são muitas vezes as piores tiranias” (Idem: 210). Para atingir o fim, a liberdade, pouca diferença fazia a respeito da forma de governo, desde que se garantisse a finalidade da organização política, do bom governo e, neste sentido, o direito e a justiça desempenhariam um papel imprescindível.

Por isso, a República militarista do marechal Floriano Peixoto lhe parecia menos republicana que o Império de d. Pedro II. Antes, o direito era reconhecido como elemento importante para a composição das instituições. Com o militarismo republicano, imperava a força, apenas. Rui resgata a história do país, portanto, para dela fazer uma leitura muito positiva. Ele parecia ter razão ao sustentar que, sem o peso do elemento militarista, havia mais proteção às liberdades no Segundo Império, mas parecia um excesso afirmar, talvez justificado pela finalidade argumentativa, que a justiça brasileira daquela época concedia *habeas corpus* na mesma extensão da Inglaterra e que as suas ordens eram respeitadas pelo Conselho de Estado, sem haver resistência do Imperador (Barbosa, 1892: 189-205).

Rui colocava-se na difícil posição, então, como o fazia habitualmente, de tentar o que lhe parecia improvável, em sua busca da “democracia impossível” (Lynch, 2010b), como se ele fosse “uma espécie de alma do outro mundo, que pretende impor à República a obrigação de ser menos antirrepublicana que a monarquia” (Barbosa, 1892: 208). A alusão a uma “alma do outro mundo” pode ser compreendida como uma solução espacial para o que ele não conseguia resolver com o tempo. Dizendo-se fora do seu tempo, ele não conseguia colocar-se no passado imperial, pois temporalmente impossível, tampouco no presente republicano. Assim, a solução parecia estar no âmbito espacial. Para corrigir o quadro, só sendo de outro mundo.

Talvez na condição de um espírito de outro lugar ele conseguisse atingir um fim que lhe parecia difícil: substituir o uso da força, empregada pelo militarismo, pelo império do direito, da autoridade moral da justiça. Mas, para alcançar esse fim, era essencial que a própria justiça não sucumbisse à força. No fundo, voltava à sua ideia de tradição anglo-saxã de que a moral e o direito precedem a política (Idem: 224-225):

A autoridade da justiça é moral, e sustenta-se pela moralidade das suas decisões. O poder não a enfraquece, desatendendo-a; enfraquece-a, dobrando-a. A majestade dos tribunais assenta na estima pública; e esta é tanto maior, quanto mais atrevida for a insolência oficial, que lhes desobedecer, e mais adamantina a inflexibilidade deles perante ela. De um lado o presidente, com o exército; do outro, a magistratura, com a

constituição. Pois esta potência inerme pode mais que todas as armas daquela. Quando a justiça dispõe de menos elementos materiais de obediência, para se impor, quando ela se vê solitária entre a sociedade degradada e o governo insurgido, precisamente e tão é que mais sublime e *mais necessário* é o seu papel.

A autoridade moral do *quarto poder* dos liberais deveria ser exercida ainda que as suas decisões fossem desrespeitadas. A melhor demonstração da autoridade moral da justiça provinha, mais uma vez, da Suprema Corte norte-americana, que, pelos exemplos escolhidos por Rui em 1892, não havia sucumbido quando entendeu necessário exercer sua autoridade e fazer valer o domínio do direito.

Um desses precedentes havia sido o *Ex parte Merryman* (1861), em que o *chief justice* daquela Corte, a despeito das suas diversas tentativas, não conseguiu fazer cumprir a ordem de *habeas corpus*. Rui não interpretou o caso como uma revelação de insucesso ou fracasso. Pelo contrário. Ele se encantava, em um dos seus artigos de imprensa sobre a decisão do Supremo no *habeas corpus* nº 300, ao dizer que “como se agiganta, sublime na sua impotência, a dignidade dessa magistratura, elevando a proeminência moral da sua prerrogativa acima da exequibilidade material das suas sentenças!” (Idem: 130). Um outro exemplo foi o caso dos nativos Cherokee, quando o estado da Geórgia lhes estendeu suas leis em 1830, gerando o conflito judicial entre o estado e a chamada nação Cherokee. Rui lembrava que o estado da Geórgia se recusou a obedecer a decisão da Corte<sup>15</sup>. Mas isso não era um mal em si. Afinal, “perdeu, porém, alguma coisa o prestígio do tribunal com esse cheque da força, infligido à sua autoridade? Ao contrário, perdida estaria ela, se o tribunal não tivesse a energia de girar fora do império do Executivo” (Idem: 224).

Assim, até as experiências ruins da Suprema Corte dos Estados Unidos deveriam ser um exemplo para o Supremo brasileiro, criado originalmente pela influência direta do modelo norte-americano. Esse espaço de experiência negativo era útil no contexto local. A despeito das tentativas pedagógicas e quase religiosas de Rui, imbuído do sentimento liberal de diminuir as distâncias entre a linguagem conceitual e o estado de coisas político-constitucional por meio da crítica à própria realidade brasileira, existia o habitual abismo, aqui ou em qualquer lugar, entre conceitos, teorias e discursos, e o seu reflexo no universo extralinguístico.

A história demonstraria que Rui, pessoalmente, não teria problemas com perdas políticas. Candidatou-se algumas vezes à presidência da República sabendo, por não ser o

---

<sup>15</sup> Rui não cita expressamente a qual julgado da Corte ele fazia referência. A disputa foi julgada em dois casos diversos. O primeiro, decidido em 1831, em *Cherokee Nation v. Georgia*, a Corte se recusou a decidir se as leis estaduais eram aplicáveis ao povo Cherokee. No segundo, *Worcester v. Estado da Geórgia* (1832), a Corte sentenciou que o estado não poderia impor leis no território Cherokee. Pelo contexto, parece que Rui faz referência ao segundo julgado, embora tenha dito que a decisão foi proferida em 1830, e não em 1832.

candidato das oligarquias, que eram poucas, mínimas, ou mesmo nulas suas chances de vencer (Lynch, 2010b: 65-66). Talvez sua força viesse da certeza da perda. Assim poderia enfrentar seus rivais, as oligarquias e o autoritarismo, com o ideal do impossível.

O que importava era o comprometimento com o direito, a justiça, a moral, os direitos individuais, isto é, as ideias liberais democráticas. E tentou olhar para o Supremo como se fosse um espelho, mas não pôde ver a sua imagem refletida por alguns anos. Um reflexo mais límpido seria percebido, ainda que com limitações, tempos depois<sup>16</sup>, a partir de 1898, com a ampliação do cabimento do *habeas corpus* pelo Tribunal.

## 2.2 Pedro Lessa, o juiz

Ao lado de Rui, Pedro Lessa<sup>17</sup> é conhecido por ter criado o que se convencionou alcunhar de “doutrina brasileira do *habeas corpus*” (Baleeiro, 1698: 63-66) ou de “teoria brasileira do *habeas corpus*” (Nunes, 1954: 19-20). Advogado de sucesso e professor de direito da Faculdade de São Paulo (Rodrigues, 1991b: 109-110; Rosas, 2002: 135), Lessa foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal em 1907 pelo presidente mineiro Afonso Pena, ao que tudo indica em razão de sua origem paulista (Koerner, 1998: 189).

Devido à importância e à sedimentação da teoria brasileira do *habeas corpus* no pensamento político-constitucional brasileiro e também para a conceituação do Supremo como referente do *quarto poder*, esta seção é consagrada a compreender a formação e a ampliação da teoria no discurso judicialista de Pedro Lessa. Sem a menor pretensão de esgotar o estudo do tema, principalmente no que diz respeito ao pensamento de outros atores e pensadores, aqui busco compreender, de modo particular, o diálogo entre Lessa e seus principais interlocutores, como Amaro Cavalcanti, Enéas Galvão e, é claro, Rui.

A confrontação dos discursos quanto à teoria brasileira do *habeas corpus* revela-se importante, pois, seja em seu momento de formação, de ampliação, ou de declínio, não parecia haver, nem de longe, um consenso sobre sua aplicação. Uma vez que os principais escritos de Pedro Lessa sobre o ponto ocorreram no âmbito do Tribunal, em seus votos como ministro do Supremo Tribunal, não há como deixar de analisar essa fonte. A partir dos julgamentos do Supremo é possível compreender como o conceito de *quarto poder* é mobilizado por ele,

---

<sup>16</sup> A mudança da jurisprudência do Supremo é analisada por Rui em artigo publicado na Revista de Jurisprudência com o título *A lição dos dois acórdãos* (Barbosa, 1948 [1989]: 253-358).

<sup>17</sup> Um exame da vida e do pensamento jurídico de Pedro Lessa foi feito por Roberto Rosas (1985, 1995, 2002). Outra análise, igualmente por um ângulo mais jurídico, foi realizada por Carlos Bastide Horbach (2007) a respeito dos votos de Lessa como ministro do Supremo Tribunal Federal.

notadamente pelas divergências com os demais.

Isso não quer dizer que a pesquisa se limitou a analisar os votos e falas de Lessa como ministro do Supremo. Em uma pesquisa como esta, tendo como fontes prioritárias textos e escritos, não é possível desconsiderar ou ignorar o seu livro *Do Poder Judiciário* (Lessa, 1915), em que deixou impressões não apenas sobre a teoria do *habeas corpus*, mas também sobre o *quarto poder*.

### 2.2.1 A influência ruiana

O uso do *habeas corpus* como remédio constitucional para garantir liberdades individuais sob o estado de sítio foi discutido inicialmente no Supremo no julgamento do *habeas corpus* nº 300, impetrado por Rui Barbosa para defesa de presos políticos em 1892. Até 1898, mais precisamente até a impetração do *habeas corpus* nº 1.063, de novo pelas penas de Rui, a Corte manteria a posição de que “não permite ao Poder Judiciário dilatar a esfera da sua jurisdição para se imiscuir nas funções políticas do presidente da República” (Costa, 1964a: 42). Porém, dias após a impetração do *habeas corpus* nº 1.063, o Tribunal julgaria novamente a matéria, ainda em 1898, desta vez no *habeas corpus* nº 1.073, quando passou a entender que, a despeito da atribuição do Congresso para deliberar sobre o estado de sítio declarado pelo presidente da República, o Judiciário poderia atuar em determinados *habeas corpus* para a defesa de direitos individuais, sobretudo porque alguns pacientes possuíam imunidade parlamentar (Idem: 50-54), um fato que igualmente envolvia os *habeas corpus* anteriores, mas que não havia sido considerado pelo Tribunal.

Era a concepção de Rui sobre o *quarto poder* surtindo algum efeito no estado de coisas extraconceitual. O próprio Rui, no artigo *A lição dos dois acórdãos*, afirmava que o novo entendimento da Corte, “fruto de seis anos de campanha liberal, tem o brilho, a solidez e a força dos grandes arestos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as constituições escritas” (Barbosa, 1948 [1989]: 288).

Em um período histórico em que a decretação do estado de sítio tomava ares de lugar comum, o debate voltaria ao Supremo outras vezes até o fim da Primeira República. Pedro Lessa, que ocupou a cadeira de ministro da Corte até a sua morte, em 1921, julgou algumas vezes a respeito do cabimento do *habeas corpus* no estado de sítio, quase sempre restando vencido. Se o discurso e as conceituações de Rui às vezes assumiam contornos mais abstratos, teóricos, os de Pedro Lessa, por outro lado, apresentavam um caráter mais prático, voltados para as obrigações de um ministro do Supremo. As duas abordagens são úteis e complementares

para entender o conceito, mas a capacidade de abstração, a partir de Lessa, é consideravelmente menor.

No último ano da presidência do marechal Hermes, 1914, Lessa teve as melhores oportunidades para apresentar, na Corte, a sua concepção de *habeas corpus* sob o estado de sítio e, por consequência, sobre o *quarto poder*, sobretudo porque quase durante todo aquele ano vigorou a medida excepcional. Antes disso, o Supremo julgara casos políticos relevantes a respeito do cabimento do *habeas corpus*, mas em outras matérias. Por uma questão de afinidade temática, parece-me mais apropriado, no entanto, inverter a ordem temporal e começar pela análise de mobilização do conceito por Lessa no ponto em que mais se aproxima de Rui para, em seguida, nas subseções seguintes, apontar as diferenças.

Todos julgados em 1914, os *habeas corpus* nº 3.527, 3.528, 3.535, 3.539 e 3.556 apresentaram a visão de Lessa não apenas sobre o remédio constitucional, mas também quanto à definição do conceito de *quarto poder*. Dentre os *habeas corpus* citados, alguns foram expressa e detidamente analisados por Lessa em *Do Poder Judiciário* (1915: 356-406), outros o foram pela historiografia jurídica (Costa, 1964a: 165-227; Horbach, 2007: 96-102; Rodrigues, 1991b: 153-190).

No *habeas corpus* nº 3.527 discutiu-se a questão de saber se poderia o Tribunal, não obstante tratar de matéria política, intervir para declarar inconstitucional o estado de sítio decretado pelo presidente da República, o marechal Hermes da Fonseca. Segundo o ministro relator, Amaro Cavalcanti, os impetrantes alegavam a inconstitucionalidade do estado de sítio sem demonstrar violações a direitos individuais (Costa, 1964a: 165-167).

O Tribunal, seguindo o voto de Amaro Cavalcanti, entendeu que, embora a Corte pudesse examinar os atos do Legislativo e Executivo em casos que envolvessem direitos individuais, a hipótese concreta não admitia essa interferência judicial, na medida em que acarretaria a assunção, pelo Supremo, de uma atribuição do Congresso, consistente no exame do mérito da decretação do estado de sítio (Idem: 168-173). Além disso, tendo em vista que o caso apresentava feições genéricas, o Tribunal decidiu, adotando o voto do relator, que a sua intervenção na hipótese seria “desconhecer a independência do Poder Executivo para decretar o estado de sítio, inquirindo e julgando dos motivos que teve esse poder para assim fazê-lo” (Idem: 172). Assim, de forma contrária ao que tanto pregava o judiciarismo ruiano, o Supremo Tribunal declarou-se “incompetente para julgar do mérito do mesmo pedido, desde que o seu fundamento, único invocado, a *inconstitucionalidade da decretação do estado de sítio*, é matéria estranha ao Poder Judiciário” (Idem: 173).

Seguindo a linha ruiana, Pedro Lessa votou de maneira contrária, concedendo a ordem

do *habeas corpus*, restando vencido. Como apontou em *Do Poder Judiciário*, ele entendia que o sítio era “manifestamente inconstitucional” (Lessa, 1915: 360). A tese de que cabia ao Congresso o julgamento do mérito da medida excepcional também não o convencia para impedir a apreciação do ato pelo Supremo, pois o fato de o sítio estar sujeito à deliberação do Congresso “não obsta, não pode obstar constitucionalmente a que o Supremo Tribunal Federal garanta os direitos individuais ofendidos pela decretação inconstitucional do estado de sítio” (Idem: 363).

Mais uma vez, em uma argumentação tipicamente ruiana, embora sem citar Rui, Lessa lembrava do caso *Milligan*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em hipótese muito mais adversa, da guerra civil, tendo aquele Tribunal concedido a ordem de *habeas corpus*. Afirmava, então, “muito menos propus eu: em meio da mais completa paz [...] votei garantindo a liberdade individual, ofendida por um ato inconstitucional do Executivo” (Idem: 368). O discurso e o voto de Pedro Lessa pareciam uma clara tentativa de colocar em prática, no Supremo, a ideia propagada por Rui Barbosa de que o Tribunal deveria funcionar como o *quarto poder* da República, antes para a proteção de liberdades individuais do que propriamente, como naquela conjectura, para funcionar como árbitro de conflitos entre Legislativo e Executivo.

No *habeas corpus* nº 3.528, julgado dez dias após o anterior, o Supremo e Pedro Lessa ratificaram suas posições do caso precedente (Idem: 184-187). Onze dias depois, a Corte julgou o *habeas corpus* nº 3.535. Ante a prorrogação do estado de sítio por Hermes, Rui Barbosa critica no Senado o ato do presidente da República por afronta aos preceitos constitucionais. No dia seguinte, fornece cópia do seu discurso parlamentar a jornalista d’*O Imparcial*, mas a publicação é proibida pelo chefe de polícia (Rodrigues, 1991b: 153; Costa, 1964a: 190; Horbach, 2007: 96). Rui Barbosa impetra, então, o *habeas corpus* nº 3.535 no Supremo, pois não poderia ter um discurso seu, já lido no Senado, proibido de ser publicado, vez que, na condição de senador da República, garantia-lhe a Constituição inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos.

Desta vez dando razão a Rui, o Supremo, pelo voto do ministro relator, concedeu a ordem do *habeas corpus* “para que seja o impetrante, senador Rui Barbosa, assegurado o seu direito constitucional de publicar os seus discursos proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe convier” (Costa, 1964a: 197). Lessa acompanhou o relator, concedendo a ordem não apenas a Rui, como aos jornalistas que publicassem os discursos, ficando vencido nesta última parte (Rodrigues, 1991b: 161; Costa, 1964a: 199; Horbach, 2007: 98).

Em tom de crítica ao presidente do Senado, Pinheiro Machado, que nada havia feito contra o ato do Executivo de proibir a publicação de seu discurso parlamentar, Rui proferiu

novo discurso no Senado em elogio à decisão do Supremo. Referindo-se à Corte como “a voz viva da Constituição da República” (Rodrigues, 1991b: 158), Rui realçava, graças àquela decisão, a qualidade moderadora do *quarto poder* e sua importância para a proteção das demais instituições da República (Idem: 156):

Cada vez vou confirmando mais que essa era realmente a joia da Constituição republicana, como é no regime dos Estados Unidos, donde para aqui a trouxeram – essa grande instituição do Supremo Tribunal Federal, inacessível aos partidos, inacessível à política, inacessível às influências da desordem, sem paixões, sem interesses, sem inclinações corruptíveis; essa grande instituição moderadora, limitadora, que cerca as outras instituições, como uma garantia de todas. Mais de uma vez, tem salvado ela, entre nós, o regime republicano e, agora ainda, acaba de salvá-lo.

Após o julgamento do *habeas corpus* nº 3.535, a imprensa publicou os discursos parlamentares de Rui, o que ocasionou a prisão de toda a redação do jornal *O Imparcial* (Rodrigues, 1991b: 163; Horbach, 2007: 98; Costa, 1964a: 204). Por conta disso, três dias depois daquele julgamento, Rui bate novamente às portas da Corte para requerer o *habeas corpus* nº 3.539, também mencionado em *Do Poder Judiciário* (Lessa, 1915: 389-398), em favor dos diretores, compositores, impressores e vendedores dos jornais *O Imparcial*, *Correio da Manhã*, *A Época*, *A noite* e *A Careta*.

Desta vez o Supremo negou a ordem pleiteada, sendo o relator para o acórdão o ministro Enéas Galvão, com quem Lessa teria vivas contendas. Retomando um clássico fundamento que datava do início da República, entendeu a Corte que não poderia avaliar o juízo de conveniência da decretação do estado de sítio, pois tal medida consistia numa avaliação política que cabia, em última instância, ao Congresso. Assim, em julgado que praticamente anulava o proferido dias antes em favor de Rui, a ordem foi negada, pois a “livre manifestação do pensamento pela imprensa é uma das garantias constitucionais suspensas em virtude do estado de sítio” (Rodrigues, 1991b: 167; Costa, 1964a: 219-220).

Lessa, inicialmente designado relator, tarefa que lhe deixou de caber por votar vencido, dava razão a Rui para conceder a ordem requerida, pois a prorrogação do estado de sítio era inconstitucional, de modo que não cabia a censura à imprensa (Horbach, 2007: 99-101; Costa, 1964a: 207; Lessa, 1915: 389-398). Em uma incisiva crítica ao marechal Hermes da Fonseca, Lessa dava carga à sua fundamentação para dizer que a prorrogação do sítio era um “ato caprichoso, arbitrário, criminoso, do presidente da República, o qual decretou o estado de sítio, violando um claro preceito da Constituição, e unicamente para a satisfação de ódios e vinganças pessoais” (Lessa, 1915: 394).

Menos de um mês após a impetração do *habeas corpus* nº 3.535, Rui, mais uma vez, impetra novo *habeas corpus* no Tribunal, registrado sob o nº 3.556, em que contesta a detenção e a incomunicabilidade do editor do jornal *O Imparcial*, preso em decorrência do estado de sítio. Nomeado para a redação do acórdão, na qualidade de voto vencedor, o ministro Enéas Galvão ratificou o entendimento de que o Tribunal não poderia avaliar o juízo de oportunidade, realizado pelo presidente da República, da decretação do estado de sítio, mas que podia o Supremo impedir a incomunicabilidade do preso, por ser medida sem amparo legislativo (Rodrigues, 1991b: 169-181).

Lessa, por sua vez, ratificando as razões de seus votos anteriores sobre a matéria, restou vencido ao conceder a ordem para que o impetrante fosse solto, e não apenas para que cessasse a sua incomunicabilidade (Lessa, 1915: 398; Rodrigues, 1991b: 174-175). E novamente rebatia, com apoio na doutrina americana, como a de Willoughby, bastante citado por Rui, que à Corte cabia dizer a última palavra sobre a Constituição, inclusive a respeito das leis e dos atos do Congresso (Lessa, 1915: 398-401). O Supremo era, afinal, a representação do *quarto poder*, especialmente em um país, como o Brasil, “onde mais necessário se faz o exercício do poder moderador da Corte Suprema” (Idem: 377). Neste quesito, há pouco ou quase nada o que diferenciar entre os discursos de Rui e Lessa no que tange à mobilização contramajoritária do conceito de *quarto poder*.

Do ponto de vista ideológico, o contraponto à política militarista de Hermes unia Rui e Lessa por meio do judicialismo. No entanto, não há como desconsiderar a hipótese, tendo em vista outros votos de Lessa, que o seu posicionamento também derivava de uma tentativa de mobilizar o discurso judicialista, de dentro do Supremo, contra uma vertente oligárquica. Ao colocar os interesses políticos acima do bom direito, Lessa parecia, apesar de próximo a Rui, ser bem mais pragmático e menos idealista do que ele.

### 2.2.2 Uma limitação pragmática do alcance das atribuições do *quarto poder*

Além da questão relativa à utilização do *habeas corpus* durante o estado de sítio, a teoria também se estendeu para o cabimento do remédio constitucional para o exercício de cargos eletivos, como nos casos de duplicatas legislativas, tão recorrentes na Primeira República. Nessa temática, mais oligárquica, o pensamento de Lessa apresentava algumas nuances que o distanciavam de Rui e de outros ministros do Supremo, sobretudo daqueles que se colocavam do lado político oposto, como Enéas Galvão.

Para ilustrar o ponto, selecionei dois exemplos de casos julgados pelo Tribunal,

tratados em *Do Poder Judiciário*, e considerados definidores da teoria do *habeas corpus* (Horbach, 2007: 83; Trigueiro, 1981: 51). O primeiro caso é o do Conselho Municipal do Distrito Federal, em que foram julgados diversos *habeas corpus* entre 1909 e 1911, e o outro o da posse de Nilo Peçanha como presidente do estado do Rio de Janeiro em 1914.

Direta ou indiretamente, os dois casos envolveram o ex-presidente da República Nilo Peçanha (1909-1910) e revelam a posição de Lessa em relação à política oligárquica. Nilo apoiara, junto com Minas Gerais, a eleição de Hermes em 1910, contra Rui e São Paulo, em um famoso episódio de rompimento da *política do café com leite*. Na disputa, e como ministro do Supremo, ao que tudo indica nomeado por ser paulista, Lessa julgou sistematicamente contra Nilo Peçanha e Hermes da Fonseca.

Em seu sítio eletrônico oficial na *Internet*, na parte atinente aos seus julgamentos históricos, o Supremo indica que foram julgados cinco *habeas corpus* quanto ao caso do Conselho Municipal do Distrito Federal: recurso em *habeas corpus* nº 2.793; *habeas corpus* nº 2.794; *habeas corpus* nº 2.797; recurso em *habeas corpus* nº 2.799 e *habeas corpus* nº 2.990. Em *Do Poder Judiciário* (1915), Pedro Lessa apresenta apenas o debate em relação ao último *habeas corpus*, em que travou uma verdadeira batalha com o então presidente da República, o marechal Hermes da Fonseca (Lessa, 1915: 277-318).

Para uma compreensão mais apurada do contexto e da repercussão da decisão do *habeas corpus* nº 2.990, do qual Pedro Lessa foi relator, é necessário antes entender, ainda que brevemente, as decisões do Supremo no recurso em *habeas corpus* nº 2.793 e no *habeas corpus* nº 2.794, em que Pedro Lessa também teve participação ativa.

No geral, a discussão teve origem nos seguintes fatos: o Conselho Municipal do Distrito Federal era o Legislativo da Capital do país, composto por dezesseis intendentes. No pleito de 1909, houve uma divisão em dois grupos rivais que disputavam o direito de exercer os poderes de direção do Conselho.

Sob o argumento de que não havia condições de reunião do órgão legislativo, o então presidente da República, Nilo Peçanha, decretou que o prefeito do Distrito Federal, Serzedelo Correia, por ele mesmo indicado para substituir o prefeito Sousa Aguiar (1906-1909), assumisse a administração da capital, independentemente do Conselho Municipal, até a deliberação do Congresso Nacional (Horbach, 2007: 83; Rodrigues, 1991b: 55-60; Costa, 1964a: 86).

No recurso em *habeas corpus* nº 2.793, Lessa julgou, de uma só vez, contra Nilo Peçanha e os seus correligionários. Julgou ilegal e inconstitucional o decreto presidencial, porque considerava não estarem preenchidos os requisitos legais para a administração da

Capital somente pelo prefeito nomeado por Nilo, sem a participação do Legislativo. Além disso, negou o *habeas corpus*, pois os intendentess impetrantes do remédio constitucional formaram uma “mesa manifestamente ilegal” (Horbach, 2007: 258; Costa, 1964a: 88). A decisão de Lessa pode ter sido guiada, para negar no mérito o *habeas corpus*, justamente pelo fato de os impetrantes serem ligados a Nilo, mas este detalhe da política oligárquica não é destacado pela historiografia jurídica. Na hipótese específica, até o advogado que representava as partes dá uma pista dessa ligação entre os impetrantes e Nilo Peçanha: o patrono dos intendentess era Sá Freire, parente de Nilo (Silva, 2023).

O *habeas corpus* nº 2.794 foi movido, à sua vez, pelo outro grupo de intendentess no mesmo dia do julgamento do *habeas corpus* anterior, tendo tido resultado diverso. O Tribunal entendeu, na linha do voto de Pedro Lessa, que esse outro grupo de intendentess havia respeitado o regimento do Conselho, reunindo-se sob a presidência do mais velho, o que diferenciava o caso daquele anteriormente julgado, em que a mesa havia se formado de modo ilegal (Horbach, 2007: 84-85, 259-261). Julgando inaplicável no caso o decreto presidencial, o Supremo concedeu a ordem de *habeas corpus* para que aos pacientes fosse “permitido o ingresso no edifício do Conselho Municipal para exercerem sem detença, estorvo ou dano, os direitos decorrentes de seu diploma” (Costa, 1964a: 91). Novamente, a historiografia jurídica não dá conta da relação oligárquica da decisão. Mais uma vez, o advogado representante dos intendentess é indicativo da correspondência política. Irineu Machado, patrono destes intendentess, era não somente opositor de Sá Freire, o advogado dos outros intendentess, mas um crítico feroz de Nilo e Hermes (Pinto, 2023).

Com apoio na decisão da Corte neste último *habeas corpus* nº 2.794, o Conselho Municipal do Distrito Federal voltou aos seus trabalhos, mas não sem percalços, até que, em 1911, o então presidente da República, Hermes da Fonseca, decretou a realização de novas eleições para o Legislativo da Capital, dissolvendo o que se instalara sob a proteção da Corte (Horbach, 2007: 85-87; Costa, 1964a: 95-96). Julgando-se impossibilitados de exercer as suas funções, os intendentess que constituíam o Conselho Municipal requereram o *habeas corpus* nº 2.990, citado por Lessa em *Do Poder Judiciário* (1915: 277-318) e por alguns considerado o precedente de criação da doutrina brasileira do *habeas corpus* (Horbach, 2007: 85). Coube justamente a Pedro Lessa o encargo de relator do caso.

Como de costume, ele julgou inconstitucional o decreto presidencial de Hermes por violar a autonomia de que gozava o Distrito Federal. Consistia a dissolução do Conselho e a convocação de novas eleições, para Lessa, uma intervenção irregular do presidente da República em assuntos locais. Seguindo seu voto, o Tribunal concedeu a ordem do *habeas*

*corpus*, reforçando a sua competência para decidir questões políticas como aquelas, “a fim de que os pacientes, assegurada a sua liberdade individual, possam entrar no edifício do Conselho Municipal, e exercer suas funções” (Costa, 1964a: 99).

Já à esta altura, em 1911, o conflito extralinguístico estava instaurado entre, de um lado, o Supremo e; de outro, o presidente Hermes da Fonseca. Lessa não pensava duas vezes em situar o árbitro do conflito no primeiro, o referente conceitual do *quarto poder*.

Em dura e extensa missiva, o marechal Hermes da Fonseca recusou-se a cumprir a decisão da Corte, afirmando, por meio de ofício do ministro da Justiça e de mensagem ao Congresso Nacional, que o Supremo Tribunal Federal extrapolara as suas atribuições, substituindo-se ao Executivo e Legislativo (Lessa, 1925 [1911]: 118-173). Qualificando como ilegal e arbitrária a decisão da Corte, que comprometia a harmonia e independência dos três poderes (Idem: 125-126), a mensagem presidencial buscou colocar em dúvida a jurisprudência do Tribunal, que seria vacilante a respeito do tema, inclusive em relação à posição de Lessa, que votara contra os primeiros intendentess, ligados a Nilo Peçanha, e a favor dos seus opositores. É evidente que a mensagem presidencial, vinda do ministério da Justiça, apresentava a questão como jurídica ou política, com os argumentos correlatos, mas sem as implicações oligárquicas.

Hermes afirmava que “esta resistência à invasão que assim é tentada pelo Poder Judiciário ao domínio dos outros poderes, é menos um direito que um dever constitucional a que estou obrigado (Idem: 171)”. Fazendo alusão aos últimos precedentes do Tribunal que afastavam a sua atribuição para julgar determinados temas, a mensagem presidencial buscava confrontar a Corte com a sua própria jurisprudência (Idem: 163-164). O mote da “questão política” era, aqui, usado pelo militarismo hermista para restringir, linguística e extralinguisticamente, o papel do Supremo Tribunal Federal.

Como era do seu estilo, a resposta de Lessa veio à altura. Na primeira sessão do Supremo após a mensagem de Hermes, o ministro começa o seu discurso por dizer, em uma narrativa que em tudo lembra o discurso ruiano de se garantir a autoridade moral do Tribunal, independentemente das circunstâncias, que (Lessa, 1915: 283-284; 1925: 117):

Não me surpreendeu, nem me causou a menor estranheza, o ato pelo qual o presidente da República manifestou a resolução de desacatar o acórdão deste Tribunal, que concedeu a ordem de *habeas corpus*, impetrada em favor dos intendentess municipais do Distrito Federal. A muitos dos meus ilustres colegas, neste recinto e fora dele, havia eu comunicado mais de uma vez a profunda convicção, que sempre nutri, de que não seria respeitada a decisão proferida em favor dos membros do Conselho Municipal, assim como respeitada não seria qualquer outra sentença, igualmente justa, desde que contrariasse os interesses políticos dominantes.

A principal finalidade da sua resposta, segundo a própria declaração de Lessa, era evidenciar que não havia qualquer divergência jurídica entre os seus votos proferidos na Corte. Uma das questões centrais da resposta, conforme a posição mais jurídica de Lessa, inclusive no *habeas corpus* nº 2.794, era a de que era “exclusiva missão do *habeas corpus* garantir a liberdade individual na acepção restrita, a liberdade física, a liberdade de locomoção” (Lessa, 1925: 139).

Isso queria dizer, do ponto de vista jurídico, que Pedro Lessa havia concedido a ordem de *habeas corpus* para que os intendentes opositores a Nilo, dada a liquidez de seu direito, tivessem garantida a sua liberdade de locomoção e pudessem exercer suas funções legislativas e ir ao edifício do Conselho Municipal, a despeito do decreto inconstitucional do presidente da República (Idem: 172-174). Com apoio nas lições de Rui n’*O direito do Amazonas ao Acre setentrional* (1983 [1910]) e na doutrina americana e inglesa sobre a Suprema Corte americana, como a de Willoughby e Bryce, Lessa defendia a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar questões políticas como aquela (1925: 180-191), e devolvia ao Executivo as acusações lançadas contra a Corte (Idem: 219):

Como havemos de tolerar que, sob a República federativa, e no regime presidencial, em que tão nítida e acentuada é a separação dos poderes, se restabeleça a inconstitucional intrusão do Poder Executivo nas funções do Judiciário? Ao Presidente da República nenhuma autoridade legal reconheço para fazer preleções aos juízes acerca da interpretação das leis e do modo como devem administrar a justiça. Pela Constituição e pela dignidade do meu cargo sou obrigado a repelir a lição.

Intencionalmente ou não, Lessa colaborara, com sua argumentação jurídica, para incutir no Supremo a ideia ruiana de que a instituição deveria assumir seu papel conceitual de poder regulador, de referente do *quarto poder*, e, ao mesmo tempo, contra os interesses político-oligárquicos de Nilo Peçanha e Hermes da Fonseca. Sua posição, no entanto, não seria hegemônica e revelaria contradições que lhe custariam a força do argumento. Um caso judicial em que seria parte o próprio Nilo Peçanha é um bom exemplo desta hipótese.

O caso, por vezes considerado o definidor da teoria brasileira do *habeas corpus* (Trigueiro, 1981: 51-52), aproximou Pedro Lessa de ministros que, em regra, votavam em sentido contrário ao dele, como Amaro Cavalcanti, mas o distanciou das lições de Rui sobre o mesmo instituto. Durante o julgamento, o maior embate aconteceu, no entanto, como ocorreria em outras oportunidades, com o ministro Enéas Galvão.

As contradições argumentativas de Lessa tiveram o condão de linguisticamente

aproximar atores que não estariam, nem de longe, no mesmo campo partidário. É o caso, por exemplo, de Enéas Galvão e Rui Barbosa. Enéas Galvão era natural do mesmo Estado de Hermes da Fonseca, o Rio Grande do Sul, e fora nomeado para o Supremo pelo próprio Hermes, em 1912. Seu pai, marechal Rufino Eneias Gustavo Galvão, lutou na Guerra do Paraguai e foi ministro do Supremo Tribunal Militar (Junqueira, 2023). Embora ignorada pela historiografia jurídica sobre o tema, essas questões também devem ser consideradas para análise da sua postura como ministro do Supremo, inclusive no que diz respeito ao cabimento mais ampliado do *habeas corpus* em determinados casos.

No caso concreto, após uma eleição tumultuada, o presidente eleito para assumir o governo do estado do Rio de Janeiro, o então senador Nilo Peçanha, sentia-se ameaçado de sofrer violência pelo grupo rival e de não conseguir tomar posse no cargo, motivo pelo qual impetrou o *habeas corpus* preventivo nº 3.697 no Supremo Tribunal Federal (Costa, 1964a: 228-229; Horbach, 2007: 106; Rodrigues, 1991b: 124-130). Lessa restou vencido, mas a maioria, ao final, foi garantida por apenas um voto.

Lessa afirmou que, em sua visão, o *habeas corpus* deveria ser compreendido de acordo com o seu sentido histórico, não apenas segundo a legislação da época do Império, mas também de acordo com a interpretação anglo-saxônica do remédio constitucional (Lessa, 1915: 335-336). Por isso, o *habeas corpus* servia tão somente para a proteção das liberdades individuais relacionadas à liberdade de locomoção (Idem: 333-337). No caso concreto, ele não enxergava, provavelmente em razão das questões políticas subjacentes que o distanciavam do impetrante, o direito pleiteado por Nilo, não sendo possível à Corte averiguar, com precisão, os meandros da eleição para a presidência do estado do Rio de Janeiro. Por isso, considerava que a hipótese se enquadrava naquelas questões políticas em que o Supremo Tribunal não podia interferir (Idem: 339). Seguindo, *grosso modo*, a mesma argumentação, votou o ministro Amaro Cavalcanti (Costa, 1964a: 240).

O responsável pela redação do acórdão foi o ministro Enéas Galvão, prolator do voto vencedor em favor de Nilo. A interpretação do ministro relator, abraçada por uma apertada maioria de um voto, estendia o cabimento do *habeas corpus* para situações que iam além das que entendia Pedro Lessa, na medida em que (Idem: 230):

*O habeas corpus não se limita a impedir a prisão injusta e a assegurar a livre locomoção; é meio judicial idôneo para amparar a liberdade individual no exercício de direitos, de atos de profissão, do emprego, de funções públicas, os decorrentes da qualidade de cidadão e outros muitos, cujo desempenho se caracteriza por uma atividade moral, puramente abstrata, sem necessidade de *ir e vir*.*

O ministro Enéas Galvão entendia, ainda, que essa interpretação mais ampla do cabimento do *habeas corpus* visava a atender um imperativo da realidade brasileira, que não tinha outros instrumentos hábeis a assegurar as liberdades individuais para além das que eram atinentes à liberdade de locomoção. Desse modo, o Supremo tinha a faculdade de interpretar soberanamente as disposições da Constituição, não tendo a obrigação de adotar o entendimento de países que interpretavam mais restritivamente o cabimento do *habeas corpus*, de acordo com suas instituições históricas (Idem: 230-231).

Com um voto mais liberal do que Lessa, Enéas Galvão, o indicado por Hermes da Fonseca para o Tribunal e com tradição familiar militarista, concedia a ordem a Nilo Peçanha. Em síntese, a maioria do Tribunal entendeu, seguindo o voto do ministro Enéas Galvão, que as disposições constitucionais relativas à concessão do *habeas corpus* eram “mais amplas que as empregadas na lei ordinária para definir a garantia de liberdade individual, compreendem qualquer coação, e não somente a violência do encarceramento ou do só estorvo à faculdade de *ir e vir*” (Idem: 229).

A posição liberal de Pedro Lessa em relação à concessão do *habeas corpus* e ao papel de *quarto poder* do Supremo Tribunal encontrava, assim, o seu limite conceitual e extralinguístico. O fiel da balança não deveria socorrer os que, em sua compreensão, não compartilhavam da mesma visão do referente conceitual do *quarto poder*.

### 2.2.3 A teoria do *habeas corpus* como problematizadora do conceito

Para além da sua carreira como advogado e professor de direito da Faculdade de São Paulo, Lessa ficou conhecido no pensamento político e constitucional brasileiro, já à sua época, como exemplo de magistrado, como juiz do Supremo (Carneiro, 1943b [1926]: 43). Tanto que Rui o considerava como “o mais completo dos nossos juizes”, o que seria recuperado por Edmundo Lins, ministro da Corte, ao dizer, na mesma ocasião do discurso de Levi Carneiro na cerimônia de inauguração do busto de Pedro Lessa na sala de sessões do Supremo, em 1926, que ele era o “Marshall brasileiro” (Lins, 1981 [1926]: 195-197). O epíteto serviu de subtítulo para o livro de Roberto Rosas sobre Lessa (1985), reafirmado em artigos posteriores à publicação do livro (Rosas, 1995: 181; Rosas, 2002: 135).

E como juiz ficou conhecido por defender as suas ideias de forma “apaixonada” (Carneiro, 1943b [1926]: 43; Rodrigues, 1991a: 114), “combativa” (Rosas, 1995: 189). Suas divergências frontais com alguns de seus colegas de foro também ficaram marcadas como traço característico de sua personalidade, o que era lembrado até em situações de homenagem à sua

pessoa, com o fez Edmundo Lins em seu discurso de inauguração do busto de Lessa no Supremo (Lins, 1981 [1926]: 194). Na mesma ocasião, Levi Carneiro não escondeu que igualmente se permitira, um dia, “apontar certa intolerância sua [a de Lessa], contra opiniões adversas, ou melhor, certa revolta incontida e indissimulada contra as divergências da sua opinião” (Carneiro, 1943b [1926]: 44). Ainda que sua análise pareça ter sido influenciada por outros fatores que ela mesma deixou escapar em sua história do Supremo, Leda Boechat Rodrigues não deixou o seu julgamento de Lessa por menos, ao afirmar enfaticamente que ele fazia “provocações intoleráveis” ao ministro Enéas Galvão (Rodrigues, 1991b: 118), que a sua atitude em relação ao colega era de uma “empáfia ilimitada” (Idem: 124) e mesmo de “raiva” e “ódio” (Idem: 333).

Pelos resultados da pesquisa, parece-me que o elogio de Rui, em particular, derivava do modo altivo como Pedro Lessa julgava as causas que chegavam ao Supremo Tribunal, sendo que em muitos aspectos ambos tinham a mesma concepção sobre alguns temas, como o exame, pela Corte, do mérito dos decretos que declaravam o estado de sítio, especialmente os editados pelos marechais Floriano Peixoto e Hermes da Fonseca. O compartilhamento da definição de que o Supremo Tribunal Federal seria uma espécie de *quarto poder* não impediu que Rui fizesse suas críticas ao modo pelo qual Pedro Lessa interpretava juridicamente o cabimento do *habeas corpus* em alguns casos, atrelando-o à liberdade de locomoção.

A concepção de Rui era mais ampla do que a de Lessa e certamente muito mais larga do que aquela dos outros ministros do Supremo. Se, por um lado, Rui e Lessa tinham a mesma visão sobre a competência do Supremo para julgar o mérito das declarações dos estados de sítio, o que era um ponto fora da curva no contexto republicano e oligárquico, ambos divergiam do cabimento do *habeas corpus* para além das situações relativas à liberdade de locomoção, ainda que Pedro Lessa fizesse uma interpretação mais ampliada do instituto que ministros como Eptácio Pessoa, por exemplo. Em discurso proferido no dia 22 de janeiro de 1915 no Senado, Rui faria uma crítica direta a Lessa, embora sem citá-lo nominalmente, justamente para criticar a visão que considerava mais restritiva do *habeas corpus* (Barbosa, 1915: 5-6):

Agora temos a reação contra o *habeas corpus* firmada em outro terreno, depois que essa instituição passou pela transformação ampliativa que recebeu com o novo regime. Agora uma escola de índole restritiva o pretende circunscrever a uma esfera limitada como a sua antiga esfera, reduzindo-o às condições de um recurso utilizado unicamente nos casos em que se trate de acudir à liberdade de locomoção, de manter o que se chama a liberdade corporal, de assegurar ao indivíduo a sua faculdade ordinária e legal de se mover, de ir e vir, de entrar e sair. Eis ao que se reduzira o *habeas corpus*, amesquinhado pela interpretação constitucional com que alguns espíritos o interpretam no texto da carta republicana. Ora, Srs. senadores, em apoio dessa hermenêutica eu não vejo senão a autoridade

muito respeitável, mas suscetível de erro como todas as autoridades, de alguns homens eminentes, um dos quais me merece especial consideração, como um dos mestres cujo saber, cuja competência jurídica ilustram o Supremo Tribunal Federal.

Rui não concordava com a interpretação de Lessa a respeito do cabimento mais limitado do *habeas corpus*, pois, em sua visão, o remédio jurídico não estava circunscrito “aos casos de constrangimento corporal; o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade” (Idem: 7). E Rui não aceitava a interpretação de Lessa de que o *habeas corpus* deveria ser lido a partir da legislação imperial e da extensão que tinha àquela época. Para Rui, o constituinte republicano havia manifestado a vontade deliberada de conferir maior envergadura ao *habeas corpus*, com uma redação mais larga do seu cabimento, “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”, não se exigindo prisão ou constrangimento corporal (Idem).

Neste sentido, Rui lembrava o acórdão do Supremo no *habeas corpus* nº 3.535, em que garantiu a liberdade de publicação dos seus discursos, quando não havia liberdade de locomoção em debate. Eram precedentes do Supremo como esse, inclusive com o voto favorável de Lessa, que conferiam, para Rui, a moldura interpretativa da Constituição, mais até do que a visão constituinte estampada no texto da Constituição (Idem). Restringir juridicamente o cabimento do *habeas corpus* significaria reduzir as atribuições do *quarto poder* dos liberais, algo que Rui não admitiria nem no julgamento de seus adversários.

O discurso de Rui era uma resposta direta às repercussões do caso Nilo Peçanha, julgado menos de um mês antes, em 16 de dezembro de 1914, no *habeas corpus* nº 3.697, em que Lessa ficou vencido, sendo vencedor o voto do ministro Enéas Galvão. O acórdão, que nessa matéria específica aproximava o entendimento de Enéas Galvão do de Rui, foi duramente criticado por Lessa, como sublinhou em *Do Poder Judiciário*, ao destacar que o entendimento mais ampliativo do cabimento do *habeas corpus* produzia “por outro lado a mais perturbadora confusão, o mais estonteante baralhamento dos conhecimentos jurídicos” (Lessa, 1915: 333-334). Para Lessa, a interpretação de Enéas Galvão, que era a mesma de Rui no ponto, equivalia a um arbítrio judicial (Idem: 339). Embora adversário político de Nilo, Rui não tinha motivos para render confetes a Lessa (Barbosa, 1915: 5-11), pois, de acordo com sua definição, o *quarto poder* tinha uma significação mais larga e atribuições mais abrangentes, para salvaguardar até mesmo os adversários políticos.

Pela análise do discurso judicialista de Lessa, no Tribunal e fora dele, é possível

concluir, ainda que com as limitações metodológicas e temáticas da pesquisa, que a teoria do *habeas corpus* estava longe de ser, na Primeira República, uma doutrina incontroversa ou uníssona. Pelo contrário, a teoria parecia tão divergente que até mesmo a composição do Supremo nas sessões de julgamento poderia levar o resultado para um lado ou para o outro. Além disso, a doutrina decompôs-se em subtemas que multiplicavam as hipóteses interpretativas, como a análise das condições para a decretação do estado de sítio ou ainda a questão de saber se o remédio jurídico deveria abranger apenas os casos que envolviam, em alguma medida, a liberdade de locomoção. Para todas as hipóteses, o argumento mais generalista a respeito do julgamento de casos considerados políticos também dividia não só o Tribunal, mas igualmente os judiciaristas.

O discurso de Pedro Lessa, objeto específico desta seção, refletia bem, inclusive pelo confronto dialógico com seus pares juristas, essa diversidade de interpretações sobre a extensão e o cabimento do *habeas corpus*. Sua concepção do instituto era bem ampliada, robustecendo o âmbito de atuação do Supremo Tribunal quando dizia respeito à limitação do Executivo ou do Legislativo para a decretação do estado de sítio, uma vez que a medida excepcional limitava as liberdades individuais. Nesse ponto, sua concepção aproximava-se da de Rui, mas distanciava-se da maioria da Corte. No geral, Lessa costumava ter uma concepção de maior intervenção do Supremo nessas questões, consideradas políticas, se comparada, por exemplo, à visão de ministros como Enéas Galvão e Amaro Cavalcanti, que entendiam que a prestação de contas do presidente da República pela decretação do estado de sítio deveria ser analisada e julgada, em última instância, pelo Congresso.

Por outro lado, ao compreender o *habeas corpus* pelas suas origens históricas, algo que pode ter sido utilizado como fundamento contra os seus adversários, Lessa não aceitava uma interpretação mais ampliativa do instituto. Entendia, por isso, que a redação mais genérica da Constituição acerca do *habeas corpus* admitia uma interpretação que não escapasse dos seus significados originais, conexos à liberdade de locomoção. Nesse ângulo, sua concepção do instituto distanciava-o de Rui e, dentro do Supremo Tribunal, da de Enéas Galvão. Como antes indicado, essa divergência ficou clara no julgamento do *habeas corpus* de Nilo Peçanha para a posse no cargo de presidente do estado do Rio de Janeiro. Em seu voto, Lessa fez críticas contundentes à interpretação mais larga de Enéas Galvão e, por consequência, do Supremo, chegando a afirmar que os ministros não eram pretores de Roma, que ditavam as leis civis (Lessa, 1915: 338).

Sem o objetivo de compreender as intenções de Pedro Lessa, algo que está fora do escopo da pesquisa, inclusive por razões de ordem epistemológica, é possível, porém,

estabelecer algumas questões a respeito da coerência ou incoerência do seu discurso sobre o judicialismo do Supremo. Alguns comentadores indicam, por exemplo, o fato de que o ministro teria mudado de entendimento ou posição acerca do *habeas corpus* ao longo dos julgamentos do caso do Conselho Municipal do Distrito Federal (Rodrigues, 1991b: 57; Horbach, 2007: 84). Essa leitura não parece atentar para questões mais contextuais e, por isso, não é a leitura que faço de Lessa.

Sem querer identificar coerências inexistentes ou salvá-lo de suas incoerências, a leitura de que Lessa teria mudado de entendimento desconsidera até um fator jurídico relevante, que ele próprio, enquanto ministro, considerava nos seus votos: a necessidade de comprovação do direito líquido e certo para a concessão do *habeas corpus*. A questão explica por que razão, por exemplo, no caso do Conselho do Distrito Federal, Pedro Lessa concedera, de um lado, o *habeas corpus* aos intendenteadversários de Nilo, uma vez que eles haviam seguido o Regimento Interno do Conselho, mas, de outro, negara a ordem aos intendenteadaliados de Nilo, que não respeitavam a regra. Nesse viés mais jurídico, seu discurso soa até muito coerente. Não parece acertado, assim, desconsiderar questões jurídicas como esta, que estavam em seu momento embrionário e que não aparecem nos votos de Lessa com a clareza de raciocínio que se deve esperar de quem, com o benefício do tempo, conhece a evolução da teoria do *habeas corpus* e da invenção do mandado de segurança. É seguro que, no entanto, essas questões jurídicas não explicam, por si só, o pensamento de Lessa, como visto.

O que desponta importante para a tese é a discussão acerca da teoria do *habeas corpus* para o fim de testar a hipótese de que no pensamento liberal o referente conceitual do *quarto poder* é o Supremo. Neste sentido, havia pouca diferença entre Rui e Lessa. Do ponto de vista mais conceitual, linguístico, as duas visões conservavam grande distância da realidade extralinguística, do estado de coisas político-constitucional. As divergências estavam mais concentradas nos atributos relevantes do conceito. Em comparação a Rui, a concepção de Lessa era mais restritiva justamente em razão da sua limitação conceitual da atribuição do Supremo para julgar certos *habeas corpus* como aquele impetrado por Nilo Peçanha, algo que Rui não admitia como limitador das funções do *quarto poder*.

### 2.3 Considerações

Rui Barbosa e Pedro Lessa, aqui considerados liberais democráticos, entendiam que o conceito de *quarto poder* apresentava como referente o Supremo Tribunal Federal. Uma vez resolvido o problema do referente, o conceito precisava encontrar neste mesmo espectro

ideológico outra resposta: seus atributos relevantes, ligados ao conteúdo. A partir dali, com a extinção do Poder Moderador imperial, a ideia de manutenção da harmonia entre os poderes, embora continuasse essencial, não dava conta da empreitada, nem ao nível da linguagem. Era preciso fixar novas características substanciais ao conceito.

Com a importação do modelo americano, a Corte assumiu o atributo, no discurso judicialista, de garantir o respeito à Constituição por meio de um mecanismo relevante e mais específico: o controle constitucional. À época, o modelo de jurisdição constitucional significava desempenhar as mesmas funções da Suprema Corte dos Estados Unidos, ou o mais próximo disso possível, mas as circunstâncias locais, como de hábito, colocaram o problema de maneira diferente no Brasil.

A busca de novos significados para o conceito culminou, em boa medida, numa superação da clássica ideia francesa de suspeita em relação ao Poder Judiciário. Desenhos judiciais característicos, como a declaração sobre a constitucionalidade das leis, que fora inclusive uma atribuição do Senado Conservador da Constituição francesa de 1800, eram repelidos, por exemplo, por Benjamin Constant, porque, de acordo com a interpretação de Marcel Gauchet, estimulavam a guerra entre poderes (Gauchet, 1995: 246). A recepção, no Brasil, do modelo de jurisdição americano acarretava, assim, o afastamento cada vez maior das ideias de Constant sobre o *quarto poder*, embora sua presença fosse importante demais para simplesmente desaparecer em um só lance. De todo modo, a República, como forma de governo, deixava os modelos da monarquia constitucional que se colocaram no Império mais distantes dos liberais moderados, ainda que houvesse uma visão positiva do espaço de experiência imperial em relação ao republicano.

*Grosso modo*, a jurisdição constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos consistia no controle de constitucionalidade das leis a partir de um caso concreto, em que a lei deixava de ser aplicada por contrariar a Constituição, como em *Marbury v. Madison*. A rigor, o controle de constitucionalidade é uma técnica de decisão jurídica, assim como o são outras decisões que resolvem, por exemplo, antinomias referentes a conflitos de leis no tempo e espaço. Porém, há um dado complicador no controle de constitucionalidade: envolve diretamente a Constituição e, por isso, muitas vezes assume um contorno político em razão do conteúdo das previsões constitucionais.

Foi com base nesse aspecto que a jurisdição constitucional assumiu uma feição própria e dominante no Supremo brasileiro da Primeira República: a defesa das liberdades individuais, contra os abusos dos poderes instituídos, num período histórico marcado por intervenções federais e decretações de estado de sítio. Considerando esse estado de coisas, uma ferramenta

disponível a liberais como Rui e Lessa para tentar mudar aquela realidade estava no domínio da linguagem. Por meio do discurso judiciarista, o conceito de *quarto poder* assumia contornos linguísticos de um poder contramajoritário, a partir da ideia de atuação combativa, em menor ou maior escala, do Supremo Tribunal, a quem caberia dar a última palavra sobre os assuntos político-constitucionais da República.

Ainda que seja difícil uma exata correspondência entre a linguagem e o contexto extraconceitual e que, apenas recentemente tenha diminuído a distância entre a definição liberal do referente do *quarto poder* e a realidade político-constitucional, é possível dizer que, na Primeira República, o Supremo, mesmo que topicamente, exerceu uma atividade de fiel da balança (Koerner, 1998: 180). Ou seja, a despeito das dificuldades postas pelo estado de coisas, a ideia judiciarista do *quarto poder* teve alguma repercussão na prática institucional, na medida em que o desempenho do Supremo foi, naquela época, “essencial para criar os fundamentos de democracia no Brasil” (Costa, 2006: 55), “a duras penas e correndo ele próprio os riscos de sua tomada de posição” (Rodrigues, 1965: 6).

Isso não quer dizer que o discurso saiu ileso dos conflitos ao nível da linguagem e da extralinguagem. Pelo contrário. Ao ganhar terreno no campo judicial, o conceito de *quarto poder* começou a permear de modo mais consistente todo o sistema representativo liberal, passando agora pela órbita dos três poderes, incluindo o Judiciário. Uma questão que começaria a despertar mais debate, a partir dali, seria a legitimidade de cada um deles, incluindo o Supremo Tribunal Federal, para atuar como o *guardião da Constituição* no sistema de representação democrática. O assunto não era novo, pois desde a Constituinte do Império havia o debate sobre a legitimidade do monarca, como primeiro representante da nação, para funcionar como referente do *quarto poder*.

A questão relativa à legitimidade representativa do *poder moderador* costumava aparecer, desde o Império, quando algo saía do roteiro e os atores políticos procuravam criticar o *quarto poder*. À pergunta aporética de Zacarias sobre quem vigiaria o vigilante, Rui respondia na República de uma maneira parecida com os conservadores do Império: a opinião pública, isto é, a sociedade, numa abordagem liberal como a de Stuart Mill. A resposta tinha a coerência liberal de resolver o problema dentro dos princípios do governo representativo sem a necessidade de se pensar em alguma outra ferramenta institucional que devolvesse ao povo o poder de (re)discutir uma decisão do *quarto poder*.

Do ponto de vista teórico, o argumento não era, assim, uma completa novidade. O próprio Rui, ao criticar decisões do Supremo, apelava para a opinião pública, mas sem chegar ao ponto de desarticular o referente do conceito. Esse deslocamento ocorreu antes, no Império,

quando liberais radicais como Teófilo Otoni mobilizavam o discurso de que o *quarto poder* deveria ser alocado na Assembleia Geral; ou ainda no próprio povo, como quando Luiz Gama disse que o *poder moderador*, “como todos os atos da sociedade, deve ser exercido diretamente por ela” (Gama, 2021 [1868]: 293).

Antes, e ainda no espectro liberal, e mais precisamente na área da teoria política, a decisão de devolver ao povo o *quarto poder*, por meio da iniciativa do Diretório, esteve presente nos escritos de Madame de Staël, em contraponto à sugestão fracassada do abade Sieyès de controle de constitucionalidade das leis pelo *jury constitutionnaire* (Alecrim, 1953: 214; Gauchet, 1995: 206-207; Staël, 1906 [1798]: 171-180). Em um contexto igualmente diverso, antes ainda, e sem afastar o papel dos magistrados, Hamilton afirmara que o povo deveria agir como o natural *guardião da Constituição* (Hamilton, Madison, Jay, 2005 [1787]: 85).

Voltando à Primeira República, uma questão prática começaria a ganhar espaço em relação às atribuições do Supremo enquanto instituição. O *quarto poder* cumulava as funções constitucionais de cúpula do *terceiro poder*, do Judiciário, seguindo o exemplar norte-americano. Todavia, liberais como Levi Carneiro alertavam que, diferentemente do arquétipo dos Estados Unidos, o Supremo estava, no Brasil, com uma carga de trabalho cada vez maior, de instância recursal, julgando questões jurídicas simplórias, como ações de despejo (Carneiro, 1916: 11).

A proposta institucional de Levi Carneiro, que seria rechaçada por Rui, Lessa e o próprio Supremo, consistia na criação de tribunais intermediários, afastando o Tribunal de questões mais corriqueiras do direito (Carneiro, 1916: 14, 56, 71-78; 1943a: 1-2). Os Estados Unidos já vinham num processo de reformas com este objetivo, o que culminou, à época, na edição do *Judiciary Act* de 1925, cujo objetivo era justamente reduzir a carga de trabalho da Suprema Corte.

No universo do estado de coisas político-constitucional da Primeira República, e para além do discurso e noções conceituais de Rui e Lessa e das questões práticas sobre a quantidade de processos que lá chegavam, o Supremo Tribunal Federal, como referente do conceito, disputava aquele lugar, no contexto político, com duas instituições de peso: as Forças Armadas e a presidência da República, e que às vezes até se confundiam.

O militarismo, como discurso de intervenção política das Forças Armadas, foi desenvolvido ao menos desde a *Questão Militar*, por meio da ideia do soldado-cidadão, conquistando tanto os alunos da Escola Militar da Praia Vermelha de Benjamin Constant quanto os tenentes em 1922, em especial pela voz de Juarez Távora (Carvalho, 2019: 62-64). Durante a *Questão Militar*, o próprio Rui redigira o manifesto de 1887, assinado por Deodoro da

Fonseca e pelo Visconde de Pelotas, em que se “falava em cidadãos fardados, os quais não se podia negar o direito de participar da vida política do país” (Idem: 63).

Não é à toa que se diz que Rui provavelmente se arrependeu de ter redigido o tal manifesto, pois durante a Primeira República o militarismo acabou sendo um antagônico direto do judicialismo, considerado como uma espécie de contraconceito de *quarto poder*. Mas o militarismo não era sinônimo de Forças Armadas. Ao contrário, naquele momento, funcionava como uma deturpação do uso político das Forças Armadas. Por isso, era usado mais para servir de porta-voz das reivindicações políticas dos militares do que para alocar o referente do *quarto poder* nas Forças Armadas, muito embora já existisse a narrativa, em especial da parte de Juarez Távora, de que as Forças Armadas tinham, nos termos da Constituição, “o papel de árbitro do sistema político” (Idem: 185).

O militarismo parecia mais ameaçador ao discurso judicialista quando ele estava diretamente associado à presidência da República, como à época dos marechais Floriano Peixoto e Hermes da Fonseca. Nestes períodos, não há muitas dúvidas em se afirmar que o Supremo não conseguiu exercer “as funções de um poder arbitral para o qual o haviam originalmente concebido” (Lynch, 2021b: 91).

A aliança entre oligarquias e militares teve êxito ao criar um discurso a partir da tese das questões políticas, para impedir que a Corte figurasse, na prática, como o árbitro dos conflitos da República (Idem: 91-92). A tese era interligada a uma definição própria do *quarto poder*, com maior correspondência nos fatos, mediante a alocação do referente conceitual no presidente da República, que exercia os atributos de um “supremo árbitro dos conflitos políticos” (Koerner, 1998: 180).

Assim, ante o vazio deixado pelo Poder Moderador e a tibieza do funcionamento do Supremo, o estado de coisas passou a ser garantido principalmente por instrumentos à disposição do presidente da República, como o estado de sítio (Lynch, 2012). A realidade, como costuma acontecer, tinha um suporte discursivo. A tese de que o poder do presidente da República deveria ser reconhecido como sucedâneo do imperador foi estabelecida, na época, por políticos como Aurelino Leal (Lynch, 2021b: 98) e Aristides Lobo, para quem o presidente da República era o “representante das garantias de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social, de cujo fortalecimento dependia a permanência da República” (Lobo *apud* Costa, 2006: 32).

A partir da presidência Campos Sales, em especial, as atribuições do presidente da República seriam reforçadas pela *política dos governadores*, somada com a renovação do funcionamento da *Comissão de Verificação de Poderes*. De tal jeito, o artigo 35, inciso I, da

Constituição, que previa que cabia ao Congresso “velar na guarda da Constituição”, ganharia uma noção própria, oligárquica, e que admitia uma interpretação de que o *quarto poder* estava nas mãos do presidente da República (Lessa, 2000: 33). Esse discurso seria endossado por presidentes como Epitácio Pessoa, que inclusive antes havia sido ministro do Supremo, mediante a defesa da ideia de que a harmonia entre os poderes deveria ser garantida pelo presidente da República, não pelo Tribunal (Gabaglia, 1951: 201; Pessoa, 1926: 169-172; Pessoa, 1956: 592).

No embate, apesar de algumas vitórias do Supremo, as oligarquias conseguiram, ao fim da Primeira República, reduzir alguns atributos relevantes do Tribunal, ao aprovar a Emenda Constitucional de 1926 e acrescentar o §5º ao artigo 60 da Constituição<sup>18</sup>, que limitava a esfera de atuação da Corte em diversas matérias que haviam sido objeto de julgamento nos anos anteriores, como a declaração de estado de sítio. A era Vargas (1930-1945) traria desafios linguísticos e extralinguísticos ainda maiores aos liberais. Os novos tempos atingiam o liberalismo em cheio. No duelo, o *quarto poder* seria arrastado para o campo de batalha.

---

<sup>18</sup>Artigo 60, §5º da Constituição de 1891: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo”.

### 3 EXPLORANDO ROUSSEAU (1930-1945)

Quando não se pode fixar uma proporção exata entre as partes constitutivas do Estado, ou quando causas indestrutíveis alteram sem cessar suas relações, institui-se então uma magistratura particular que não forma corpo com as demais, que restabelece cada termo em sua verdadeira relação e impõe uma ligação ou meio-termo, seja entre o príncipe e o povo, seja entre o príncipe e o soberano, seja ainda, se necessário, de ambos os lados ao mesmo tempo.

Esse corpo, que chamarei de *tribunato*, é o conservador das leis e do Poder Legislativo. Serve algumas vezes para proteger o soberano contra o governo, como faziam em Roma os tribunos do povo, outras vezes para sustentar o governo contra o povo, como faz agora em Veneza o Conselho dos Dez, e outras, ainda, para manter o equilíbrio de um lado e de outro, como faziam os éforos em Esparta.

O tribunato não é parte constitutiva da Cidade e não deve dispor de nenhuma parcela do Poder Legislativo nem do Executivo, mas é justamente aí que reside sua maior força, pois, nada podendo fazer, tudo pode impedir.

(Rousseau, *O Contrato Social*, 1762)

As décadas de 1920 e 1930, no Brasil e no mundo, são representativas da intensa crítica que sofreu o liberalismo como ideologia política. De Carl Schmitt (1990 [1923]) a Plínio Salgado (1933), da teoria política ao pensamento político brasileiro, o liberalismo e suas instituições estiveram sob o constante ataque de ideologias reacionárias à direita. E não só. Na mesma época, o liberalismo também foi atacado pela ideologia comunista, à esquerda, de Vladimir Lenin (2004 [1920]) a Luís Carlos Prestes (1930). Essas são, sem dúvida, amostras mais extremas do espectro político, mas que bem representaram, de uma ponta à outra, que o liberalismo, se resistia, o fazia a duras penas. Até no espectro liberal, nomes como John Dewey (1963 [1935]) e Levi Carneiro (1943b [1930-1931]) mostravam que o liberalismo precisava se renovar, ou “renascer”, na expressão usada por Dewey.

Mais do que novas proposições, ainda que elas tenham existido à época, o tempo exigia, antes de tudo, no domínio liberal, a defesa das instituições e dos significados dos seus conceitos basilares. Foi justamente neste cenário que ocorreu o célebre embate entre Carl Schmitt (2007 [1931]) e Hans Kelsen (2003 [1931]) quanto ao conceito central desta tese, de *quarto poder*, veiculado por eles como o de *guardião da Constituição*.

Em um aspecto mais geral, o liberal Kelsen defendia que o referente do conceito de *quarto poder* deveria, a despeito das críticas de Schmitt, ser alocado fora da estrutura dos três poderes. Mais exatamente, deveria ser situado em tribunais constitucionais como a Suprema

Corte dos Estados Unidos e a Corte Constitucional Austríaca, da qual ele fez parte como juiz (1921-1930), ainda que cada uma tivesse funcionamento diverso uma da outra, notadamente em razão de a Suprema Corte americana funcionar, na prática, como órgão de cúpula do Judiciário. Mas não poderia o *quarto poder*, como entendia Schmitt, ser reservado ao presidente do *Reich*.

Assim como outros, os dois também disputaram o conceito a partir das ideias de Benjamin Constant. No entanto, o liberal Kelsen não aceitava a interpretação schmittiana e considerava contestável a tentativa de aplicar a teoria de Constant do *pouvoir neutre* ao chefe do Executivo se o objetivo fosse, como era a intenção de Carl Schmitt, “estender a competência deste último [o chefe de Estado] para ainda mais adiante do âmbito normal de atribuições de um monarca constitucional” (Kelsen, 2003 [1931]: 245-246). De modo mais taxativo, Kelsen parecia até mesmo lamentar que a ideia de Constant fosse parar nas mãos antiliberais de Schmitt (Idem: 245):

Essa fórmula de Constant [do *pouvoir neutre*] torna-se, nas mãos de Schmitt, um instrumento capital para sua interpretação da Constituição de Weimar. Somente com esse auxílio ele consegue estabelecer que o *guardião da Constituição* não seja, digamos – como se deveria supor a partir do art. 19 –, o Tribunal Federal ou outro tribunal, mas sim apenas o presidente do *Reich*.

O contexto antiliberal da época propiciou, e ainda propicia, o desenvolvimento de pesquisas relacionadas ao pensamento político-constitucional brasileiro conservador naquele contexto. De tão diversos, é até questionável agrupá-los em uma mesma tradição, mas é possível lembrar, por exemplo, as pesquisas sobre os pensamentos conservadores da época, do mais moderado até o mais reacionário, de Oliveira Viana, Azevedo Amaral, Francisco Campos, até Plínio Salgado. Por outro lado, resgatar o pensamento liberal do período é uma tarefa ainda rara e por motivos razoáveis. Comparativamente, não existe muito o que ser desfraldado, ao contrário da Primeira República.

De toda forma, de acordo com o propósito desta tese de compreender o conceito de *quarto poder* no pensamento político-constitucional liberal, e seguindo os critérios da pesquisa, selecionei para este capítulo os discursos de Levi Carneiro e João Mangabeira. Apenas o primeiro se manteve mais próximo dos preceitos do liberalismo clássico, ainda que com uma nova abordagem. João Mangabeira estava, por sua vez, mais à esquerda no espectro político, numa transição do liberalismo para o socialismo.

Tendo ainda em perspectiva o molde estadunidense propagado com a República, Kelsen e seu modelo liberal-democrático foram por eles mobilizados, ao lado de Rui, em

especial para a compreensão da jurisdição constitucional. O discurso, ainda que adaptado aos novos tempos, continuava semelhante ao da República decaída: cabia ao Supremo, como referente do conceito, dizer a última palavra sobre a Constituição.

As diferenças dos arquétipos americano e austríaco de controle constitucional, porém, começaram a dar sinal de vida já no processo de elaboração do projeto da nova Constituição brasileira, no âmbito da Subcomissão do Itamaraty (1932-1933). A seus membros parecia, em maior ou menor grau, e mesmo aos liberais dela defensores, que a imputação de novos atributos ao Supremo, vindos do modelo austríaco, somados aos do modelo americano, dariam a ele um poder imenso.

O movimento da época, no sentido contrário, não era o de atribuir novos e mais poderes ao Tribunal. Os momentos imediatamente seguintes à Revolução de 1930 são a prova de que o referente conceitual dos liberais para o guardião constitucional precisava, antes de mais nada, se defender dos ventos revolucionários. As decisões que o Supremo proferiu contrárias aos participantes do movimento tenentista são vistas, por isso mesmo, como explicativas da “animosidade contra o Supremo Tribunal Federal demonstrada pelo governo provisório, depois da Revolução de 1930” (Costa, 2006: 62). *Grosso modo*, entre 1930 e 1945, “o Supremo Tribunal Federal viveria um dos mais difíceis períodos de sua história, quando foi obrigado a assistir passivamente à demissão de ministros, à alteração de seu funcionamento e à invasão de suas prerrogativas pelo Executivo” (Idem: 68).

Para além das medidas contrárias ao Supremo tomadas pelo Governo Provisório (1930-1933), como a aposentadoria compulsória de vários ministros em 1931, e a relativa desconfiança em relação ao Tribunal por grande parte dos componentes da Subcomissão do Itamaraty, é explicável que, antes do Estado Novo, num contexto mais democrático, os constituintes de 1933-1934 tenham escolhido o Senado para a função de, segundo o artigo 68 da Constituição de 1934, “promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, [e] velar pela Constituição”. Os constituintes também elegeram o Senado para a função de estender os efeitos de decisão declaradora judicial de inconstitucionalidade, na forma do artigo 91, inciso IV, da Constituição. Logo, constitucionalmente, seria o Senado o referente do conceito de *quarto poder*, imbuído de garantir a harmonia entre os poderes.

O discurso que buscava, por sua vez, deslocar o referente do conceito de *quarto poder* para o presidente da República, uma tônica presente desde a Primeira República, não esmoreceu. Ao contrário, ganhou novos ares. Ainda à época dos debates constituintes, Borges de Medeiros publicou em 1933 o livro de título *O poder moderador na república presidencial*,

cuja proposta constitucional era justamente lançar o presidente da República ao encargo de *poder moderador* nos moldes do Império (Medeiros, 2002 [1933]; Lynch, 2010c, 2021b). Contudo, a sugestão de Borges de Medeiros relacionada ao *quarto poder*, como outras<sup>19</sup>, não vingou na Constituição de 1934.

Geraria frutos, no entanto, em 1937, quando foi outorgada a nova Constituição, autoritária, e que conferia, pelo seu conjunto sistemático, o papel de guarda constitucional ao poder pessoal do presidente da República. Em um ambiente em que o Congresso estava privado de suas funções, o artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937<sup>20</sup> dava um amplo poder ao chefe do Executivo, inclusive para desconsiderar decisões judiciais. E foi isto o que aconteceu, inclusive em relação a decisões do Supremo Tribunal. A definição do referente do conceito como sendo o presidente da República iniciava, de tal modo, um processo de ressignificação conservador como poder pessoal.

No novo cenário, uma ideia presente na República decaída também começaria a tomar uma formulação mais sistemática: a das Forças Armadas como *poder moderador*, uma ideia que “começou a circular abertamente na década de 1930, quando elas passaram a exercer papel de protagonistas” (Carvalho, 2019: 25). A tese do soldado-cidadão tomava novo corpo, portanto, sobretudo pelas vozes de Bertholdo Klinger e Góis Monteiro, mediante o “intervencionismo de generais, ou do Estado-Maior” (Idem: 68).

Assim, se durante a Primeira República havia tido diferenças quanto ao conceito de *quarto poder* entre o plano linguístico do discurso liberal e o estado coisas, tal distância ficou ainda maior após 1930 e sobretudo depois de 1937, no Estado Novo. O referente do *quarto poder* dos liberais ganhava, assim, rivais cada vez mais fortes e diversificados, em um cenário de profunda crise do liberalismo enquanto ideologia política.

### 3.1 Levi Carneiro, o renovador

Os textos e os discursos de Levi Carneiro do final da década de 1920 até a década de 1950 são marcados pela ideia de que o liberalismo, como ideologia política, sofria uma profunda crise<sup>21</sup>. Se, para não ficar preso ao passado, esse diagnóstico exigia um processo de

<sup>19</sup> Um panorama das propostas, como a criação do Conselho de Segurança Nacional, foi feito por Lynch (2010c, 2021b).

<sup>20</sup> “Artigo 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

<sup>21</sup> Muito embora tenha tido uma carreira profissional prodigiosa, com vasta produção intelectual, sobretudo entre 1914 e 1937, o que inclusive lhe garantiu uma cadeira na Academia Brasileira de Letras em 1936, não há estudos sistemáticos sobre a vida

ressignificação dos clássicos conceitos liberais, ele não vislumbra, no presente, um futuro que estivesse fora do ambiente liberal. Os novos tempos traziam alternativas, mas elas lhe pareciam comprometer a tal ponto a liberdade que deveriam ser rejeitadas, como o comunismo e o fascismo. *Pari passu*, o liberalismo precisava ser renovado.

Em seu discurso de posse como presidente do Instituto dos Advogados, proferido em 8 de novembro de 1928, Carneiro apontava que, a despeito das investidas autoritárias, o fenômeno da restrição das liberdades individuais não indicava o sacrifício da liberdade, “que, em verdade, apenas se transformou. Transformou-se, mas já se revigora” (Carneiro, 1928: 84). Não muito tempo depois, no discurso inaugural dos trabalhos no Instituto dos Advogados para o ano de 1930, ele, ainda presidente, fazia as ressalvas de que, embora acreditasse na renovação das liberdades individuais, as novas vias políticas do momento, o fascismo e o bolchevismo, colocavam em ameaça as liberdades do indivíduo (Carneiro, 1930b: 132). Fazendo alusão às revoluções que se iniciaram em 1830, ele acreditava, no entanto, que as circunstâncias exigiam a celebração das conquistas liberais (Idem: 134).

Uma dessas conquistas que deveria ser blindada naqueles tempos de crise era o referente ruiano do *quarto poder*, a quem competia garantir as liberdades individuais, em especial em momentos politicamente conturbados. Tentando manter a tradição liberal da República, inaugurada sobretudo pelo discurso de Rui, e seguido por Lessa, Levi Carneiro buscou sustentar linguística e extralinguisticamente, apesar do contexto muito diferente e adverso, que o órgão de cúpula judicial era a representação do *guardião constitucional*.

### 3.1.1 As bases do *quarto poder* no liberalismo renovado

Em conferência realizada na Associação Cristã de Moços em 14 de setembro de 1934, depois reunida com outras em *Conferências sobre a Constituição* (1936a), Carneiro deixava claro para o seu público que o conceito de liberdade passava por transformações substanciais. Um primeiro giro conceitual estava ligado à superação das ideias de Spencer em *O indivíduo contra o Estado*, tão difundidas na Primeira República por liberais como Alberto Sales (1882, 1891, 1981 [1904]), cujo acentuado individualismo estava “já agora, derruído em seus próprios fundamentos” (Carneiro, 1936a: 43).

Carneiro partia, então, de Mill, Kant, Kelsen e Léon Duguit para insuflar novos ares

---

ou o pensamento de Levi Carneiro. O silêncio não é compatível, em especial, com o período da década de 1930, quando desempenhou relevante papel na política nacional. Em sua tese de doutorado em Direito, Luis Rosenfield destaca que, no período, apesar da sua intensa atividade no Governo Provisório, “existe uma lacuna histórica sobre a trajetória de Carneiro” (Rosenfield, 2019: 92).

ao conceito de liberdade num contexto em que o fascismo e o comunismo afrontavam os princípios da democracia (Carneiro, 1936a: 41-51). A ocasião exigia, dessa forma, um novo significado ao conceito de liberdade, num sentido mais solidarista, pensado menos em termos de ação negativa por parte do Estado, e mais na incorporação do conceito de igualdade à noção de liberdade, traduzindo-se na fórmula da igualdade de oportunidades (Idem: 51):

A liberdade não é mais, unicamente, a ausência de obstáculos legais; é a igualdade de oportunidades. Esta é a primeira aplicação concreta do novo conceito da liberdade. A lei não criaria desigualdades, mas reconheceria as desigualdades preexistentes; agora, não, a lei proporciona a todos iguais oportunidades. Esta concepção da liberdade, começa por afirmar a interdependência de todos os homens, e acaba por assegurar, a cada um deles, iguais possibilidades de desenvolvimento de todas as suas capacidades. A ação do Estado já não é mais unicamente negativa. Empenha-se em garantir a cada um a sua liberdade. E, com esse empenho, chega a excluir as restrições, aparentemente voluntárias, da capacidade ou do valor do trabalho individual.

Renovar o liberalismo significava, portanto, reconceitualizar o próprio conceito de liberdade. A renovação desse conceito foi um *leitmotiv* que permaneceu no discurso de Carneiro ao menos até o começo da década de 1950. O aparecimento de novas ideias e regimes políticos que colocavam em xeque as liberdades individuais explica, a partir do seu pensamento liberal, a imperiosidade de se renovar os pilares da democracia liberal, tão combatidos nos anos de 1920 e 1930. Mas se a defesa do liberalismo se mostrava uma tarefa especialmente árdua naquelas décadas, o fim da Segunda Guerra deu novo fôlego ao seu pensamento liberal.

A sua prática discursiva passou a resgatar com mais ênfase, então, um pensador e ator político que desde sempre lhe serviu de paradigma na defesa do liberalismo: Rui Barbosa, a quem ele se referia como “um dos maiores liberais de todo o mundo, em todos os tempos” (Idem: 40). Em discurso proferido na Academia Brasileira de Letras, Carneiro pregava, por isso mesmo, o culto diário a Rui, por ter sido ele o “defensor da liberdade de todos os oprimidos pelos poderes públicos” (1954 [1946]: 281).

Em outro discurso proferido na Academia Brasileira de Letras, ele dizia que o ressurgimento de Rui representava, naquele contexto, a renovação do próprio liberalismo. Por isso, afirmava que os princípios que nortearam a vida de Rui “atravessaram, em todo o mundo uma fase de esmorecimento – mas não de ressurgir, se já não estão ressurgindo, ainda que transformados e recebendo novas aplicações” (Carneiro, 1954 [1951]: 286). Houve, assim, pela parte de Levi Carneiro, uma clara filiação ideológica e intelectual ao próprio pensamento liberal brasileiro, sobretudo pelas ideias de Rui. Passada a fase crítica antiliberal, o fim da Segunda Guerra permitiu que ele se voltasse para a história e para as tradições liberais brasileiras com o objetivo de redefinir o liberalismo.

Resgatar Rui, em especial, significava também defendê-lo das críticas, às vezes proferidas de forma muito enfática e por penas autorizadas. Um dos maiores julgamentos de Rui àquele tempo, se não o maior deles, vinha de Oliveira Viana, que criticava Rui pelo seu “marginalismo”, seu “idealismo utópico” (Viana, 1999 [1949]: 353-396). Tanto que, em conferência realizada no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, fundado por conservadores, Carneiro decidiu rebater algumas questões relacionadas a Rui no então recentíssimo *Instituições Políticas Brasileiras* (1999 [1949]) de Oliveira Viana, também membro do mesmo Instituto.

Apesar de partilhar da opinião de Oliveira Viana de que o povo brasileiro não tinha “educação democrática”, Levi Carneiro (1954: 59) questionava, entretanto, com um argumento tipicamente liberal, inclusive com um tom de crítica velada a Oliveira Viana, o seguinte: “Como se faz a educação democrática? Como há de consegui-la o nosso povo? Mediante a prática da democracia, e somente assim – creio eu. Não é sob os regimes da tirania, ou de despotismo, que se realiza a educação democrática” (Idem). Emendava com outra provocação a Oliveira Viana: “como supor que Rui Barbosa não conhecia o Brasil?” (Idem: 62). Afinal, “a quem, senão a Rui Barbosa, devemos mais que a qualquer outro, essa tradição, essa regalia, essa aparelhagem de educação democrática?” (Idem: 63). A democracia liberal aparecia no discurso de Carneiro, portanto, ligada à própria concepção do que seria a realidade. Nesse viés, ninguém teria sido mais realista do que Rui. As suas campanhas presidenciais, notadamente a de 1910, teriam sido o exemplo desse processo de educação democrática por que passou o país durante a Primeira República (Idem: 73). Ou seja, Carneiro invertia as categorias de Oliveira Viana para afirmar que Rui havia sido um verdadeiro realista, e não um alienado como pintava o conservadorismo de Viana.

Se, de um lado, havia a necessidade de colocar em dúvida o “marginalismo” de Rui na forma pensada por Oliveira Viana; por outro, havia um ponto do pensamento do autor de *Populações Meridionais do Brasil* (2005 [1920]) a respeito de Rui que merecia o elogio de Carneiro. Isso porque Oliveira Viana reconheceu, a despeito de suas críticas a ele, que “a maior glória de Rui Barbosa está em haver compreendido a função primacial do Poder Judiciário de defesa da liberdade, e ‘colocado esse Poder fora do alcance da subordinação e dependência dos Executivos e Parlamentos’” (Carneiro, 1954: 60).

Em outra conferência, desta vez no Instituto dos Advogados, também em 1949, Carneiro olhava para Rui sob um ângulo particular e estritamente ligado à atividade forense: como advogado. Havia sido especialmente por meio desse ofício que, durante a Primeira República, Rui Barbosa usara e ensinara como se deveria manejar “do magnífico recurso

judicial, que é o *habeas corpus*, no interesse da defesa de direitos individuais e da salvaguarda dos princípios constitucionais” (Idem: 83).

Destacando o papel *avant la lettre* de Rui como advogado das causas de direito constitucional, numa época marcada pelo direito privado, Levi Carneiro lembrava, por exemplo, o *habeas corpus* impetrado por Rui em 1892 no Supremo a favor dos presos sob o estado de sítio de Floriano (Idem: 88-89). Apesar das derrotas iniciais no Tribunal, Carneiro sublinhava que foi naquele mesmo Tribunal que Rui “triumfa, vê consagradas – ainda que, nalguns casos, demoradamente e com restrições – as suas doutrinas, consegue, por vezes, a realização do seu ideal de justiça” (Idem: 108-109). A chave interpretativa de Carneiro colocava o judiciarismo ruiano e, portanto, a sua história, em um prisma positivo, ainda que sob as ofensivas dos marechais Floriano Peixoto e Hermes da Fonseca. Ao fim ao cabo, era possível extrair experiências e ideias positivas da Primeira República para a sua definição de *quarto poder*, de inspiração ruiana.

As referências a Rui não começaram, é certo, naquele momento. Muito antes, no seu livro *Do Judiciário Federal* (1916), a atuação constitucional de Rui era comparada, por Carneiro, à de Hamilton, nos Estados Unidos e, no que diz respeito à cultura jurídica, até mesmo superior à de John Marshall, o *chief justice* da Suprema Corte estadunidense, cujo papel havia sido decisivo no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison* (1803). Levi Carneiro anotava, quando Rui ainda era vivo, que o baiano (Carneiro, 1916: 28-29):

Começou por fazer, antes da Constituição, uma obra merecedora da epígrafe de Hamilton, e, em um quarto de século, com a maior elevação moral, a mais completa erudição, a mais assombrosa energia, tem evangelizado, no foro, na imprensa, no Congresso, a boa doutrina constitucional. Autor principal da Constituição, ele soube ser, fora do Tribunal, o seu principal intérprete e doutrinador. E essa coincidência se pode considerar, para a consolidação do nosso regime constitucional, tão providencial e feliz como, nos Estados Unidos, se julga a presidência de Marshall, a quem, aliás, faltava a insuperável cultura jurídica do Sr. Rui Barbosa.

Ainda durante a Primeira República, Levi Carneiro indicava que era o “Supremo Tribunal – ‘a pérola das instituições republicanas’” (Idem: 31), isto é, o *quarto poder*, de acordo com a definição ruiana. Mais uma vez, Carneiro interpretava a história do país de maneira positiva, a despeito das dificuldades que Rui e o Supremo encontraram com as investidas autoritárias dos marechais Floriano Peixoto e Hermes da Fonseca.

Às vésperas da Revolução de 1930, Carneiro insistiria, na condição de presidente do Instituto dos Advogados, ao proferir os discursos inaugurais dos trabalhos do Instituto nos anos de 1929 e 1930, que um dos alicerces da Constituição de 1891 era justamente “o judiciarismo

efetivado por um tribunal supremo, investido da guarda da Constituição, e, portanto, da defesa dos direitos individuais” (1930b: 125). No que tange à definição do Supremo como referente do conceito de *quarto poder*, Levi Carneiro realçava, naquelas oportunidades, que (Carneiro, 1929: 89):

Dentre todos os ramos do Poder Judiciário escusado é repetir que nenhum tem importância comparável à do Supremo Tribunal Federal. Este é que o caracteriza, que o regula, que lhe dá prestígio, coesão, força. Ele é, como dizia o maior dos nossos juristas de todos os tempos, a joia das instituições republicanas. A mais bela criação dos constituintes de 91. A mais alta garantia dos direitos dos cidadãos. E, dentre todos os nossos institutos, o que, na continuidade dos anos decorridos, melhor tem merecido a confiança pública, o que, em suma, melhor tem preenchido a sua grande missão constitucional e política.

Sem fugir à tradição judiciarista brasileira, Levi Carneiro confiava ao Supremo a guarda da Constituição, podendo-se afirmar que ele partilhava da ideia de que o legado do Poder Moderador imperial caiu nas mãos do Tribunal, o grande árbitro da República, na linha pensada por Rui, e antes dele, por Tavares Bastos e Cândido Mendes em relação à Suprema Corte dos Estados Unidos. Àquela altura já estava mais nítida a atribuição da Corte, a partir do judiciarismo ruiano, sobretudo de defesa das liberdades individuais.

A despeito da sua relevância, isso não significava que o Supremo Tribunal, aqui ou alhures, no passado ou no presente, estivesse isento de ofensivas, notadamente em momentos conturbados no cenário político. Atento às novidades dos Estados Unidos, ele notava, por exemplo, as investidas contrárias aos juízes estadunidenses que declaravam a inconstitucionalidade de determinadas leis. Mostrando-se atualizado com as tendências políticas daquele país, ele contestava, já em 1916 (Carneiro, 1916: 48), a proposta da campanha presidencial de Theodore Roosevelt de 1912 acerca do “*recall of judges*” e do “*recall of judicial decisions*”<sup>22</sup> aventada no pronunciamento *A Charter of Democracy* (Roosevelt, 1919 [1912]: 48), algo controverso mesmo nos Estados Unidos.

Ainda que a proposta de Roosevelt não envolvesse expressamente a Corte norte-americana, Levi Carneiro apontava que, na iniciativa, havia o “gérmen de um movimento contra a Suprema Corte” (Idem). O mesmo exemplo seria retomado por Carneiro, doze anos depois,

---

<sup>22</sup> “I do not believe in adopting the recall [of judges] save as a last resort, when it has become clearly evident that no other course will achieve the desired result. But either the recall will have to be adopted or else it will have to be made much easier than it now is to get rid, not merely of a bad judge, but of a judge who, however virtuous, has grown so out of touch with social needs and facts that he is unfit longer to render good service on the bench”. (Roosevelt, 1919 [1912]: 14). Tradução livre para “Não acredito no *recall* [dos juízes] a não ser como último recurso, quando se tornar claramente evidente que nenhum outro meio alcançará o resultado desejado. Mas ou a revogação terá que ser adotada ou terá que ser muito mais fácil do que agora para se livrar, não apenas de um mau juiz, mas de um juiz que, embora virtuoso, tenha perdido tanto contato com as necessidades e fatos sociais que não está apto por mais tempo para prestar um bom serviço no tribunal”.

ao proferir seu discurso de posse em 8 de novembro de 1928 como presidente do Instituto dos Advogados (Carneiro, 1928: 94). Ele empregava o mesmo exemplo com o fim de defender a autonomia e a independência do Poder Judiciário, mas sem explicitar o contexto da proposta do *recall* nos Estados Unidos, que também envolvia, dentre outros elementos, a controversa decisão de 1857 da Suprema Corte em *Dred Scott v. Sandford*.

De qualquer maneira, o que Carneiro buscava mostrar era que, embora o Brasil tivesse importado, especialmente pelas mãos de Rui, a organização judiciária dos Estados Unidos, seria um erro “fundar na experiência daquele país o cerceamento das atribuições que a nossa Constituição conferiu ao Poder Judiciário” (1916: 49). Era preciso, portanto, para alcançar um liberalismo renovado, preservar e defender não só o Poder Judiciário como estruturado no país, mas também, e especialmente, o Supremo, interpretado como o *quarto poder* encastelado no Judiciário. Mas a tarefa não seria simples, especialmente depois da Revolução de 1930.

### 3.1.2 Um esforço para frear o estado de coisas revolucionário

Em maior ou menor grau, os ventos revolucionários de 1930 não pouparam o Supremo. O estado de coisas extralinguístico voltava-se, mais uma vez, contra a definição ruiana do *quarto poder*. Uma das primeiras pautas de Levi Carneiro após a Revolução de 1930 consistiu, como presidente do Instituto dos Advogados, em propagar um discurso antagônico à dissolução da Corte, uma proposta que era considerada essencial por alguns interlocutores revolucionários. Três dias após a posse de Vargas como chefe do Governo Provisório (1930-1934), Carneiro fez pronunciamento no Instituto dos Advogados, no dia 6 de novembro de 1930, em que apelava para um juízo de moderação e de respeito à integridade do *quarto poder* dos liberais (Carneiro, 1943b [1930]: 189-190).

A despeito das deficiências inerentes a qualquer instituição, feita por homens e regras falíveis, ele indicava que “dentre todos os nossos órgãos constitucionais, nenhum se tem sabido manter melhor dentro dos limites das suas atribuições e dos seus deveres” do que o Supremo Tribunal Federal (Idem: 189). Assim, em homenagem aos acertos da Suprema Corte, que, se comparada ao Executivo e ao Legislativo, melhor desempenhara seus poderes constitucionais no regime decaído, ele pregava a sua preservação, como instituição, em nome da sua história, da sua jurisprudência e de seus membros. Por isso, pleiteava que se evitasse, sobretudo naquele momento conturbado (Idem: 190):

Desprestigiar a “joia das instituições republicanas”, na expressão de Rui Barbosa, e até mesmo o conjunto dos magistrados que a compõem. Ainda que, individualmente, possam ter errado esses homens, ou alguns deles possa merecer críticas – talvez mesmo, em parte pela influência, até certo ponto inevitável, do ambiente político, ou por certos pendores inerentes à educação jurídica – não esqueçamos que representam a mais bem sucedida criação da Constituição de 1891.

O ímpeto revolucionário deveria, portanto, frear seu motor que caminhava para o Tribunal, de modo a evitar erros e injustiças. Se a revolução era, àquela altura, um fato consumado, isso não significava, por outro ângulo, que fosse impossível evitar o soçobro de todas as instituições. Se, no âmbito da União, a presidência da República e o Congresso haviam sido atingidos em cheio, não custava tentar salvar, ao menos, a Corte Suprema. Afinal de contas, era ela “a mais bem sucedida criação da Constituição de 1891”.

Mas lutar contra os ares revolucionários não era um trabalho fácil. O discurso de Levi Carneiro contrário à dissolução do Supremo encontrou, no meio jornalístico, um antagonista revolucionário ferrenho, que se opunha frontalmente à sua posição sobre a Corte, com direito a réplicas por parte dele. Dois dias após o seu discurso no Instituto dos Advogados, o jornal *A Esquerda*, conhecido pela sua orientação comunista, publicava, no dia 8 de novembro de 1930, a matéria de capa *Nada de sentimentalismos!*, em que repelia arduamente a fala de Levi Carneiro sobre preservar a integridade da Corte.

A primeira página do jornal denunciava que o Instituto não reunia condições de opinar naquelas circunstâncias, e a dissolução do Supremo era “um dos primeiros itens do programa revolucionário” (*A Esquerda*, 1930a: 1). Em resposta, Carneiro fez publicar no *Jornal do Comércio* e no *A Esquerda* cartas que reforçavam a sua posição contrária aos anseios revolucionários de virar do avesso o Supremo (Carneiro, 1943b [1930]: 191-194). Nelas, ele manifestava não apenas a sua vinculação à tradição judicilarista brasileira inaugurada na Primeira República que alocava no Supremo o *quarto poder* da República, mas também a característica cosmopolita de manutenção dos postulados liberais. Na carta ao *A Esquerda*, ele alertava, em particular, que havia apenas se inspirado (Idem: 192):

Nas tradições da cadeira que imerecidamente ocupo, e sobre a qual paira a sombra augusta de Rui Barbosa. De resto, procurando evitar o que suponho – talvez erradamente – o desprestígio da mais alta de nossas instituições constitucionais, não penso só na sua atuação política; atendo, também, a que a esse mesmo Tribunal, tal como é agora constituído, tem cabido decidir os mais altos e difíceis e valiosos pleitos, envolvendo interesses avultadíssimos atinentes à família, à liberdade, à segurança, à propriedade, de todos os brasileiros e de todos os estrangeiros que confiam em nossa tradição de povo civilizado.

Na edição de 10 de novembro de 1930, o jornal *A Esquerda* trazia sua tréplica à carta

de Levi Carneiro, com nova matéria de capa de título *O Instituto dos Advogados e a dissolução do Supremo Tribunal Federal*, em que pregava, com um argumento sumário, que o “Supremo será dissolvido porque tem de ser dissolvido” (A Esquerda, 1930b: 2). O tom revolucionário do editorial mostrava que não havia motivos para se preocupar com instituições como o Tribunal, considerado um dos sustentáculos da República decaída.

O tema relativo à dissolução do Tribunal passou, no entanto, a ser debatido em outros termos a partir de então, ao menos no círculo intelectual de debate público no qual se encontrava Carneiro: da dissolução da Corte para a sua reorganização. Nesse quesito, ele desempenhou uma função importante, não apenas como presidente do Instituto dos Advogados, mas também porque passou a exercer cargo do alto escalão do Governo Provisório. Ainda no mês de novembro de 1930, em meio aos debates sobre a dissolução do Tribunal, ele recusou o convite para ocupar a pasta da Justiça, cujo assento acabou nas mãos de Osvaldo Aranha, mas aceitou a função de consultor geral da República<sup>23</sup>. O fato de ter participado do alto escalão do governo lhe rendeu comentários provocadores na Assembleia Nacional Constituinte, quando foi denominado, por exemplo, de “ordenança legal do Governo Provisório” por Agamenon Magalhães (AANC, v. 2, 1935: 67), quem viria a ser, pouco depois, em 1934, ministro do Trabalho, Indústria e Comércio de Vargas.

Se, por um lado, os planos de dissolução do Supremo Tribunal Federal pareciam mais distantes do horizonte do Governo Provisório naquele momento; por outro lado, não parecia estar em sua agenda manter o Tribunal tal qual como na República posta abaixo. Nesse sentido, Carneiro desempenhou um papel relevante, não apenas do ponto de vista do conceito de *quarto poder*, mas também de sua representação no mundo dos fatos.

Em sessão realizada no Instituto dos Advogados ainda em dezembro de 1930, ele apresentou algumas diretrizes para uma reorganização provisória do Supremo (1943b [1930]: 197-204), como instituição, num anseio, longe de ser fácil, de atender o ímpeto revolucionário e, ao mesmo tempo, propor alternativas temporárias. A tentativa parecia ter o objetivo de impedir que o estado de coisas político-constitucional colocasse abaixo a representação judiciarista do *quarto poder*.

Menos por uma postura revolucionária, até porque acreditava na célebre lição de Nabuco de que não é possível governar com os revolucionários (Carneiro, 1930b: 121), o consultor geral tinha a oportunidade, com o Governo Provisório, de apresentar, e quem sabe de colocar em prática, algumas de suas ideias para a renovação do Supremo. Já havia se passado

---

<sup>23</sup> Os seus pareceres estão reunidos em *Pareceres do Consultor Geral da República* (Carneiro, 1953).

quatorze anos desde a publicação do seu livro *Do Judiciário Federal* (1916), uma resposta ao livro de Lessa *Do Poder Judiciário* (1915), em que o consultor geral da República, sem se desfiliar da tradição judiciarista brasileira, oferecia suas próprias ideias sobre a formatação institucional do *quarto poder*. Garantir a funcionalidade da Corte era, antes de tudo, uma maneira de preservar suas atribuições de força moderadora e arbitral.

O primeiro aspecto ressaltado por Levi Carneiro naquela ocasião de renovação da Corte, estimulada pelo Governo Provisório, era a natureza provisória da reorganização. Para Carneiro, qualquer iniciativa que tivesse um caráter definitivo seria inoportuna. Ele não explicava, entretanto, as razões pelas quais considerava inapropriada uma alteração definitiva. As explicações podem ser várias. Desde um juízo de moderação, que ele já havia manifestado em outras ocasiões a respeito da ânsia revolucionária, até uma ideia mais democrática das inovações legislativas e institucionais, que, naquela hora, estavam concentradas nas mãos do Executivo, sem a participação do Parlamento ou da Assembleia Constituinte. De qualquer forma, e isso estava explícito nos seus textos, a reorganização provisória do Supremo poderia minimizar, ainda que parcialmente, um problema notado por ele desde *Do Judiciário Federal* (1916) e que ganharia destaque a partir de então: a enorme quantidade de processos que aguardavam julgamento na Corte.

Assim, a principal proposta de Carneiro consistia, naquela ocasião, em deixar para o Plenário da Corte apenas o julgamento das causas constitucionais, de modo que os outros temas, de cunho infraconstitucional, passassem “a ser julgados por cinco juízes. Não em turmas fixas”, mas “em turmas variáveis, isto é, constituídas pelo relator com os seus revisores e os juízes imediatos ao segundo revisor” (Carneiro, 1943b [1931]: 201). A ideia era multiplicar e acelerar o número de julgamentos no Tribunal, reduzindo-se o acervo de processos, mas sem perder a unidade característica da Corte.

A outra sugestão de Carneiro também tinha a finalidade de acelerar o julgamento das causas acumuladas no Supremo e buscava instituir o “apanhamento taquigráfico dos debates, fazendo incorporar aos autos respectivos o trecho referente a cada processo” (Idem: 202). O consultor geral afirmava que a medida poderia diminuir o tempo gasto pelos ministros com a redação e assinatura das decisões, sendo que já havia profissionais qualificados do Congresso que poderiam cooperar com a empreitada (Idem).

As reformas para o Supremo foram consolidadas alguns meses depois, por meio da edição, pelo Governo Provisório, do Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, que tinha como objetivo reorganizar provisoriamente o Supremo Tribunal e estabelecer regras para abreviar os seus julgamentos. O decreto abraçou, em grande medida, as sugestões publicamente

defendidas por Carneiro, como a incorporação da taquigrafia nos trabalhos da Corte e a sua divisão em turmas variáveis. Em artigo publicado n’*O Jornal* de 19 de fevereiro de 1931, ele registrou, inclusive, que o normativo acolheu o seu projeto “com pequena modificação” (Idem: 449).

O decreto, que apresentava feições de uma reforma regimental, também trazia algumas mudanças significativas, como a redução do número de ministros, de quinze para onze. Segundo Levi Carneiro, essa alteração, em particular, não constava do seu projeto, mas não havia motivos para criticá-la da forma que foi realizada (Idem: 455). Como o decreto não previu nenhum afastamento compulsório, a redução do número de ministros ocorreria, em uma leitura mais otimista, com o passar do tempo, com a abertura de vagas. Ao menos essa era a sua interpretação.

No entanto, a literalidade do artigo do decreto sobre esse ponto não permitia uma interpretação tão taxativa. Ao contrário, deixava em aberto a possibilidade de intervenção direta no Tribunal por meio da redução imediata do número de ministros. Carneiro, apesar disso, preferia considerar as boas intenções do governo com a medida, pois (Idem):

Não quero considerar a hipótese de afastamento compulsório de alguns juízes – que tanto se tem discutido, e que uns consideram o complemento necessário da obra da Revolução, outros condenam como um atentado inominável, uns viram afastada pelo art. 1º do Decreto nº 19.656 e outros perceberam a caminho da realização nesse mesmo dispositivo...

Essa é uma outra questão que não tenho de discutir aqui.

Afastada ela, a redução do número de juízes, em si mesma, nos termos em que a reforma determinou – é um ato que só enobrece o governo e merece os maiores aplausos.

Neste momento, em que tantos candidatos se apresentam, por si mesmos, ou por interpostas pessoas, às curúes da Suprema Corte, o governo abdica do direito de levar para lá amigos seus, ou correligionários, ou sustentáculos de suas ideias. É o contrário do que muitos governos têm feito.

Tendo em vista que o decreto não determinou o afastamento de ministros, o que era uma vontade mais imediata de partícipes mais radicais da revolução, o tema que gerou mais discussão nos dias seguintes à sua publicação foi o da divisão da Corte em turmas, a maior novidade depois da redução de ministros. Nesse quesito, Carneiro ganhou, mais uma vez, um interlocutor à altura que discordava desta específica novidade: o ministro do Supremo Tribunal Federal e procurador geral da República, Pires e Albuquerque.

Em sua mensagem também dirigida ao *O Jornal*, o ministro e procurador geral da República partilhava de algumas premissas de Carneiro. Uma delas dizia respeito à necessidade de encontrar solução para o quantitativo crescente de processos na Corte, eis que “há longos

anos, há mais de quinze, o Supremo Tribunal vem lutando em vão para dar conta da sua ingente tarefa”, mas, ao mesmo tempo, “os processos chegam-lhe cada vez mais numerosos” (Albuquerque, 1931: 97). A despeito da concordância com o diagnóstico e da imperiosidade de solução, Pires e Albuquerque acentuava que o remédio não poderia ser pior do que doença.

O ministro resumia bem o seu ponto de vista ao assegurar que “o julgamento por turmas enfraquece a autoridade, o prestígio moral das decisões, quebra a uniformidade dos julgados e não resolverá o problema” (Idem: 96). Como bom filiado, ele também, à tradição judiciarista, o ministro lembrava que os Estados Unidos tinham passado por situação semelhante à do Brasil e conseguiram resolvê-la por intermédio da criação de tribunais intermediários. Era necessário, portanto, aproveitar a experiência do país que nos servia de modelo, e não apenas a instituição da Suprema Corte em si. Curiosamente, a criação dos tribunais federais em âmbito regional era a maior bandeira de Levi Carneiro para aliviar a sobrecarga de trabalhos da Corte desde a publicação do livro *Do Judiciário Federal* (1916), mas tal proposta, por sua natureza definitiva, não chegou a ser sugerida naquela ocasião por ser avaliada como prematura (Carneiro, 1943b [1930]: 457).

Contrariando as expectativas de Levi Carneiro a respeito das boas intenções do Governo Provisório, a grande mudança do Supremo Tribunal, àquela época, concretizou-se, no entanto, com a medida menos regimental. Quinze dias depois da edição do decreto que reorganizou o Supremo, o Decreto nº 19.711, de 18 de fevereiro de 1931, determinou, por típicas razões de Estado, o afastamento compulsório de seis ministros, dentre eles os ministros Pires e Albuquerque<sup>24</sup> e Geminiano da França<sup>25</sup>, além do presidente da Corte, o ministro Godofredo Cunha.

Ainda que ele tenha colaborado com o Governo Provisório para a reorganização transitória do Supremo, as propostas substanciais de Carneiro para o Tribunal ocorreram, contudo, em períodos de maior estabilidade institucional, como, por exemplo, durante a Primeira República, com a publicação do livro *Do Judiciário Federal* (1916); à época da Assembleia Nacional Constituinte (1933-1934), em que foi eleito como representante classista dos profissionais liberais; e no exercício do seu mandato como deputado federal pelo estado do Rio de Janeiro (1934-1937) na legenda do Partido Popular Radical. Antes de conhecer as suas sugestões institucionais para o *quarto poder*, é indispensável, antes, compreender outro aspecto

---

<sup>24</sup> O ministro Pires e Albuquerque narrou a sua trajetória no Supremo e as razões pelas quais entendia o seu afastamento compulsório no livro *Culpa e Castigo de um Magistrado* (1931).

<sup>25</sup>No livro *O Poder Judiciário no Brasil*, o ministro Geminiano da França faz uma síntese da história do Judiciário no país, desde o período colonial, e indica, na parte final, uma proposição que também retratava a sua experiência pessoal ao clamar para “que o Poder Judiciário, ora sofrendo um colapso no seu prestígio e na sua independência, ressurgira radiante e glorioso para a grandeza do Brasil e tranquilidade do povo” (França, 1931: 64).

mais específico do seu discurso: a relação entre judicialismo e federalismo.

### 3.1.3 Do conceito à renovação institucional, extralinguística

A afinidade entre os dois discursos era tal, para Carneiro, que deu título ao seu livro *Federalismo e judicialismo*, ali definidos como “os característicos do nosso regime constitucional” (Carneiro, 1930a: 100). Sob a égide da Constituição de 1891, ele anotava, em termos mais conceituais, que o *judicialismo* era “efetivado por um Tribunal Supremo” (Carneiro: 1930b: 125; 1954: 61), “a restrição necessária do *federalismo*, o seu freio, a sua garantia” (Carneiro: 1930a: 100) e operava “como verdadeiro compensador mantendo o equilíbrio entre a União Federal e os Estados” (Carneiro, 1929: 92).

O encargo atribuído a Carneiro na Assembleia Constituinte de 1933-1934 como relator da parte do projeto constitucional referente ao Judiciário deu-lhe a oportunidade de colocar em prática as suas noções conceituais. Nesse viés mais específico, sua acepção federalista guardava algumas distâncias em relação a Rui e Lessa. A premissa de Carneiro tinha uma interpretação *à la* Tavares Bastos, no sentido de que o poder central deveria ter seus poderes mais limitados, com o conseqüente prestígio dos poderes locais, sem o peso considerado excessivo da União (Carneiro, 1936b: 126).

Por essa razão, mas sem eliminar totalmente as atribuições do poder central, ele buscou conjugar os interesses na Assembleia Constituinte pendendo a balança um pouco mais para o lado dos poderes locais, ou seja, para o federalismo. Afinal, haveria o recurso ao *quarto poder* sempre que houvesse excessos, com a última palavra a ser proferida pelo Supremo Tribunal. Neste sentido, pouca diferença havia no seu discurso em relação a Rui ou Lessa sobre o conceito, porque o *quarto poder*, alocado no Supremo, era considerado o freio ao federalismo exacerbado, o que o distanciava conceitualmente, por exemplo, das noções federalistas dos constituintes de 1890-1891, como a de Campos Sales, que temiam a existência de um Tribunal centralizador da interpretação do direito e da Constituição.

Porém, em seu projeto constituinte para o Poder Judiciário, Carneiro propôs um modelo institucional que conferia mais poderes aos estados para a organização da justiça (Carneiro, 1936b). Seu projeto adjudicava mais atribuições e competências aos estados, que poderiam, assim, organizar à sua maneira o processo e respectivas justiças estaduais (Carneiro, 1936b: 121-126).

Em razão dessa formatação da justiça, de caráter mais estadualista, o seu projeto constitucional ganhou um interlocutor direto: João Mangabeira, que defendia, nos artigos

publicados no jornal *Diário Carioca*, a versão do anteprojeto elaborada por ele, em grande medida, na Subcomissão do Itamaraty (1932-1933), na parte do Judiciário (Mangabeira, 2019 [1934]: 84-96), como exposto na seção seguinte deste capítulo.

Para além dos aspectos mais gerais de organização do Judiciário, que a propósito não tiveram sucesso na Assembleia Nacional Constituinte, Levi Carneiro tinha propostas específicas e substanciais para o Supremo Tribunal Federal que datavam de 1916, em *Do Judiciário Federal*, que seriam retomadas a partir de 1930, com a reconstitucionalização do país. As ideias, que agora veiculavam sugestões mais substanciais no funcionamento do Supremo e não apenas medidas paliativas ou provisórias, podem ser compreendidas como uma tentativa de prestigiar o *quarto poder*, o árbitro da República, em um cenário que exigia a sua renovação institucional.

Com a multiplicidade da organização judicial e dos potenciais conflitos entre as normas dos diversos estados, Carneiro reforçava as atribuições da Corte na manutenção da unidade do direito, com a uniformização dos procedimentos (AANC, v. 13, 1936: 121-123). Se, de um lado, ele buscava prestigiar os poderes locais; por outro, não tinha receio, como ocorreu em alguns círculos da Primeira Constituinte Republicana, de reforçar os poderes e atribuições institucionais do *quarto poder* dos judiciaristas.

As propostas de Carneiro para a renovação do Supremo, fossem elas provisórias ou definitivas, buscavam resolver um problema comum: o acervo excessivo de processos a serem julgados pelo Tribunal. Da década de 1910 até pelo menos a década de 1940, ele insistiria no fato de que era contraproducente o Supremo ter que julgar tantos processos. A Suprema Corte dos Estados Unidos havia sofrido do mesmo mal e conseguira dele se livrar. O Brasil deveria seguir pelo mesmo caminho.

Analisando o cenário brasileiro, ele alertava, em 1929, que “para o desempenho de sua verdadeira tarefa jaz o Tribunal literalmente soterrado pela aluvião de causas, que não pode julgar” (Carneiro, 1929: 89). Em artigo publicado em 1942, Carneiro insistiria no mesmo assunto de que “ainda uma vez, nossa mais alta corte judiciária sofre de pleora dos processos submetidos a seu julgamento” (Carneiro, 1943a: 1). Desde 1916, a rigor, ele pontuava que o acúmulo de trabalho no Supremo não era “uma questão de interesse privado; mas de verdadeiro e relevantíssimo interesse social e político” (Carneiro, 1916: 52). Ou seja, otimizar os trabalhos da Corte era um processo que envolvia a sua própria capacidade, dali em diante, de funcionar como *quarto poder*.

Se o diagnóstico era o mesmo, as sugestões variavam de acordo com o contexto, se mais ou menos democrático. As propostas para o período revolucionário, sem o debate

parlamentar, como antes visto, tinham natureza eminentemente provisória. As sugestões para as épocas de normalidade das instituições de uma democracia parlamentar eram, por sua vez, mais robustas. Além da atribuição da manutenção da unidade do direito, algo que defendeu com mais ênfase na Constituinte, Carneiro tinha duas outras proposições para o Supremo que se mantiveram mais estáveis entre as décadas de 1910 e 1940.

A primeira proposta consistia em o Supremo Tribunal Federal “restringir a sua tarefa a um número relativamente pequeno de casos, da maior importância, que pudesse estudar aprofundadamente e decidir com inteiro acerto” (Carneiro, 1943a: 4). A Corte não deveria, assim, fazer esforços para julgar o cada vez mais crescente número de casos que lá aportavam. Ao contrário, para cumprir bem a sua missão, deveria encontrar meios, assim como fizera a Suprema Corte dos Estados Unidos, de reduzir o acervo já existente e o número de novos processos que chegassem ao Tribunal.

Porém, não bastava a mera redução dos processos se tal empreitada implicasse desprestígio do *quarto poder*. A reforma constitucional de 1926, criticava Levi Carneiro, “dominada pela preocupação de restringir a apreciação judiciária, limitou os casos de competência do Supremo Tribunal, mas, ainda assim, não conseguiu desafogá-lo” (Carneiro, 1943a: 2). Antes mesmo da reforma, durante as discussões parlamentares, e diferentemente do que outros sugeriram à época, ele indicava que a limitação do *habeas corpus*, por exemplo, não havia sido sensata, porque (Carneiro: 1930a [1924]: 120-121):

Se se levar mais longe a restrição, chegar-se-á a anular a autonomia do Poder Judiciário, ou a frustrar o mais valioso e melhor aclimatado dos recursos judiciais de proteção da liberdade individual. Se bem que essa liberdade esteja atualmente, por todo o mundo, em certo despreço – não seria prudente sacrificá-la, entre nós, nas proporções bem limitadas em que chegamos a garanti-la.

Quando já se avizinhava a queda de Getúlio Vargas, em 1945, Carneiro retoma, em conferência realizada no Instituto dos Advogados, o mesmo discurso judicialista, com a crítica à Constituição outorgada de 1937, que havia subvertido, “bruscamente”, o curso da “evolução, tão profundamente liberal” por qual passou o país (Carneiro, 1945: 34). A Carta, além de ter debilitado as garantias individuais, culminou com a “diminuição da autonomia e da autoridade do Poder Judiciário” (Idem: 35).

A redução do número de casos a serem julgados pelo Supremo Tribunal deveria ser condizente com as práticas da democracia liberal e não com algum tipo de manobra para desprestigiá-lo. Talvez por isso mesmo era outra a maior aposta de Carneiro para resolver o congestionamento da Corte.

A criação dos tribunais federais inferiores, uma instância intermediária entre os juízes federais, na primeira instância, e o Supremo Tribunal Federal, na última instância, era uma proposta institucional de Carneiro que datava de longa data, desde a publicação do livro *Do Judiciário Federal* (1916). Era, sem dúvida, a maior discordância em termos de judicialismo do Supremo Tribunal entre Carneiro, Lessa e Rui, uma vez que os outros dois divergiam da ideia da criação de tribunais federais inferiores (Carneiro, 1943a: 1), e o próprio Tribunal rejeitara a proposta que havia sido sugerida por Epiácio Pessoa neste sentido ainda na Primeira República (Carneiro, 1942: 29).

Se, no ponto, Carneiro abria um flanco de divergência com o judicialismo ruiano ao propor a criação de tribunais federais, ele mantinha, por outro viés, a filiação a outros setores do judicialismo brasileiro que admitiam a ideia, como Pires e Albuquerque e João Mangabeira, seus contemporâneos e, ainda, o modelo dos Estados Unidos. A sugestão da instituição dos tribunais federais inferiores era inspirada nas reformas pelas quais passou aquele país entre 1789 e 1912, com a criação das cortes distritais, das cortes de circuito e a limitação da recorribilidade (Carneiro, 1916: 14, 42-43), culminando no *Judiciary Act* de 1925, cujo objetivo foi justamente reduzir a carga de trabalho da Suprema Corte.

Em seu relatório constitucional de 1934, Levi Carneiro formulou dispositivo que previa a criação de tribunais federais, com o intento de “retirar da competência da Corte Suprema, maior ou menor número de feitos, conforme as necessidades do momento, sem tolher, todavia, a sua função de guarda e supremo intérprete da Constituição” (Carneiro, 1934b: 182). Não tendo sido aprovada a sugestão, em 1937, ainda como deputado federal, apresentou projeto semelhante (Carneiro, 1943a: 5), mas suplantado pela outorga da Constituição de 1937, que suprimiu, inclusive, a justiça federal. A sugestão institucional de Carneiro só sairia do papel depois de trinta anos da publicação do livro *Do Judiciário Federal* (1916), com a promulgação da Constituição de 1946.

Se o liberalismo de Carneiro pode ser entendido como uma tentativa de manter vivos, e renovados, os ideais de liberdade, com a manutenção de instituições e conceitos liberais, como o de *quarto poder*, outros liberais trilharam um caminho análogo, mas cada vez mais à esquerda. Foi o caso de João de Mangabeira, cujo pensamento, à mesma época, partiu do liberalismo para o socialismo, passando, antes, por um tipo de liberalismo social, com reflexos imediatos para a conceituação do *poder moderador*.

### 3.2 João Mangabeira, o desencantado

João Mangabeira é comumente enquadrado no pensamento político brasileiro no campo socialista. Foi dessa maneira que Francisco Mangabeira, seu filho, o concebeu na biografia *João Mangabeira: República e socialismo no Brasil* (1979). A classificação é inegavelmente correta. Com o fim do Estado Novo, João Mangabeira teve uma função de destaque nas alas mais à esquerda do espectro político do país, sobretudo quando passou a integrar a Esquerda Democrática, que, em 1946, transformou-se em partido autônomo da União Democrática Nacional (UDN) e, após, passou a denominar-se Partido Socialista Brasileiro (PSB), tendo como primeiro presidente justamente João Mangabeira<sup>26</sup>.

Se é verdade que após a sua morte, em abril de 1964, ele ficou conhecido por ter se dedicado à causa socialista, é igualmente certo que, em suas origens, João Mangabeira esteve fortemente ligado a setores liberais da política brasileira. O maior exemplo, sempre lembrado, é a sua intensa ligação com Rui Barbosa. Não é raro a relação entre os dois ser denominada como a de mestre e discípulo, com o fez, por exemplo, Levi Carneiro (1954: 81); Josaphat Marinho, na introdução do livro de Mangabeira intitulado *Rui: o Estadista da República* (1999 [1943]); e, mais recentemente, Christian Lynch (2021b: 102).

No lapso temporal deste capítulo, não só Carneiro, portanto, fazia sua filiação ao liberalismo ruiano. João Mangabeira o acompanhava: participou da Campanha Civilista, foi inclusive aos comícios e, quando Rui faleceu, proferiu discurso em homenagem ao mestre. Estes são apenas exemplos, dentre muitos outros, da relação travada entre os dois. Além dos ideais em comum, marcado pela defesa dos postulados da liberdade, a Bahia era outro ponto que os unia, tanto que ele não mediu esforços para apoiar a causa de Rui Barbosa em 1912 durante o bombardeio da Bahia (Rodrigues, 1991b: 72; Pessoa, 1955: xxxv). Isso não impediu a Mangabeira, porém, e contrariamente a Rui, de nutrir um aberto desencanto pelo *quarto poder* ruiano, a partir de 1936, depois de um drama pessoal.

---

<sup>26</sup>Além da biografia escrita por seu filho, Francisco Mangabeira, a vida de João Mangabeira também foi contada, na mesma época, por Sá Menezes no livro *Vultos que ficaram: os irmãos Mangabeira* (1977), que narra a história de vida não só de João Mangabeira, mas também de seus irmãos, Francisco e Otávio. Poucos anos depois da publicação desses livros, foi realizado simpósio na Universidade de Brasília, de 3 a 6 de novembro de 1981, em homenagem ao centenário de seu nascimento, ocorrido em 26 de junho 1880. O evento contou com a participação, dentre outros, de Barbosa Lima Sobrinho, Luiz Viana Filho e Josaphat Marinho. As conferências, comentários e debates do simpósio estão reunidos no livro *João Mangabeira na Unb* (1982).

### 3.2.1 O lugar do *quarto poder* no liberalismo social

Esta seção analisa a mobilização do conceito de *quarto poder* por Mangabeira no período que se estende de 1930 a 1945. Um lugar específico no tempo que admite, a partir da compreensão do seu pensamento, considerá-lo como pertencente a uma espécie de liberalismo social, ou mesmo de um socialismo liberal, tendo em vista a zona nebulosa entre os dois pensamentos e mesmo entre as duas ideologias (Freedon, 1998: 45-59).

Os textos e discursos de João Mangabeira dessa época são marcados pela defesa das liberdades individuais, na chave liberal, e também por uma acepção mais progressista do conceito de liberdade, em um trânsito contínuo e fluido com o conceito de igualdade. De todo modo, em razão da centralidade do conceito de liberdade, ele ainda parecia, nesse cenário, mais próximo do pensamento liberal, mas em uma roupagem mais social, típica do liberalismo social que emergia mundo afora no início do século 20. Em muitos pontos, o pensamento de João Mangabeira lembra, por exemplo, o de John Dewey, que, à mesma época, denunciava nos Estados Unidos as desigualdades socioeconômicas que o próprio liberalismo havia ajudado a criar (Dewey, 1963 [1935]), tendo João Mangabeira inclusive o citado, ainda que pontualmente, em seu discurso como paraninfo aos bacharelados da Faculdade de Direito da Bahia (Mangabeira, 1984 [1944]: 19).

As raízes da questão social, em Mangabeira, eram sustentadas, a bem da verdade, em larga medida pela influência de Rui Barbosa a partir do seu famoso discurso proferido no Teatro Lírico do Rio de Janeiro em 1919. *A questão social e política no Brasil*, se, por um lado, distanciava Rui da ideologia socialista; por outro, aproximava-o dos ideais de uma socialdemocracia ou de um liberalismo social. E em sua conferência dedicada a Rui, depois editada em *Rui: o Estadista da República* (1999 [1943]), Mangabeira anunciava que “na questão social, ninguém, no Brasil, viu tão cedo, tão largo e tão longe, quanto Rui, em sua época”, e que “dentre os líderes políticos brasileiros, somente ele *ousou assim se colocar*” (Mangabeira, 1999 [1943]: 320). Mangabeira manteria essa posição quanto a Rui mesmo depois de sua virada completa para o socialismo (Barbosa, 1966 [1952]: 31).

Três ocasiões situadas entre 1930 e 1945 ilustram bem, dentre inúmeras outras, a passagem de Mangabeira do liberalismo para o socialismo, atravessando, nesse ínterim, por um liberalismo social. A primeira ocasião é datada de 11 de agosto de 1930, em um parecer, depois lido na Comissão de Justiça do Senado Federal, em que João Mangabeira defendeu a concessão de pensão por morte a uma viúva de um guarda civil, que se tornara inválido no exercício das funções (Mangabeira, 2019[1934]: 254). Ele divergia do parecer do relator, que afastava o

direito devido à prescrição da pretensão da viúva, por entender que “para que a igualdade perante a lei não seja uma ficção iníqua, ou uma cilada atroz, cumpre ao Estado amparar a debilidade dos fracos” (Mangabeira, 2019 [1934]: 262).

Para que houvesse uma igualdade verdadeira, substancial, o então senador pela Bahia advogava métodos de interpretação novos, mais modernos. Tomava como exemplo os de Roscoe Pound, precursor da escola da *sociological jurisprudence*<sup>27</sup> e à época Reitor da Faculdade de Direito de Harvard (Pound, 2010 [1919]), e também a prática dos juízes ingleses que tiveram que adaptar o “princípio da liberdade do contrato e de trabalho às necessidades do moderno meio econômico” (Mangabeira, 2019 [1934]: 264). No caso da viúva, para que se fizesse justiça social, ele adotava a postura, em seu parecer, de conceder a pensão e afastar a prescrição, pois (Mangabeira, 2019 [1934]: 268):

No Brasil, se tem feito, até hoje, a política dos ricos, o direito dos ricos, a justiça dos ricos. É tempo que se faça também a dos pobres. O Estado, que tem favorecido sempre as classes abastadas, ou mais felizes na luta pela vida, não pode afrontar a pobreza humilde, sofredora e miseranda, valendo-se, como devedor relapso, da iniquidade de uma prescrição, para recusar a uma viúva sexagenária e miserável o pagamento de uns mil réis com que possa comprar uns metros de pano ou umas padas de pão.

A segunda ocasião foi a entrevista concedida ao *Correio da Manhã* e publicada em 16 de março de 1932. Nela, fazendo coro pela convocação de uma Constituinte, João Mangabeira apontava algumas diretrizes para a futura Constituição do Brasil. Em ampla medida, suas considerações indicavam a via socialdemocrata, de modo a manter o regime econômico capitalista, mas com melhores condições de vida para as pessoas (Mangabeira, 2019 [1934]: 270).

Por isso, ele defendia, na entrevista, pautas típicas do liberalismo social, como o enfrentamento de monopólios econômicos; a gratuidade do ensino em todos os níveis; e uma forte taxação da herança (Mangabeira, 2019 [1934]: 272-274). Seu desígnio era o de que, com essas e outras medidas, o Estado assegurasse a todos o mínimo de subsistência. Pouco depois, nos debates da Subcomissão do Itamaraty, da qual fez parte, ele reafirmaria tal posição, ao assegurar que “as constituições modernas têm como orientação acabar com as desigualdades sociais. Se a Constituição brasileira não marchar na mesma direção, deixará de ser revolucionária para se tornar reacionária” (Azevedo, 2004: 20).

A terceira ocasião aconteceu em dezembro de 1944, no seu discurso de paraninfo aos

---

<sup>27</sup>Uma noção um pouco mais detalhada da *sociological jurisprudence* será apresentada no capítulo seguinte, na parte dos pensamentos de Aliomar Baleeiro e Victor Nunes Leal.

bacharelados da Faculdade de Direito da Bahia, publicado no periódico *A Tarde* sem consulta prévia ao Departamento de Imprensa e Propaganda e posteriormente vetado, pela censura, de ser publicado no Rio de Janeiro. A publicação, na íntegra, aconteceu alguns meses depois no *Correio da Manhã*. No discurso, João Mangabeira insistia no assunto de que “sem a redução da desigualdade econômica ao mínimo possível, nenhum mecanismo político permitirá ao homem comum realizar seus desejos” (Mangabeira: 1984 [1944]: 32). Embora ele tenha ressaltado, no discurso, a necessidade de se garantir uma igualdade substancial entre as pessoas, chama atenção o fato de que a base conceitual da conferência estava centrada na importância de assegurar as liberdades democráticas. Afinal, o Estado Novo, com todo o seu aporte institucional autoritário, ainda estava de pé.

Assim, não faltaram, no discurso, referências a liberais como Hans Kelsen, Kant, Stuart Mill, Charles Beard, Brandeis, Tocqueville e, como não poderia deixar de ser, Rui Barbosa. Em um manifesto em defesa da liberdade, e num recado direto a Vargas e a seu regime, João Mangabeira apresentava aos seus paraninfados seu conceito de democracia, centrado na atenção às liberdades civis e políticas (Mangabeira: 1984 [1944]: 24-25):

Assim, a democracia política pode, na época atual, definir-se como o regime representativo da maioria, com a segurança legal da possibilidade de representação, crítica e fiscalização das minorias. Mas, para a existência de tais possibilidades, é indispensável a garantia da liberdade de palavra e de propaganda, por todos os meios a isto adequados, e da liberdade de associação, inclusive a da organização dos partidos, com todas as consequências que isso importa. Mas a base de tudo isso seria a igualdade política e a igualdade perante a lei, asseguradas numa constituição sagrada pela vontade popular, na manifestação livre do voto. Porque a liberdade fundamental é a política, expressa no voto, sem a qual todas as outras são precárias, porque não estabelecidas pelo povo, que, por seu sentimento jurídico, limita o Estado, reduzindo a um dos meios de segurança e desenvolvimento social e, por isto mesmo, impedido de atentar contra certos atributos essenciais do indivíduo, como pessoa humana. Se, porém, a liberdade política desaparece, com ela perecem de fato todas as outras, dependentes do capricho do ditador, que as alarga quando quer ou as restringe e suprime quando entende.

O binômio liberdade-igualdade continuava, assim, presente. Porém, até mesmo sua definição de igualdade remetia a uma linguagem característica do liberalismo social emergente, como, ao dizer, em palavras parecidas com as de Levi Carneiro na mesma época quanto à definição do conceito de liberdade, que “o essencial é a igual oportunidade para a consecução dos objetivos da pessoa humana. E para igual oportunidade é preciso igual condição”<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup>Com o passar do tempo, Mangabeira dirigiu o seu conceito de liberdade para um viés cada vez mais socialista. Em conferência realizada em 1952 sobre Rui, ele afirmou que “se o homem não se liberta da opressão econômica, seja qual for a liberdade política ou civil que lhe confirmam, onde ele, de fato, vive, é sob o despotismo do potentado da riqueza, do senhor dos meios de produção, que lhe compra a força” (Barbosa, 1966 [1952]: 29-30).

(Mangabeira: 1984 [1944]: 30).

O grau de importância conferido ao *quarto poder* não destoava, no pensamento de Mangabeira, dos demais pontos relativos do seu liberalismo social. Mais do que isso, estas observações iniciais sobre o seu pensamento são essenciais para bem compreender como ele vislumbrava o papel destinado ao Supremo Tribunal Federal, pois os conceitos de liberdade e igualdade também são mobilizados por ele ao definir o *quarto poder*.

Neste sentido, Mangabeira seguia a tradição do discurso judicialista brasileiro, adotando as linhas mestras de Rui, inclusive com o denso conhecimento da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 28 de janeiro de 1926, em nome dos deputados federais, proferiu discurso ao oferecer a toga ao ministro Herculano de Freitas em seu ato de posse no Supremo e destacou, naquela oportunidade, o papel de relevo do *quarto poder* liberal para a política do país. Nesse contexto, Mangabeira também adotava a orientação ruiana da Primeira República de conceituar a Suprema Corte como o sucedâneo do Poder Moderador, um garantidor das liberdades civis e políticas, a ser fortalecido na República contra o arbítrio autoritário (Lynch, 2021b: 110).

Em inúmeras ocasiões como naquela ele definia o Supremo como o *quarto poder* da República, a “chave de abóbada da constituição política” (Mangabeira, 2019 [1934]: 100). Com alusões ao arquétipo da Suprema Corte dos Estados Unidos, seus precedentes e juizes, com destaque para o *chief justice* John Marshall, e a autoridade de Rui Barbosa, Mangabeira destacava em seu discurso a capacidade de freio do *quarto poder*, fosse em relação aos outros poderes, à União ou aos estados, colocando todos eles, novamente, nas margens das suas atribuições (Mangabeira, 2019 [1926]: 245):

O Supremo Tribunal Federal nos países do nosso regime não é uma corte comum de apelação; mas um formidável poder político, um “*paramount power*”, como lhe chamam os americanos, não somente guarda, senão “*master of the constitution*”, como o qualifica Dicey, decidindo, sem apelo, até onde se estendem as faculdades constitucionais dos outros poderes; chave da abóbada da federação, julgando, sem recurso, até onde se dilatam os direitos da União e até onde se circunscrevem os privilégios dos Estados.

O exemplar dos Estados Unidos, aquele “*paramount power*” da interpretação da Constituição, ofereceu àquele país, notava ainda Mangabeira em seu discurso ao novo ministro do Supremo Tribunal, a figura honorária do *chief justice* John Marshall, e citava Rui para dizer que o *chief justice* “sob a toga do juiz, era o gênio do estadista que falava, profético na magnífica luminosa do seu descortino, lançando os alicerces constitucionais da nação” (Mangabeira, 2019 [1926]: 246). A lembrança de Marshall não era tão somente teórica ou doutrinária. Tinha um

objetivo.

Em sua versão da história como processo político, Mangabeira era da opinião de que, no conflito entre Marshall, federalista, e Thomas Jefferson, antifederalista, o tempo havia decidido “definitivamente contra Jefferson e a favor de Marshall”, pois tinha sido o último que, “na construção da grande Carta, fortalecendo e expandindo o poder central, e firmando a supremacia judicial, na interpretação da lei básica, erguia sobre alicerces indestrutíveis o edifício do governo constitucional dos Estados Unidos” (Mangabeira, 2019 [1926]: 247). A disputa entre Thomas Jefferson e John Marshall, tão assinalada por Rui n’*O direito do Amazonas ao Acre setentrional* (Barbosa, 1983 [1910]), também não havia sido trazida à baila por Mangabeira de maneira aleatória.

Mostrava, ao final do seu discurso dirigido em homenagem ao novo membro do Supremo Tribunal Federal, que a Corte deveria, se fosse o caso, travar batalhas difíceis e com homens poderosos, democratas ou autocratas. Aqui, Mangabeira ecoava no recinto do Tribunal duas sentenças de Rui. Primeira: “não há tribunais que bastem para abrigar o direito, quando o dever se ausenta da consciência dos magistrados”, segunda: “o bom ladrão salvou-se, mas não há perdão para o juiz covarde” (Mangabeira, 2019 [1926]: 252).

Antes de prosseguir com o exame da mobilização do conceito de *quarto poder* por Mangabeira em seu momento mais combativo, depois de sua prisão em 1936, acusado de ter sido partícipe do movimento comunista que, segundo o governo, buscava subverter a ordem constitucional, é fundamental compreender, antes, seu conceito de *quarto poder*, representado pelo Supremo Tribunal Federal, na Subcomissão do Itamaraty (1932-1933). A comissão, formada pelo Governo Provisório, tinha o escopo de apresentar à Assembleia Constituinte o anteprojeto da futura Constituição do país, e nela João Mangabeira estava “à esquerda de todos” (Lynch, 2021b: 102).

### 3.2.2 Alguns limites ao *quarto poder*

Houve debates na Subcomissão do Itamaraty que apresentaram, com distinção, as divergências conceituais atinentes ao *quarto poder*, e Mangabeira esteve envolvido de modo direto nas discussões. Um dos assuntos mais controversos quanto ao *quarto poder* em que Mangabeira tomou parte consistiu na redação do artigo de abertura do capítulo do Poder Judiciário no anteprojeto da Constituição. A matéria refletiu a intensa relação entre o conceito e o estado de coisas extralinguístico em um momento, como aquele, em que tanto o conceito pode direcionar os eventos, quanto o contrário.

Na 21ª Sessão da Subcomissão, Mangabeira apresentou emenda ao projeto de Arthur Ribeiro, membro da Subcomissão na qualidade de ministro do Supremo e relator da parte concernente ao Judiciário, em que propôs nova redação ao artigo do capítulo de abertura do Poder Judiciário, para que passasse a constar da seguinte forma: “o seu órgão supremo terá por missão principal manter a unidade do direito e ser o intérprete máximo da Constituição, em todo o território brasileiro” (Azevedo, 2004: 400).

A sugestão gerou intensos debates na Subcomissão em razão de duas questões, em especial. A primeira dizia respeito à manutenção, pelo Supremo, da unidade do direito no país e a segunda à enunciação, no texto constitucional, de que a Corte seria o intérprete máximo da Constituição.

A principal crítica da manutenção da unidade do direito partiu, naquela ocasião, de Osvaldo Aranha, membro da Subcomissão e então ministro da Fazenda do Governo Provisório. Segundo as sentenças contundentes de Aranha, o país estaria “perdido” se se confiasse a unidade do direito ao Tribunal, seria a “morte da República” (Idem: 431). A preocupação estava atrelada ao papel tradicional do Legislativo, no *civil law*, de criação da lei. Para dissuadir Aranha, foi necessária a intervenção do presidente da Subcomissão, Afrânio de Melo Franco, então ministro das Relações Exteriores; de Mangabeira; e, por final, de Carlos Maximiliano, relator geral da Subcomissão, consultor geral da República e consultor jurídico do Ministério da Justiça.

Todos esclareceram que a manutenção da unidade do direito, pelo Supremo, não significava, como tinha em mente Osvaldo Aranha, criar o direito. O próprio Mangabeira acentuava que, na verdade, a atribuição de “manter” o direito era mais restritiva do que a de criá-lo (Idem: 432). A palavra final coube a Maximiliano, que explicou que a unidade seria para evitar a aplicação diversa da mesma norma jurídica em diferentes lugares do país (Idem: 434).

Porém, as chaves interpretativas que efetivamente convenceram Aranha foram as de Afrânio de Melo Franco, que desde longa data defendia uma jurisprudência mais unionista (Lynch, 2021b: 97), e de João Mangabeira, ambas no sentido de que a unidade seria alcançada, na verdade, pela uniformidade das decisões do Supremo. A explanação convenceu Aranha e a versão final do artigo do anteprojeto elaborado pela Subcomissão dispôs que o Supremo Tribunal teria “por missão principal manter, *pela jurisprudência*, a unidade do direito” (Mangabeira, 2019 [1934]: 304).

Ficava evidente, aos integrantes da Subcomissão, e ao próprio Mangabeira, que a atribuição de criação do direito estava fora das competências do Supremo e, assim, do círculo significativo do *quarto poder* ruiano. Uma hipótese para a preocupação pode estar no fato de

uma maior influência, a partir da República, às tradições jurídicas dos Estados Unidos, onde a criação do direito cabe sobretudo ao Judiciário, pelo sistema *common law* de origem anglo-saxônica.

A outra parte da emenda de Mangabeira, que afirmava ser o Supremo intérprete máximo da Constituição, não gerou tantas contendas na Subcomissão no momento de sua propositura. Aqueles que se manifestaram na ocasião concordaram com a proposta, por entenderem, nas palavras de Melo Franco, “que é pela interpretação final da Constituição que o Supremo Tribunal mantém a unidade do direito” (Azevedo, 2004: 433).

A Subcomissão aprovou, então, a emenda de Mangabeira quanto às atribuições da Corte, com a redação proposta por Melo Franco, para estabelecer que o Tribunal “terá por missão principal manter, pela jurisprudência, a unidade do direito, interpretando conclusivamente a Constituição, em todo o território brasileiro” (Idem: 434). A redação final do anteprojeto apresentou mudança sutil no texto, mas que não alterou o conteúdo aprovado no seio da Subcomissão (Mangabeira, 2019 [1934]: 304).

A maior discordância com a redação do artigo aconteceu, no entanto, após a sua aprovação pela Subcomissão, com a carta de renúncia de Arthur Ribeiro, lida por Afrânio de Melo Franco na reunião seguinte. O ministro do Supremo, por sentir que o seu projeto para o Judiciário estava em dissonância com as propostas da Subcomissão, iniciava a sua carta de renúncia justamente com a crítica à emenda de João Mangabeira. Dizia o ministro do Supremo Tribunal Federal que, além de tecnicamente errado, era “inteiramente inútil, o pomposo dispositivo com que o dr. João Mangabeira quis ornar o início dos preceitos constitucionais relativos à organização do Poder Judiciário” (Azevedo, 2004: 443).

A despeito da consideração e da representatividade do ministro do Supremo na Subcomissão, e ainda que lamentasse a sua renúncia, Afrânio de Melo Franco observava que o ministro não tinha razão ao dizer que o artigo era um título decorativo e pomposo, pois, “ao contrário, indica uma diretriz, uma orientação, dando a esse alto órgão da Justiça a sua função máxima” (Idem: 453).

Em sua justificativa, e apelando para que se tomassem as iniciativas necessárias para o retorno do ministro Arthur Ribeiro à Subcomissão, João Mangabeira explicou, com profundo conhecimento da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, típico do discurso judicialista brasileiro, e, ainda, com as recentes lições de Hans Kelsen, a quem se referiu, em outro momento, como o “maior teorista vivo de direito público” (Idem: 336), que a emenda buscava confirmar a posição de *quarto poder* do Tribunal, a “chave de abóbada de todo o capítulo do Poder Judiciário” (Idem: 449).

Por esse motivo, a supressão do artigo na Assembleia Constituinte, fez com que Mangabeira passasse a fazer a defesa da versão final do anteprojeto da Subcomissão em artigos para o *Diário Carioca*. Neles, Mangabeira confirmava o discurso da Subcomissão de que a declaração de princípios relativa ao Tribunal não era, ao contrário do que julgava o ministro Arthur Ribeiro, uma questão inútil ou pomposa. Ao contrário, a previsão era fundamental, pois, sem ela, corria-se o risco de se repetirem experiências traumáticas, quando, por exemplo, “sob o governo Hermes, o presidente da República e com ele as duas casas do Congresso entenderam que lhes não obrigava o acórdão do Supremo Tribunal sobre o Conselho Municipal deste Distrito” (Mangabeira, 2019 [1934]: 107).

A incumbência “oracular de árbitro da Constituição” (Idem) não significava, no entanto, um poder sem limites. Ao contrário, Mangabeira sugeriu, na Subcomissão, outras propostas para restringir aquele “*paramount power*” do *quarto poder*. Era necessário moderar, desde a origem da nova República, o seu próprio árbitro, o seu moderador. Uma das sugestões limitadoras ou moderadoras estava ligada a um instituto novo, a declaração, em abstrato, pelo Supremo, da inconstitucionalidade das leis (Azevedo, 2004: 532), uma importação austríaca, de inspiração kelseniana, ao regime constitucional brasileiro, que conhecia, até então, apenas a declaração de inconstitucionalidade pelo modo difuso, em casos concretos, de origem norte-americana.

De um modo geral, uma das grandes diferenças entre os institutos diz respeito ao alcance da declaração de inconstitucionalidade da lei. Ao passo que o modelo aplicado no Brasil, desde a República, transplantado dos Estados Unidos, restringia a declaração de inconstitucionalidade a um caso específico, que envolvia apenas as partes do processo; o modelo austríaco, pensado por Kelsen, fulminava a própria lei, se inconstitucional, com ampla irradiação dos seus efeitos, para todos (efeitos *erga omnes*).

A novidade gerou intensos debates na Subcomissão, pois não existia precedente institucional sólido nos países que o Brasil costumava tomar como exemplo, em especial França, Inglaterra e Estados Unidos. Ao contrário, do ponto de vista teórico ou intelectual, havia uma rejeição à ideia de mesmo o *quarto poder* ter tal atribuição. A declaração sobre a constitucionalidade das leis, que fora inclusive uma atribuição do Senado Conservador da Constituição francesa de 1800, fora também rejeitada por Constant (Gauchet, 1995: 246), como anteriormente visto. Tocqueville, no mesmo sentido, também afirmara que o êxito da Suprema Corte dos Estados Unidos estava justamente em não aniquilar a lei em abstrato, mas apenas em casos concretos, específicos (Tocqueville, 1987 [1835]: 85).

Não causa surpresa, portanto, que alguns membros da Subcomissão tenham visto com

desconfiança a novidade, com o receio da “ditadura do Poder Judiciário no Brasil”, nas palavras de Afrânio de Melo Franco (Azevedo, 2004: 538). Osvaldo Aranha pontuara, em termos parecidos, que aquela nova competência do Supremo “seria a instituição da República Judiciária no Brasil” (Idem: 536).

Menos estranheza causa, ainda, que o general Góis Monteiro, também integrante da Subcomissão, não tenha sido favorável à ideia. Responsável pela primeira formulação sistemática do discurso do *poder moderador* das Forças Armadas (Carvalho, 2019: 68), ele achava que a nova competência colocaria o Tribunal “quase como poder supremo do Estado” e então ele era “contra a inconstitucionalidade, em tese, porque seria a ditadura do Judiciário e prefere a do Executivo” (Azevedo, 2004: 536, 897).

A despeito disso, mesmo aqueles que consideravam ameaçador o novel instituto, na medida em que atribuiria um poder maior ao Supremo, acordavam, no entanto, que o controle americano de constitucionalidade das leis também apresentava problemas que deveriam ser resolvidos. O principal defeito era a declaração de inconstitucionalidade das leis apenas em um caso concreto, deixando o restante da população submetida a uma lei já declarada inválida pelo Supremo em um caso específico (Idem: 530-539).

Mangabeira partilhava não apenas da posição quanto à insuficiência do controle americano, mas também quanto à necessidade de limitar os poderes do Supremo quando declarasse a inconstitucionalidade de uma lei em tese. Ofereceu, nessa linha, emenda que buscava resolver o problema dentro do sistema representativo, com um último apelo ao poder soberano, deixando a decisão final sobre a declaração de inconstitucionalidade, em caso de divergência inconciliável entre os poderes, justamente para o escrutínio público. A emenda, que não foi aprovada pela Subcomissão, foi sintetizada por Mangabeira da seguinte maneira (Idem: 542, 543):

Uma lei da Assembleia Nacional só seria declarada inconstitucional quando nesse sentido votassem 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal.

(...)

A decisão do Supremo Tribunal, declarando a inconstitucionalidade de uma lei, só poderá ser recusada quando contra ela se manifestarem dois poderes do Estado: o Executivo ou a Assembleia Nacional, e esta por 2/3 de seus membros!

Por aí se vê que a hipótese só ocorreria em casos de excepcional gravidade, capazes de determinar uma guerra interna ou externa. Mas, ainda assim, o Supremo Tribunal terá a possibilidade de ver a sua decisão prestigiada pelo povo, em plebiscito, que, em última instância, resolva o conflito entre os poderes.

O quórum qualificado de 2/3 para a declaração de inconstitucionalidade em tese de uma lei, como delimitado em sua emenda, era um ponto inegociável para Mangabeira. As

decisões do Supremo sobre a constitucionalidade das leis, de extrema relevância social e política, não poderiam ser resolvidas pela maioria absoluta de seus membros, às vezes pela diferença de apenas um voto. O Tribunal, no Brasil, deveria evitar esse problema que havia sido um fator de abalo do prestígio da Suprema Corte estadunidense (Mangabeira, 2019 [1934]: 114). Tanto era assim que condenou o projeto de Levi Carneiro que exigia os votos da maioria absoluta dos juízes do Tribunal para declarar a inconstitucionalidade das leis (Idem: 115-123). Os constituintes acolheram a ideia de Carneiro nesta parte, estampada no artigo 179 da Constituição de 1934<sup>29</sup> e elegeram o Senado para a função de estender os efeitos de uma decisão judicial declaradora de inconstitucionalidade, na forma do artigo 91, inciso IV, da Constituição.

A dimensão política fornecia as duas explicações basilares para que Mangabeira buscasse uma limitação, mesmo moderada, do *quarto poder* ruiano. A primeira almejava preservar a estabilidade das instituições. O espaço de experiência decorria, mais uma vez, dos Estados Unidos. O caso *Dred Scott v. Sandford*, julgado em 1857 pela Suprema Corte, que chancelou, em linhas gerais, a escravidão por lá, tinha contribuído, ele reconhecia, para acirrar os ânimos nos anos anteriores à guerra civil (Mangabeira, 2019 [1934]: 543, 573). Era essencial evitar, portanto, que decisões como aquela – que, na verdade, havia sido tomada com a maioria qualificada da Suprema Corte dos Estados Unidos – prejudicassem o prestígio do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

A segunda explicação estava diretamente relacionada ao seu liberalismo de viés social e, para não fugir à regra, também estava amparada no exemplo da Suprema Corte dos Estados Unidos. Naquela época, a jurisprudência daquela Corte estava muito ligada aos valores econômicos liberais do *laissez-faire*, e Mangabeira demonstrava, como bom pertencente da tradição judiciarista brasileira, a partir de Rui, profundo conhecimento, e atualizado, das recentes decisões da Suprema Corte norte-americana e das críticas que lhes eram feitas. À época, e esse cenário já era conhecido por Rui Barbosa (1999 [1919]: 367-417), a Suprema Corte dos Estados Unidos julgava inconstitucional leis sociais e Mangabeira notava que “toda vez que ela declara a inconstitucionalidade de uma lei que corresponde às aspirações populares, como as denominadas leis sociais, chovem de todos os lados os protestos” (Azevedo, 2004: 448).

O conhecimento da experiência norte-americana era importado por Mangabeira nas discussões da Subcomissão para, na prática, vedar que o Supremo Tribunal, no Brasil, pudesse impedir a evolução legislativa social. No processo de modelagem institucional e também

---

<sup>29</sup>“Artigo 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

conceitual, a Corte da nova República deveria ser, ao mesmo tempo, o último intérprete da Constituição, o árbitro dos conflitos e, para limitar um pouco essa atribuição, era indispensável que tomasse decisões de alto impacto político pela maioria qualificada de seus membros (Mangabeira, 2019 [1934]: 125).

Para além da questão social envolvida, considerando o espaço de experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos que impedia sua marcha, havia outras dimensões da proposta de Mangabeira que diziam respeito ao próprio sistema representativo liberal. A nova atribuição do *quarto poder*, de declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, deveria ser partilhada com os poderes Executivo e Legislativo e, persistindo o desacordo, a última instância do conflito era o próprio povo, a ser ouvido por meio de plebiscito, eis que existem questões “de muito mais alto interesse, que só mesmo a própria nação pode resolver” (Idem: 543).

Do ponto de vista teórico, o argumento não era uma completa novidade para os liberais, nem para alguns conservadores, como antes visto, se entendido como um tipo de submissão do *quarto poder* à opinião pública. O Visconde do Uruguai, Hamilton e Rui já haviam antes mobilizado, por exemplo, a ideia de modo parecido.

A sugestão de Mangabeira tinha mais semelhanças, contudo, com a proposta de Madame de Staël, por meio da devolução ao povo do poder de decidir uma questão que não fora bem resolvida no âmbito dos poderes representativos, como antes visto. À semelhança de Staël, embora não haja indício de apropriação de suas ideias, Mangabeira também fazia uma proposta para que houvesse um compartilhamento direto das novas atribuições do *quarto poder* com os delegatários do povo e, ao fim das contas, com o próprio detentor do poder soberano, mas as diferenças com o contexto francês e as ideias de Staël não devem ser postas de lado, sobretudo em razão da conjuntura mais democrática no cenário brasileiro e no pensamento de Mangabeira. Por isso, prefiro cogitar a hipótese, ainda que também exista uma diferença temporal no mesmo espaço, que Mangabeira absorveu a cultura política de um liberalismo radical, como o de Luiz Gama, no sentido de que, no limite, o *quarto poder* deveria ser exercido diretamente pela sociedade brasileira.

### 3.2.3 A falha do *quarto poder*

A participação no processo político-constitucional de modelagem e conceituação de um Supremo como *quarto poder* não garantiu a Mangabeira, como ator político, assim como não garantiu a Rui, êxitos garantidos no Tribunal. Ao contrário, o recrudescimento do regime

fez com que ambos vissem, em muitas ocasiões, as portas da Corte se fecharem aos seus pedidos. Isso aconteceu, sintomaticamente, com as sucessivas derrotas pessoais de Mangabeira no Supremo nos anos de 1936 e 1937.

No dia 30 de março de 1936, João Mangabeira, então deputado federal, foi preso sob a acusação de atentar contra a segurança nacional por supostamente ter participado da Intentona Comunista. Pela mesma acusação foram presos o senador Abel Chermont e os deputados federais Abguar Bastos, Domingos Velasco e Otávio Silveira. Em benefício de todos, inclusive de si próprio, João Mangabeira impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal (Costa, 1964b: 68).

O principal fundamento do *habeas corpus* era a imunidade parlamentar, pois, argumentava Mangabeira, a garantia era atributo inerente à função legislativa, condição essencial à existência do Legislativo (Barbosa, 1980: 111). Ele apelava, deste modo, ante a demora do Congresso em apreciar as prisões, “para a Corte Suprema, a cuja consciência e honra dos Ministros confiou a Constituição a sua última defesa, constituindo-os em sua derradeira salvaguarda” (Idem: 114). Após a deliberação do Congresso, a Corte, porém, negou a ordem, porque as casas legislativas deveriam ter exigido, segundo o ministro relator, que fossem soltos os parlamentares, o que não ocorreu (Costa, 1964b: 81-88).

O curto tempo transcorrido entre o protocolo do pedido de *habeas corpus*, no dia 9 de julho, e a data do julgamento, no dia 20 do mesmo mês, foi o suficiente para que o Congresso se manifestasse sobre as prisões, servindo tal fato como razão de decidir para o Supremo. Em carta datada do dia seguinte ao julgamento, dirigida ao seu irmão Otávio, também deputado federal, João Mangabeira afirmava que a decisão era “de fazer desmaiar um frade de pedra” (Barbosa, 1980: 115). E denunciava que a Corte e seus ministros não podiam escapar à opinião pública. Com um apelo à lembrança de Rui, que nessas horas também nela buscava apoio, Mangabeira prometia que bateria “de novo às portas da Corte Suprema, embora sem esperanças de justiça, mas sobretudo para definir e precisar a responsabilidade pessoal dos seus ministros ante à nação” (Idem: 116).

E assim o fez. Nos dois meses seguintes João Mangabeira impetrou outros dois *habeas corpus* no Supremo Tribunal (Idem: 117-143). Nos pedidos, ele invocava novos argumentos para que fosse dada a ordem. No primeiro, alegou a inconstitucionalidade do decreto presidencial que havia declarado o estado de guerra e justificou as prisões. Para tanto, indicou a inexistência dos requisitos materiais sequer para a declaração do estado de sítio, muito menos havia para a do estado de guerra. Com amparo expresso nas lições de Rui n’*O Estado de Sítio* e nas de Pedro Lessa em *O Poder Judiciário*, ele resgatava o discurso judiciarista da Primeira

República para se defender, naquele novo contexto, das medidas de exceção então promovidas por Vargas (Idem: 120).

Contra abusos do poder, e para sua proteção individual, Mangabeira lembrava, novamente, além da tradição brasileira, a experiência da Suprema Corte americana, muito citada por Rui Barbosa (1983 [1910]: 30; 1892: 132-134) e Pedro Lessa (1915: 371-376), no precedente *Ex parte Milligan* (1866), que concedeu o *habeas corpus*, como antes visto, por julgar inconstitucional a submissão da justiça civil à jurisdição militar em uma zona onde não se efetuavam operações de guerra (Barbosa, 1980: 126). Por esses fundamentos, pedia, no segundo *habeas corpus*, em razão da denegação do primeiro, que o Supremo desempenhasse “sua função oracular, repondo os outros poderes dentro dos limites que a Constituição expressamente lhes traçou” (Idem: 125).

A Corte, no entanto, negou o pedido, assim como negou o terceiro *habeas corpus* impetrado por Mangabeira com fundamento no artigo 175, §4º, da Constituição de 1934, que assegurava que as medidas restritivas da liberdade de locomoção não atingiriam os membros da Câmara dos Deputados durante o estado de sítio<sup>30</sup>. As negativas do Supremo não impediram que Mangabeira continuasse a bater às suas portas, desta vez por antever que seria julgado, em primeira instância, pelo Tribunal de Segurança Nacional.

Onze dias após a criação do Tribunal de Segurança Nacional pela Lei nº 244 de 11 de setembro de 1936, Mangabeira impetrou outro *habeas corpus* no Supremo Tribunal, por se considerar ameaçado de ser processado e condenado por um “tribunal de exceção” (Idem: 145). Alertava ao Supremo que não se defenderia perante o “tribunal da ditadura”, “a supressão da democracia”, especialmente porque o Tribunal de Segurança Nacional julgaria crimes anteriores à sua criação, o que, de uma vez só, restringia as competências do Poder Judiciário e violava o princípio constitucional de irretroatividade das leis penais desfavoráveis ao réu (Idem: 145-157).

Diante, mais uma vez, do indeferimento do seu pleito na Corte, João Mangabeira impetrou *habeas corpus* preventivo no Supremo Tribunal Militar, em seu favor e no de seu filho, Francisco Mangabeira, também detido, em que retomava os fundamentos contrários ao julgamento perante o Tribunal de Segurança Nacional (Idem: 171-2018). O Supremo Tribunal

---

<sup>30</sup> “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: (...)”

§ 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.”

Militar, no entanto, sequer conheceu do *habeas corpus*, por julgá-lo incabível durante o estado de guerra (Brasil, 1937: 54-61). Em face dessa decisão, ele recorreu, outra vez, ao Supremo Tribunal, em recurso em *habeas corpus* (Idem: 63-72).

A Suprema Corte, mais uma vez, negou a ordem pleiteada, em acórdão bastante fundamentado, em que refutava um a um os argumentos de Mangabeira. Embora julgasse cabível o *habeas corpus* com amparo em sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em breve síntese: 1) que o Tribunal de Segurança Nacional não era um tribunal de exceção, mas um tribunal especial, como tantos outros, com atribuição específica para julgar crimes políticos; 2) que sua organização e constituição poderia ocorrer de maneira diferente dos tribunais ordinários, mas deveria obedecer aos ditames constitucionais; e 3) que era possível a retroatividade da lei penal no que diz respeito à organização judiciária, ponto que exigiu maior esforço argumentativo da Corte (Idem: 159-216).

Em nova carta dirigida ao seu irmão Otávio, lida na Câmara dos Deputados no dia seguinte ao julgamento do Supremo, Mangabeira afirmava que o seu “amor ao direito” e “devoção à liberdade” não permitiriam que se defendesse “ante um tribunal de exceção, que é o maior atentado que se poderia conceber contra os princípios cardeais do nosso regime político, levantado sobre mais de cem anos de tradições liberais” (Barbosa, 1980: 223-24). E assim o fez. Não se defendeu pessoalmente, como advogado em causa própria, perante o Tribunal de Segurança Nacional, tendo havido a nomeação de outros patronos para que não ficasse sem defesa (Idem: 317-366).

Mangabeira é, então, condenado à pena de prisão de três anos e quatro meses, após o voto de desempate do presidente do Tribunal de Segurança Nacional contra ele. Em face dessa decisão, ele impetrou novo *habeas corpus* no Supremo Tribunal Militar. Nele aduziu que, segundo a jurisprudência do Supremo, o empate em julgamento de causa penal deveria ser decidido favoravelmente ao réu, não podendo haver o desempate pelo presidente em desfavor do acusado (Idem: 261-272). Foi, enfim, com base nessa matéria e no mesmo precedente do Supremo invocado por Mangabeira, que o Tribunal Militar deferiu o *habeas corpus*, absolveu-o da condenação imposta pelo Tribunal de Segurança Nacional e concedeu-lhe a liberdade após quinze meses de prisão (Idem: 367-374).

As constantes e sucessivas derrotas de Mangabeira no Supremo Tribunal Federal parecem ter posto à prova a sua máxima de que a Corte tinha tremendos poderes. Em sua conferência formatada no livro *Rui: o Estadista da República* (1999 [1943]), Mangabeira apresentava um discurso quanto ao Supremo muito diferente daquele do início da década de 1930. Se, cerca de dez anos antes, a Suprema Corte era frequentemente avaliada como o oráculo

da República, na definição quase que religiosa de Rui; agora, nos idos de 1940, a Corte era designada como “o órgão que, desde 1892 até 1937, mais falhou à República” (Mangabeira, 1999 [1943]: 83). A frase, motivada por uma tragédia pessoal, teria grande influência no judicialismo das décadas seguintes, após a queda de Vargas, com impacto direto na definição do *quarto poder*, fosse para absorvê-la, fosse para criticá-la.

### 3.3 Considerações

A Emenda Constitucional de 1926, que reduziu constitucionalmente os atributos relevantes da Suprema Corte, sobretudo ao acrescentar o §5º ao artigo 60 da Constituição de 1891, pode ser entendida como o início de um processo que se estenderia aos textos e contextos das Constituições de 1934 e 1937. Ambas continham previsão de teor idêntico no sentido de que seria “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, segundo os artigos 68 e 94 das Constituições de 1934 e 1937, respectivamente.

As previsões constitucionais eram tão somente, porém, uma das muitas peças do novo quebra-cabeça em que se encontrava o Supremo no contexto da era Vargas. Como instituição, e em reação à doutrina do *habeas corpus*, a Corte teve seus atributos e poderes reduzidos de forma exponencial com o decurso do tempo. Carlos Maximiliano, ministro do Tribunal à época, bem definiu o papel do Supremo naquele estado de coisas autoritário: não era possível lutar contra as forças “inquisitoriais” do Estado Novo; ao contrário, era imperativo aceitar o eclipse temporário do *quarto poder* dos liberais. Evocando a lendária frase atribuída a Galileu Galilei no julgamento perante o Santo Ofício, *e pur si muove* (“e ainda assim se move”), ele dava o tom da sua crítica no sentido de que o eclipse não nega a existência do sol. Isto é, as circunstâncias exigiam um estado de latência transitório da atividade do Supremo enquanto durasse o regime autoritário (Mendes, 1997: 37).

O diagnóstico de Maximiliano ocorreu ao julgar um processo na Corte, relativo ao Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939, editado pela presidência da República, que, na prática, deixou sem um efeito uma decisão anterior do Supremo Tribunal Federal (Brossard, 1990: 21). Não era a primeira vez que uma decisão da Corte era desrespeitada, “mas era a primeira vez que um acórdão do Supremo era cassado por decreto-lei” (Costa, 2006: 78). Contra o autoritarismo do Estado Novo, o *quarto poder* judicialista mostrava-se impotente. Ao fim e ao cabo, o judicialismo havia sido neutralizado, pois o presidente podia sustar uma declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo se julgasse a medida “necessária ao bem-estar do povo” (Lynch, 2021b: 108). Afinal (Costa, 2006: 78):

O Supremo Tribunal Federal, que ao longo da Primeira República conquistara paulatinamente e a duras penas o seu papel de Terceiro Poder, ao qual cabia decidir da constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo, viu ruir boa parte do trabalho, realizado desde a sua criação, em 1891. Além disso, se durante a Primeira República a frequente renovação do estado de sítio inibira muitas vezes a sua atuação, dando margem a toda sorte de abusos contra os cidadãos, que não dispunham de menor garantia e podiam ser presos e assim permanecerem sem a existência de processo por meses, sem que o Tribunal pudesse agir em seu favor, a situação ficou ainda mais grave depois da inclusão, pelas Constituições de 1934 e 1937, respectivamente, dos estados de emergência e de guerra, com a suspensão das garantias constitucionais. A utilização reiterada desse instrumento pelo governo Vargas paralisou a ação que o Supremo Tribunal Federal desempenhara, bem ou mal, durante a Primeira República, em defesa da liberdade dos cidadãos.

O cenário parece explicar por que nas décadas seguintes os judiciaristas, quando buscavam resgatar algo da história do país, e em especial a história do Tribunal, saltavam a era Vargas e iam direto para a Primeira República. Lá era possível ao menos encontrar Rui, Lessa e um Supremo Tribunal que havia, em algum momento, encampado a teoria do *habeas corpus*. Até para as críticas parecia mais estratégico voltar para a historiografia da Primeira República do que para o governo de Vargas. A bem da verdade, ao censurar o Estado Novo, muitos liberais preferiam mover seus argumentos contra alguém que tinha nome e sobrenome, o presidente da República, o ditador Getúlio Vargas.

Ainda assim, muito embora o estado de coisas político-constitucional do período tenha sido consideravelmente desfavorável ao referente estabelecido pelos liberais para o conceito de *quarto poder*, houve momentos relevantes para a compreensão do conceito e de seus atributos relevantes. O ponto comum e, portanto, mais abrangente, diz respeito à importância do contexto, e do decurso do tempo, para definir o conteúdo significativo do conceito, adaptando-o a novas realidades.

O primeiro exemplo é a incorporação, no discurso de Mangabeira, em especial, da questão social como predicado importante para o conceito. O assunto já havia sido, em 1919, levantado por Rui na sua campanha presidencial, mas, a despeito da sua novidade no alto círculo político liberal, o discurso ruiano não chegou a atrelar a questão social ao conteúdo do conceito de *quarto poder*. O discurso de Rui ficou mais adstrito à questão da necessária reforma constitucional para permitir o avanço da legislação social. O decurso do tempo e a formação de novas categorias linguísticas e novos espaços de experiência, nos Estados Unidos e aqui, explicam por que o elemento estava presente na definição de Mangabeira, e não na de Rui. A gradativa mudança ideológica de Mangabeira também desempenhou um papel relevante neste sentido. A especialização das disputas ideológicas inclusive retirou do discurso judiciarista, ao

menos até a década de 1960, a questão social do seu eixo central de definição do conceito.

O argumento relevante estabelecido por Mangabeira consistiu, na verdade, numa limitação aos atributos relevantes do *quarto poder*. Tendo como pano de fundo o espaço de experiência dos Estados Unidos, ele não desejava que o Supremo, no Brasil, impedisse avanços sociais semelhantes aos travados pela Suprema Corte norte-americana.

O arco de significados dos conceitos começa a assumir, então, novos contornos. A preocupação de alguns constituintes de 1890-1891 a respeito da centralização do direito por uma Suprema Corte é afastada por uma atribuição de unificar o direito por intermédio da jurisprudência do Tribunal, e não pela criação da lei, como acontece no *common law*. O cenário de incorporação de novas atribuições ao *quarto poder* ruiano, como o controle de constitucionalidade austríaco das leis, causava receio aos membros da Subcomissão do Itamaraty. O mecanismo acabou sendo adaptado à Constituição de 1934, mas com a participação do Senado, como rezavam o artigo 91, inciso IV, e o artigo 96.

Uma segunda questão ligada ao decurso do tempo é relativa a um viés prático, ligado à atividade forense e que, portanto, continuou a ser relevante para o conceito a partir de um dado extralinguístico. O aumento do acervo de processos que chegavam à Corte, embora fosse um tópico de debate desde a Primeira República, não tinha a relevância que adquiriu a partir do início da década de 1930. A Revolução permitiu que o tema se desenvolvesse mais livremente até a nova Constituinte, com a possibilidade de mudanças institucionais concretas no funcionamento do Tribunal. A questão, ainda que prática, tinha uma relevância central, inclusive como as décadas seguintes mostrariam: a gestão do número de processos que eram julgados pelo Supremo tinha a capacidade de definir até que ponto o *quarto poder*, como instituição político-constitucional, estaria apto a desempenhar as suas atribuições, cada vez mais abrangentes.

O ponto, debatido notadamente por Levi Carneiro, também apresentou uma certa ideia de limitar a esfera de atuação da Corte, mas com o objetivo de otimizar sua missão. Era necessário reduzir seus trabalhos, e até mesmo criar tribunais federais intermediários, para que o Tribunal pudesse julgar menos casos, mas com mais qualidade. A proposição pode ser vista, inclusive, como uma tentativa de isolar o Supremo no alto do edifício, para que funcionasse menos como a instância recursal do *terceiro poder*, o Judiciário, e mais como *quarto poder*, como corte constitucional, à semelhança, mais próxima do possível, da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Corte Constitucional da Áustria. A era Vargas tornou o debate, de certo modo, irrelevante, mas ele seria recuperado pelos judiciaristas nas décadas seguintes como um assunto capital de modernização do Supremo.

Outra questão refere-se a como o estado de coisas político-constitucional pode, e o Estado Novo é um exemplo, moldar extralinguística e institucionalmente um conceito. A Subcomissão do Itamaraty, pela notória qualidade da elite intelectual que o compunha, foi uma dessas ocasiões. Em momentos como aquele, de natureza constituinte, estiveram em jogo não só a escolha do referente, mas também do conteúdo do conceito de *quarto poder*. Se, ao final do Império houve uma antecipação conceitual quanto ao referente do conceito e uma transição mais lenta, a partir da Proclamação da República, em relação ao seu conteúdo; agora ocorria o inverso. Mais do que antes, os fenômenos extralinguísticos atropelavam, numa velocidade sem precedentes, num curto espaço de tempo, os aspectos linguísticos, do conceito, previamente construídos pelos liberais judiciaristas.

Os liberais, enquanto portadores de uma ideologia, continuariam a ter definições próprias em relação ao conceito, a despeito do estado de coisas. Porém, pela importância do momento, a definição do conceito de *quarto poder* tinha o potencial de ser (re)criada ali, no processo constituinte, e replicada adiante na reiteração da prática institucional. Foi o que fez Rui na Primeira República. O Estado Novo rompeu bruscamente, no entanto, com esse horizonte de expectativas pelo lado liberal.

Aliás, o autoritarismo do Estado Novo é um exemplo de como o estado de coisas pode colocar em polos extremamente distantes um determinado significado conceitual e sua constituição na realidade fática, desarticulando um discurso, no caso o judiciarista, da realidade dos acontecimentos. Neste sentido, as sucessivas tentativas de obtenção de um *habeas corpus* por Mangabeira no Supremo são exemplares. Ele parecia ter encarnado em si o espírito de Rui na Primeira República, e parecia querer reviver a teoria do *habeas corpus*, mas o contexto era muito mais adverso e muito menos receptivo ao judiciarismo, ao menos desde a reforma constitucional de 1926. Nem o Supremo era mais o mesmo. A definição ruiana do conceito de *quarto poder* tampouco o ajudou.

O Estado Novo jogava os liberais judiciaristas nos braços de Rousseau. Em tese, o *quarto poder* deveria ter aquela atribuição, já afirmada pelo autor do *Contrato Social*, de “nada podendo fazer, tudo pode impedir” (Rousseau, 1996 [1762]: 147). Mangabeira, nessa mesma toada que seria trilhada por Rui, pediria que o Supremo desempenhasse sua função, “repondo os outros poderes dentro dos limites que a Constituição expressamente lhes traçou” (Barbosa, 1980: 125). Mas, ante as circunstâncias, a Suprema Corte não tinha ânimo para exercer a sua autoridade moral, tão defendida por Rui, mesmo em contextos adversos, em que a chance de derrota, contra a força, era certa.

Na época, se havia um Tribunal com formato de *quarto poder* com equivalência na

realidade dos fatos, esse Tribunal era o de Segurança Nacional, criado em 1936 com a função de julgar crimes políticos, como os de João Mangabeira. Ainda com Rousseau, o Tribunal de Segurança seria uma espécie de Conselho dos Dez de Veneza (1310-1797), responsável por “sustentar o governo contra o povo” (Rousseau, 1996 [1762]: 147).

Por fim, a chave representativa do conceito de *quarto poder* é atualizada com novas questões. Os constituintes de 1933-1934 escolheram o Senado, uma instituição com poderes de delegação da soberania popular, para a incumbência de, segundo o artigo 68 da Constituição de 1934, “promover a coordenação dos poderes federais entre si” e “velar pela Constituição”. De modo similar ao Senado Conservador da Constituição francesa de 1800, e considerando os receios de se atribuir ao Supremo Tribunal, isoladamente, a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis, os constituintes também elegeram o Senado para a função de suspender a lei julgada inconstitucional pelo Supremo, segundo o artigo 91, inciso IV, da Constituição.

Os constituintes elegeram o Senado para o encargo que, antes, João Mangabeira havia atribuído ao próprio povo, por meio de plebiscito, no caso de impasse entre os três poderes sobre a constitucionalidade da lei, deixando a solução do problema para a fonte direta da soberania, sem representantes. O referente do *quarto poder*, ao menos em parte, deveria ser transferido assim, para o próprio povo, aquele que deveria vigiar o vigia, um mecanismo que escapava à própria sistemática da representação.

Ainda em relação à chave representativa do conceito de *quarto poder*, o Estado Novo usou da fórmula schmittiana, adaptada ao contexto nacional, que elegia o presidente da República como representante privilegiado da vontade do povo. Num ambiente, como o brasileiro, em que o Congresso estava privado de suas funções, a Constituição de 1937 dava, por exemplo, carta branca para Vargas desconsiderar decisões do Supremo, como, de fato, aconteceu. Extralinguisticamente, o *quarto poder* dos judicialistas olhava, triste e desolado, seu lugar ser ocupado, sem pompa ou cerimônias, por Vargas e pelo Tribunal de Segurança Nacional.

#### 4 RESGATANDO RUI (1945-1968)

Acho excelente este dito pelo qual sei que os ímprobos e invejosos me atacam:

*Cedant armae togae, concedat laurea laudi*  
(Cedam as armas à toga, conceda-se o louro ao louvor)

Em verdade, deixando outros de parte, quando prestávamos serviço à República, acaso as armas não cederam à toga? Nem houve jamais na história da República perigo mais grave, nem ócio maior. Mas por nosso conselho e diligência, prontamente arrancadas das mãos de cidadãos audacíssimos, as armas caíram. Ora, que feitos igualmente grandiosos alguma vez ocorreram na guerra? Que triunfo se pode a este comparar?  
(Cícero, *Dos Deveres*, 44 a.C.)

Com o fim da Segunda Guerra e deposto Vargas, o Brasil acelerou o seu processo de democratização. A bem da verdade, “o país entrou em fase que pode ser descrita como a primeira experiência democrática de sua história” (Carvalho, 2014: 131). No período, o país passou por rápidas transformações: sua população cresceu, tornando-se mais urbana; o processo de industrialização prosseguiu; e o eleitorado praticamente dobrou, resultando em uma crescente participação popular na política, não só nas eleições, mas também em ação política organizada em partidos de massa, ligas camponesas e sindicatos (Carvalho, 2014: 149-152; Costa, 2006: 131).

O ambiente internacional no qual o país se inseria era, mais uma vez, favorável ao governo representativo em sua chave liberal. No entanto, não seria possível um simples retorno ao liberalismo da Primeira República. A Constituição de 1946, por sinal, consistiu em uma síntese dos diferentes interesses ideológicos da época, que resgatava os princípios liberais da Constituição de 1891, mas também aqueles propagados na era Vargas, em uma difícil coexistência do compromisso firmado entre diferentes grupos político-ideológicos (Costa, 2006: 105-106 e 112).

Do lado liberal, a tentativa de resgate do passado da Primeira República pode ser ilustrada pela disposição do *Ato das disposições constitucionais transitórias*, que firmava, em seu artigo 33, que “o governo mandará erigir na capital da República um monumento a Rui Barbosa, em consagração dos seus serviços à pátria, à liberdade e à justiça”. Pouco depois da promulgação da Constituição de 1946, em discurso na Academia Brasileira de Letras, Levi Carneiro diria que “deve ser de todos os dias nosso culto a Rui Barbosa”, o que ele reafirmaria, também na Academia, anos depois, em 1951 (Carneiro, 1954 [1946 e 1951]: 281-289). O

monumento a Rui foi erguido em 1952.

Se, como reconhecia o próprio Carneiro, o liberalismo precisava “ressurgir”, tal fenômeno não aconteceria como mera continuidade, em um salto, da Primeira República. Uma marca do liberalismo brasileiro após 1945 foi o seu matiz mais conservador (Costa, 2006: 122), à direita, na medida em que não conseguia “assimilar a entrada do povo na política”, pois o meio popular “perturbava o funcionamento da democracia dos liberais” e o país “não podia sair do controle de suas elites esclarecidas” (Carvalho, 2014: 155). À época, muitos liberais brasileiros, e talvez um dos melhores exemplos seja Afonso Arinos de Melo Franco, passaram a se ver numa espécie de dilema toquevilleano, no sentido de tentar conciliar as conquistas liberais com o avanço de uma democracia mais popular<sup>31</sup>.

Extralinguisticamente, a Corte pegou carona na montanha-russa da política do país ao longo de 1945-1968. Começou, por assim dizer, em alta. O ministro e presidente do Supremo, José Linhares, assumiu a presidência da República, temporariamente, de 30 de outubro de 1945 até 31 de janeiro de 1946, devido à deposição de Vargas. Na qualidade de presidente do país, ele tomou diversas medidas liberalizantes do regime, como, em um dos seus primeiros atos, a extinção do Tribunal de Segurança Nacional; a revogação do estado de emergência; e a suspensão da censura prévia à radiofonia (Costa, 2006: 106).

Em um ângulo normativo em relação às competências do Tribunal, as previsões constitucionais “devolveram e, em certos aspectos, ampliaram as antigas atribuições do Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhe importante papel no novo regime” (Idem: 111-112). Um papel relevante não significava, porém, que, para além do discurso judiciarista, tenha sido ele, o referente do *quarto poder* ruiano, o juiz final dos conflitos da República.

No período, é possível dividir a atuação do Tribunal em três momentos distintos: um primeiro entre 1945 e 1956; o segundo entre 1956 e 1964; e outro de 1964 a 1968. No intermediário, entre as presidências de Kubitschek e Quadros, houve um distanciamento da Corte em relação à política, não tendo sido chamada “a enfrentar nenhum problema da magnitude dos arbitrados nos governos anteriores” (Idem: 141).

Nos outros períodos, a Corte julgou questões relevantes, e de modo bem diverso. Começamos, então, pela ordem temporal. Entre 1945 e 1956, o Tribunal proferiu decisões que podem ser consideradas mais conservadoras. No período, o Supremo não acolheu, por exemplo,

---

<sup>31</sup>Uma análise mais abrangente do pensamento de Afonso Arinos foi realizada por Fernando Lattman-Weltman em *A política domesticada: Afonso Arinos e o colapso da democracia em 1964* (2005) e por Berenice Cavalcante no livro *Passaporte para o futuro: Afonso Arinos de Melo Franco, um ensaísta da República* (2006). Para uma abordagem do seu pensamento em relação à União Democrática Nacional (UDN), consultar, por exemplo, a tese de doutorado de Jorge Gomes de Souza Chaloub de título *O liberalismo entre o espírito e a espada: a UDN e a República de 1946* (2015) e o livro de Maria Benevides intitulado *A UDN e o udenismo: ambiguidades do liberalismo brasileiro* (1981).

as pretensões do Partido Comunista e dos seus membros de continuarem a exercer as suas funções políticas depois da cassação do registro do partido (Costa, 1964c: 9-96; Costa, 2006: 116-119).

Remonta a esta época, também, o julgamento do célebre caso do presidente Café Filho, que tentou voltar ao cargo após seu afastamento, mas que teve seu intento barrado pelos militares ligados ao ministro da Guerra, general Lott. Após os sucessivos mandados de segurança e *habeas corpus* impetrados por Café Filho em 1955 com o fim de reassumir o cargo de presidente da República, o Tribunal adotou o entendimento, bem ilustrado pelo voto do ministro Nelson Hungria, de que nada poderia fazer frente ao poder da espada, que impedia, de fato, qualquer ação do Tribunal quanto ao pleito jurídico de Café Filho (Costa, 1964c: 354-468; Costa, 2006: 131-137).

Se, no período de 1945 a 1956, o Supremo orientou-se de forma mais deferente aos poderes instituídos, no lapso temporal de 1964 a 1968 a sua postura foi pautada pela atitude oposta. A partir de 1964, os conflitos entre o Tribunal e o Executivo, em especial, seriam cada vez mais constantes. Nesta época, e contra as aspirações militares, o Supremo proferiu decisões em favor da liberdade de cátedra; em favor de governadores opositores ao golpe militar, como Mauro Borges e Miguel Arraes; e até em favor de Francisco Julião, um dos líderes da Liga Camponesa e de estudantes que participaram da Passeata dos Cem Mil (Costa, 2006: 162-171). Decisões como essas resultaram no conflito entre o *quarto poder* dos judicialistas e os militares, culminando em interferências diretas no Tribunal, por meio do Ato Institucional nº 2, que aumentou de onze para dezesseis o número de cadeiras na Corte; e dos Atos Institucionais nº 5 e 6, que embasaram a aposentadoria compulsória de três ministros e excluíram da apreciação judicial todos os atos com base neles tomados.

Para a compreensão do conceito de *quarto poder* no período, este último capítulo examina o pensamento dos liberais Aliomar Baleeiro e Victor Nunes Leal. Em relação ao referente conceitual, ambos consideravam que o papel de árbitro da República cabia, para não fugir à regra, ao Supremo Tribunal, mas suas visões eram muito diferentes a respeito dos atributos relevantes do conceito naquelas novas circunstâncias.

#### 4.1 Aliomar Baleeiro, o pragmático

A mobilização do conceito de *quarto poder* ocupa um espaço consideravelmente extenso no pensamento político-constitucional de Aliomar Baleeiro, que retoma, em boa medida, a mesma ou parecida importância que Rui Barbosa conferia ao tema. Seus textos

publicados após a sua nomeação como ministro do Supremo Tribunal em 1965 passaram a refletir sua experiência e sua concepção sobre conceito.

O livro *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido* (Baleeiro, 1968) é certamente a sua maior contribuição para o estudo do tema, seja pela organização, seja pela demonstração dos referenciais acerca da compreensão do conceito e da centralidade do Supremo Tribunal Federal no regime democrático. O estado de coisas daquela época, no entanto, mostrava o embate aparentemente inevitável entre o referente do conceito e o regime militar, especialmente a partir de 1964, como o próprio Aliomar vivenciou, como ator político, durante o exercício do cargo de ministro do Supremo, do qual foi presidente entre 1971 e 1973<sup>32</sup>. Na tensão, seu discurso assumiu um tom pragmático.

#### 4.1.1 O quarto poder como “sentinela da constituição e das liberdades”

Para melhor compreender a mobilização do conceito de *quarto poder* no discurso de Aliomar Baleeiro na década de 1960 é necessário, antes, regressar um pouco no tempo e entender sua ideia sobre o Judiciário. Vinte e cinco anos antes da publicação do livro *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, em aula inaugural da Faculdade de Direito da Bahia, ministrada em 1943, depois publicada no livro *A Política e a Mocidade* (1957), ele situava o Judiciário como elemento essencial da democracia.

Para tanto, tomava como ponto de partida a concepção liberal de Kelsen, cujos componentes indispensáveis à democracia seriam as liberdades civis e políticas, com a participação de partidos políticos, oposição e minorias (Baleeiro, 1957 [1943]: 134-150). A todos esses elementos, Baleeiro acrescentava outro que, em sua ótica, tinha especial relação com o constitucionalismo democrático: o Poder Judiciário. Numa definição ainda vaga do *quarto poder*, ele defendia que deve existir, em uma democracia, uma instituição como a Suprema Corte dos Estados Unidos, ou outra equivalente, como o Conselho de Estado da França, que atue “com independência e competência para reparar os excessos de poder, ainda que cometidos através da lei” (Idem: 147).

A fonte por excelência dos arbítrios de poder também derivava, no pensamento de Baleeiro, do Executivo, mas às vezes também do Legislativo, ligando-o ao discurso ruiano acerca do conluio que volta e meia une os dois poderes no país. Contra os abusos da maioria

---

<sup>32</sup>Uma análise dos julgados de Baleeiro no Tribunal, de natureza mais jurídica e de memória institucional, foi realizada por José Levi Mello do Amaral Júnior em *Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro* (2006). Para uma abordagem do seu pensamento no quadro político da UDN, consultar, a título ilustrativo, a tese de doutorado de Jorge Chaloub (2015) e o livro de Maria Benevides (1981), já citados.

parlamentar conivente com os arbítrios do Executivo, a democracia, em países como o Brasil, “remediou esse mal com o fortalecimento do Poder Judiciário armado de independência e de atribuições para anular leis inconstitucionais” (Idem:145). Naquele momento, Baleeiro ainda não fazia alusões expressas ao judicialismo ruiano. Apesar de Rui estar ausente em seus primeiros escritos e discursos sobre o Poder Judiciário, isso não afastava a semelhança discursiva, que seria depois manifestada de forma expressa.

A mobilização do conceito de *quarto poder*, tendo como referente conceitual o Supremo, aparece, de maneira mais aprofundada, no livro *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, de 1968. Daí em diante, já no cargo de ministro da Corte, vaga que passou a ocupar após a edição do Ato Institucional nº 2 de 1965, o qual, dentre outras determinações, aumentou o número de integrantes do Tribunal, Baleeiro adentra, com as filiações típicas, na tradição judiciarista do pensamento político-constitucional brasileiro inaugurada por Rui. Afastando-se do diagnóstico de João Mangabeira sob o Estado Novo no que diz respeito à atuação do Tribunal, ele começa a retomar, com elementos próprios para aquele novo tempo, o discurso judiciarista da Primeira República, nas vozes e penas de Rui<sup>33</sup> e Lessa, de que cabia ao Supremo, como fiel da balança constitucional, conter os excessos arbitrários dos demais poderes, garantindo as liberdades democráticas.

Por isso, numa fórmula atualizada daquela do “oráculo da Constituição”, como conceituava Rui, Baleeiro entendia que a tarefa primordial da Corte, sua função máxima, era “de sentinela da constituição e das liberdades” (Baleeiro, 1968: 58). Mas, ao contrário de Mangabeira, seu diagnóstico era o de que o Supremo sempre exerceu essa função no decurso da história brasileira, ainda que tenha tido limitações nessa tarefa, em razão das dificuldades criadas sobretudo pelo Executivo. Ocorre que, diferentemente da concepção realista de Mangabeira, ele compreendia, em uma interpretação mais inovadora, que o comportamento nem sempre combativo da Corte correspondia a um caractere típico do *quarto poder*, como a Suprema Corte americana, que também havia tido seus dias difíceis. Onde Rui vislumbrava, na Primeira República, um exemplo a não ser copiado daquela Suprema Corte, Baleeiro enxergava uma semelhança consolidada pelo tempo.

O que importa destacar, nessa altura, é que Baleeiro não compartilhava da noção histórica de Mangabeira sobre o Supremo. A sua interpretação inclinava-se mais para a direção que Levi Carneiro fazia dela durante a era Vargas: apesar dos pesares, a história do país dava bons exemplos de que o *quarto poder* ruiano desempenhava adequadamente sua função. De

---

<sup>33</sup>Além do discurso judiciarista, Aliomar resgataria no livro *Rui, um estadista no Ministério da Fazenda* (1952) também as ideias econômicas de Rui na pasta da Fazenda do Governo Provisório (1889-1891).

fato, para Aliomar, apesar das dificuldades, o Supremo, no Brasil, contava com momentos dignos de atuação de um Tribunal altivo e independente, que funcionava como um sucedâneo do Poder Moderador, garantindo o constitucionalismo democrático. Em pronunciamento na Corte em 1967, por ocasião da visita do *justice* William Brennan, da Suprema Corte dos Estados Unidos, Aliomar reforçava a ideia de que aqui, no Brasil, as paredes do Supremo Tribunal eram “para o povo a fortaleza da Constituição, onde se mantém em perpétua vigília a sentinela dos direitos e garantias individuais, do equilíbrio federativo e da harmonia entre os três poderes” (Brasil, 1967: 1).

E prosseguia, ao dizer que a história da Corte se confundia com a da República, em “dias de grandeza, altivez, agonia e sacrificio nas ondulações e tempestades das crises nacionais”, sendo certo que “em todas estas, os vencidos, os perseguidos, os desesperados encontram sempre, sem medo nem mancha, a coragem serena das togas desarmadas” (Idem). A teoria brasileira do *habeas corpus* teria sido, nesse viés, a demonstração, na Primeira República, do potencial do Supremo Tribunal, como guardião da Constituição, em circunstâncias adversas (Baleeiro, 1972a: 13).

Reviver esses momentos de autoridade da Corte durante a Primeira República passa a não ser possível sem lembrar a atuação de Rui e Lessa. Equiparado por Baleeiro à figura de Oliver Wendell Holmes Jr., *justice* da Suprema Corte americana entre 1902 e 1932, e uma das figuras de proa da *sociological jurisprudence* estadunidense, Lessa teria sido, ao ocupar o cargo de ministro do Supremo, o “nosso grande dissidente pelos votos vencidos em controvérsias célebres” (Baleeiro, 1968: 63). Coube à Rui, à sua vez, “a mais formidável ação didática, não só a respeito do Supremo, mas da própria Constituição”, pela defesa da ideia de que apenas um Tribunal “independente e politicamente poderoso” conseguiria ter a atribuição, vestida em uma nova roupagem, de atenuar as distorções do presidencialismo brasileiro, hipertrofiado por um Congresso agora débil (Idem: 106).

Se, de um lado, ele equiparava Pedro Lessa ao *justice* Oliver Holmes, por outro, em artigo publicado originalmente em 1972, dedicado a Rui, Baleeiro elevava esse último à categoria de um “Cícero redivivo na tribuna forense ou na do Senado Romano” ou de um Hamilton ou de um Marshall (Baleeiro, 2007 [1972]: 515 e 517). Quanto à formulação da teoria do *habeas corpus* na Primeira República, ele relembra os episódios em que Rui impetrara a medida assecuratória aos presos políticos, ressaltando, no entanto, não o resultado político desfavorável, como fazia Afonso Arinos na mesma época, por exemplo (Franco, Pilla, 1999 [1958]: 6; Franco, 1965: 150-159), mas a potência do judiciarismo, sua autoridade moral, mesmo em momentos difíceis, embrionários, em que não conseguia fazer surtir os efeitos

pretendidos no estado de coisas político-constitucional.

A teoria do *habeas corpus* no Supremo teve, ao fim, sua devida concretização, com a participação de Pedro Lessa, quando a Corte “supriu a falta de leis que amparassem todos os direitos e liberdades” e “estabeleceu o sentido da Constituição e cortou asas às várias tentativas de o Executivo tripudiar sobre ela e sobre as franquias dos cidadãos” (Baleeiro, 1968: 70). Por isso, Baleeiro discordava, enfática e diretamente, do diagnóstico de João Mangabeira no livro *Rui, o Estadista da República* (1999 [1943]: 83), no sentido de que o Supremo teria sido a instituição que mais falhou à República. Em muitos escritos, Baleeiro fazia a crítica contundente ao pensamento de João Mangabeira, que teria errado na sua análise sobre o *quarto poder* (Baleeiro, 1968: 69-70; 2007 [1972]: 523; 1972a: 13; 1972b: 36). A conceituação do Supremo Tribunal como fiel da balança constitucional não se limitava, entretanto, à Primeira República, pois afirmava, de maneira um tanto quanto otimista e saltando a era Vargas, que a teoria do *habeas corpus* teria permanecido firme na jurisprudência da Corte em ocasiões sensíveis e mais recentes à época, como “após a revolução de 1964 até 1967” (Baleeiro, 1972a: 13).

Uma questão que não poderia escapar da análise de Aliomar Baleeiro, sendo ele profundo conhecedor da história da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Supremo Tribunal Federal, diz respeito à função política do *quarto poder*. No geral, ele reconhecia essa função ao Poder Judiciário como um todo, embora o tenha desenvolvido com mais notabilidade em relação à Corte Suprema. Para Baleeiro, o Poder Judiciário, e sobretudo o seu órgão de cúpula, “exerce uma função política inerente às suas atribuições e derivada do papel que a própria Constituição lhe distribuiu” (Baleeiro, 1972a: 5). Ele chegava a pontuar, em um quadro que remetia ao contexto de atuação do Supremo, que a esperança de melhoria do sistema político-constitucional brasileiro residia, nas palavras de Rui, na eficácia moral, na autoridade da justiça (Baleeiro, 2007 [1972]: 525).

O reconhecimento da função política da Corte, ou mesmo do Judiciário, também exigia, por outro lado, traçar conceitualmente o limite dessa atribuição, algo que rondava o discurso judiciarista desde Rui. Um primeiro perímetro de alcance dessa função seria o não conhecimento de questões meramente políticas, as que eram entregues à competência discricionária do Congresso ou do presidente da República. Dado que essa delimitação, importada dos Estados Unidos, restringia demais a atuação da Corte, porque quase tudo se tornava questão meramente política, impedindo o exercício do seu poder pelo Tribunal, Baleeiro optava por uma limitação conceitual mais adaptada à realidade local.

Essa delimitação era a que tinha sido feita por Rui n’*O direito do Amazonas ao Acre*

*setentrional* (Barbosa, 1983 [1910]: 118-119), quando elencou os vinte e um tipos de decisões políticas que não seriam permitidas ao conhecimento judicial. Fora dessas questões, como a declaração de guerra e a celebração da paz, o Judiciário seria livre para decidir (Baleeiro, 1968: 109-110). O ponto, porém, a que Baleeiro prenderia sua atenção, e inovador no discurso judicialista na maneira como apresentado, era o de que a missão política do Supremo Tribunal compreendia as “diretrizes políticas, *policies*, e nunca o que tange a apetites partidários ou pessoais” (Idem).

A Corte deveria pautar a sua atividade pela ideia de neutralidade da jurisdição, e por esse motivo um viés partidário prejudicaria seu dever de imparcialidade na aplicação da Constituição (Idem: 104). Ainda que ele considerasse que a função política não visava a homens, mas a leis, o discurso de que o *quarto poder* deveria funcionar ora como freio, ora como acelerador da política (Baleeiro, 1972a: 6-7), deixava a fronteira da atribuição numa zona cinzenta.

#### 4.1.2 O quarto poder diante de um novo mundo

Entender a mobilização do conceito de *quarto poder* por Baleeiro exige também compreender sua concepção acerca da experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Seguindo a tradição ruiana, Baleeiro reconhecia a força e a importância da prática do *chief justice* John Marshall para a versão tropical do discurso judicialista. Não destoava, assim, da concepção de Rui sobre o controle judicial da constitucionalidade das leis, o *judicial review*, em solo estadunidense. Durante a visita do *justice* William Brennan ao Supremo Tribunal, Aliomar fazia questão de lembrar, em 1967, que a Suprema Corte dos Estados Unidos havia sido uma fonte de inspiração, mas que não havia identidade completa com a Constituição brasileira, pois esta última “incorporou ao texto escrito e inflexível toda a ‘*construction*’ dos 30 anos de liderança do grande John Marshall, cuja efigie está alinhada às dos maiores juristas brasileiros no salão nobre deste palácio” (Brasil, 1967: 1).

A sessão do Supremo marcada pela visita do *justice* William Brennan revela um fato sobre Aliomar Baleeiro que não pode nem deve passar despercebido. Foi ele, e não o presidente do Supremo, à época o ministro Luiz Galotti, quem fez o principal discurso de recebimento do ilustre convidado. E tal acontecimento também pode ter contribuído para uma consequência imediata, inclusive por razões diplomáticas: o *justice* anunciou, na sessão, dirigindo-se ao presidente do Supremo, que desejava recebê-lo em Washington para retribuir a recepção, estendendo o convite aos demais ministros. Alguns anos depois, em maio de 1972, o

ministro quem viajou aos Estados Unidos na missão diplomática de retribuição foi ninguém menos que Aliomar Baleeiro, “mantendo contato com o *chief justice* Warren Burgess e os *justices*, especialmente William Douglas, Wiliam Brenner e Potter Stewart” (Brasil, 1973: 1). A viagem decorreu de outros fatores, dentre eles o fato de Baleeiro ter sido notório conhecedor da Suprema Corte americana e, mais relevante, de que naquela época era ele o presidente da Corte brasileira.

A respeito do conhecimento de Baleeiro sobre o constitucionalismo dos Estados Unidos, são dignos de nota três períodos mais abrangentes da história da Suprema Corte norte-americana em relação aos quais ele sempre fazia considerações em seus escritos e discursos e que, ao final das contas, colaboram para a compreensão da sua definição de *quarto poder*. O primeiro é o período da Corte Marshall, de 1801 a 1835; o segundo, que vai de 1835 até 1937; e o terceiro e último, que se estende de 1937 até 1969. A primeira fase dispensa explicação detalhada, pois representa, na figura do *chief justice* Marshall, a consolidação do *judicial review*, incorporada, por aqui, na tradição judiciarista ruiana. Os outros dois períodos, por outro ângulo, rendem uma investigação teórica mais controversa e analítica, seja por não haver muito consenso sobre a sua interpretação, seja por estarem mais perto no tempo do momento em que escreve Baleeiro, especialmente do período de 1937 a 1969. Começaremos, então, pela análise do seu discurso sobre o aspecto temporal da Suprema Corte americana de trás para frente, ou seja, primeiro, nessa subseção, pelo período que vai de 1937 a 1969 para, na subseção seguinte, analisar a fase anterior a 1937. Será assim, acredito, que a definição de Aliomar sobre o *quarto poder* ficará mais clara.

A atuação da Corte a partir de 1937 é dominada pela *sociological jurisprudence*, que exerceu grande influência naquele país durante o século 20, tendo a escola assentado seus princípios e fundamentos em autores e atores de relevo, como Roscoe Pound, decano da Faculdade de Direito de Harvard e *justices* da Suprema Corte como Oliver Wendell Holmes Jr., Louis Brandeis, Benjamin Cardozo e Felix Frankfurter<sup>34</sup>. Todos são citados por Baleeiro positivamente em razão da forma pela qual entendiam a aplicação do direito constitucional (Baleiro, 1968: 47-50), em oposição à hegemonia do formalismo jurídico que se manifestava nos julgados da Corte no período anterior a 1937.

A interpretação de Baleeiro da *sociological jurisprudence* marcava, em especial, um

---

<sup>34</sup>Para uma análise mais detalhada da *sociological jurisprudence* aplicada à Suprema Corte americana, consultar, não exaustivamente, os livros de Robert Green McCloskey, *The American Supreme Court* (2000); de Bernard Schwartz, *A history of the Supreme Court* (1993); de Lawrence Baum, *A Suprema Corte Americana* (1987) e de Lêda Boechat Rodrigues, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano* (1958). A última referência foi uma das que se serviu diretamente Baleeiro para a recepção da história da Suprema Corte americana no Brasil (Baleiro, 1968: 42). As próximas referências aos julgados da Suprema Corte americana são fundamentalmente tiradas desses livros.

ponto que seria caro ao seu pensamento, a partir da recepção dos discursos de Oliver Wendell Holmes sobre o papel da Suprema Corte diante das novas realidades do mundo. Para Baleeiro, um aspecto relevante do pensamento de Holmes, *justice* em uma época de ativismo conservador, era o de que competia à Corte “apenas repelir a lei flagrantemente inconstitucional, sem usurpar ao Congresso o julgamento de valor sobre cada política legislativa, fosse social ou econômica” (Idem: 49). O pensamento de Holmes refletia a sua ideologia liberal, no contexto americano, para que as novas leis de proteção social fossem consideradas constitucionais pela Suprema Corte. Uma postura de autocontenção da Corte equivaleria a reconhecer novas realidades sociais, discutidas no Congresso, não cabendo a atuação judicial para impedir tais avanços. Ficou conhecido, no entanto, por ser o *great dissenter* (Idem: 47), em uma época em que a Corte julgou inconstitucional leis de proteção social, sob a justificativa de que interferiam no *laissez-faire*. Os votos vencidos de Holmes são considerados o gérmen da *sociological jurisprudence* na Corte, que se tornaria hegemônica somente a partir de 1937.

Dentro do recorte temporal traçado dali em diante, Baleeiro destacava sobretudo o período que ele denominou de “reinado de Earl Warren”, iniciado em 1953 e ainda em curso quando ele escreveu *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido* (Idem: 54). O citado reinado, que durou até 1969 sob a liderança do *chief justice* Earl Warren, é considerado como um dos maiores símbolos, se não o maior deles, de um tempo ativista da Suprema Corte ligado aos valores liberais. Na época, a Corte proferiu decisões a favor, a título de exemplo, da integração racial, como em *Brown v. Board of Education* (1954), que alterou a jurisprudência do Tribunal e proibiu a segregação nas escolas. Nessa fase, como observava Baleeiro, mostrando-se, por sinal, bastante atualizado com os julgados, a Corte americana “enfrentou a situação no sentido da gradual extinção da política e da legislação segregacionistas em locais públicos ou de comércio privado, além de combate às medidas sinuosas contra o direito de voto por parte dos pretos” (Idem: 55).

A compreensão de Aliomar sobre o *chief justice* Warren não aparece, porém, no livro *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Uma tentativa de abstração daquele período surge alguns anos depois, em artigo publicado em 1972, quando ocupava a presidência da Suprema Corte outro *justice*, por sinal de nome muito parecido com o do seu antecessor: Warren Earl Burger, iniciando o período da Corte Burger. Em seu artigo, Aliomar demonstrava, ele mesmo àquela época presidente do Supremo Tribunal Federal, o esforço conceitual, partindo da teoria norte-americana, de enquadrar o *chief justice* Earl Warren (1953-1969) como um magistrado “ativista”. Para Baleeiro, o *justice* ativista era aquele que, na Corte, “externava, por

votos e palavras, inclinações no sentido da expansão da tarefa política do Judiciário, quer opondo-se à legislação do Congresso ou dos Estados, quer, no silêncio da legislação, suprindo-a por interpretação progressista e inovadora” (Baleeiro, 1972a: 10-11). O caso *Brown v. Board of Education* (1954) passava, assim, a ser visto como um exemplo ativista de Warren (Idem: 11). Continuando, ele apontava características visivelmente negativas do *justice*, nomeando-o como “político militante”, “líder envolvente e aliciador”, em contraponto à postura do *justice* Frankfurter, o “homem de pensamento”. O trecho a seguir do artigo merece ser transcrito, pela clareza com que ele demonstra a diferença de perfis (Idem: 11):

Warren envolveu-se em debates ásperos com Frankfurter, até mesmo em sessão pública, não tanto porque proviessem de partidos políticos opostos, mas porque eram homens de formação intelectual diversa e de tendências antagônicas. Frankfurter, como juiz, continuava como um *scholar*, um professor, homem de pensamento. Warren, político militante, era o homem da ação, o líder envolvente e aliciador. Frankfurter reconhecia ao Congresso a exclusividade da formulação da política e, por isso, raramente pronunciava-se pela inconstitucionalidade de leis que se não apresentasse frontalmente incompatível com a Carta Magna americana. Warren, outrora Republicano, engajou-se desde cedo na ala ativista, aliando-se a dois Democratas nomeados por F. D. Roosevelt.

Até aqui é possível distinguir duas marcas do pensamento de Baleeiro sobre o judicialismo, que ele, incorporando o vocabulário americano, chamava de ativismo. A primeira é a de que a *sociological jurisprudence* não abarca apenas o enquadramento de magistrados liberais, mas também conservadores. Isso porque o *justice* Felix Frankfurter é comumente tido como um polo conservador, em oposição ao liberal Warren. A segunda perspectiva do seu pensamento decorre dessa primeira, mas deve ser vista pelo filtro ótico aplicado ao Brasil. Se é certo, por um lado, que a *sociological jurisprudence* privilegiava o exame das novas circunstâncias do mundo social; por outro lado, essa nova realidade podia ser tanto liberal quanto conservadora. A aplicação dessa visão às circunstâncias brasileiras dos fins da década de 1960 e início da década de 1970 deu um giro no seu pensamento para um espectro mais conservador, porque importava reconhecer, ainda que com restrições, alguma esfera discricionária, mas não arbitrária, do poder instituído.

O *quarto poder*, no Brasil, não deveria deixar de ser o guardião da Constituição e das liberdades, mas a sua postura deveria estar atenta aos novos rumos traçados pela política, restringindo a sua atuação ao núcleo duro da Constituição. A diferença, que pode parecer sutil, mas não o é, é que a Corte deveria deixar um espaço de atuação aos demais poderes nas políticas que não afrontassem diretamente o espírito da Carta Constitucional. O *poder moderador* deveria, logo, ser exercido com cautela e prudência, e não de maneira radical, pois, do contrário,

facilmente poder-se-ia descambar para a política partidária, ou mesmo para a substituição dos poderes representativos pelo judicial. Uma definição das atribuições do *quarto poder* que buscou, de alguma maneira, conter o Supremo em nome do sistema de representação popular.

#### 4.1.3 O *quarto poder* não pode comandar um governo de juízes

Para conservar a moderação no uso de seus poderes, uma Suprema Corte deveria evitar cair na tentação do que de pior havia no exercício de sua atribuição: tornar-se uma espécie de governo dos juízes ou de uma oligarquia judiciária (Baleeiro, 1968: 44). O que Rui considerava impossível durante a Primeira República – uma “ditadura judiciária” no Brasil (Barbosa, 1999 [1914]: 178) – Baleeiro não descartava de forma tão peremptória na década de 1960, ou pelos menos não dobraria a aposta. Moderados como Afrânio de Melo Franco já haviam encampado a mesma preocupação nas reuniões da Subcomissão do Itamaraty (Azevedo, 2004: 538).

O pensamento de Aliomar Baleeiro guardava, assim, as suas distâncias com o de Rui, porque o discurso acerca da autoridade moral do Supremo não convivia em plena harmonia com um viés pragmático. Para Rui, a autoridade moral do *quarto poder* serviria para, se necessário, enfrentar os poderes instituídos, oligárquicos ou autoritários. Já para Baleeiro, o senso de preservação institucional do Supremo Tribunal era mais relevante de um ponto de vista pragmático. Tanto o espaço de experiência dos Estados Unidos quanto o do Brasil davam um tom ao discurso de Baleeiro que não teria sido possível para Rui, em razão dos novos estratos temporais do conceito de *quarto poder*.

A história da Suprema Corte dos Estados Unidos, no período que se estendeu do fim do século 19 até 1937, demonstrava, para Baleeiro, a real possibilidade de o Tribunal arvorar-se em poderes temerários, em confronto com o Executivo e Legislativo, e com a própria evolução social, manifestada pelos poderes representativos (Baleeiro, 1968: 44-47; 1972a: 9-10). A transformação da sociedade, principalmente após a Primeira Guerra, e a necessidade de superar a aguda crise financeira depois de 1929 exigiram uma profunda reconfiguração nas relações capitalistas e de trabalho. A alternativa que se vislumbrou na política dos Estados Unidos, na ótica de Baleeiro, foi a assunção do papel de interventor econômico pelo Estado, inclusive para a proteção dos trabalhadores (Baleeiro, 1968: 46).

A Suprema Corte americana, porém, ainda conectada ao *laissez-faire*, impediu majoritariamente essa evolução da legislação social. Pouco antes da Primeira Guerra, mas ainda dentro do período considerado por Baleeiro como o do governo dos juízes, a Corte julgou o célere caso *Lochner v. New York* (1905), em que declarou inconstitucional uma lei de Nova

York que estabelecia o limite máximo da jornada de trabalho para os padeiros. Considerando esse resultado, Baleeiro entendia que a Corte “foi o último baluarte do *trust* e do *holding*” (Baleeiro, 1968: 46), em um discurso que fazia lembrar o de Mangabeira no que diz respeito à proteção ou preservação da legislação social.

Essa postura ativista e conservadora do Tribunal teve uma consequência também bastante conhecida. A tentativa de *packing the Court* por parte do presidente da República Franklin Delano Roosevelt, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de uma série de leis que formavam o pacote do *New Deal*. Após a investida presidencial de alterar a composição do Tribunal com o objetivo de galgar a maioria dos votos necessários para a aprovação das leis do *New Deal*, alguns *justices* mudaram de voto e passaram a votar pela constitucionalidade daquelas leis, num claro divisor de águas da Corte Huges (1930-1941) a partir de 1937. Como exemplo, em *US v. Darby* (1941) a Corte admitiu a validade legal da fixação de salário mínimo e de jornada de trabalho, em oposição ao entendimento manifestado no caso *Lochner v. New York* (1905).

Mostrando propriedade, como de hábito, no conhecimento atualizado da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, a recepção desse modelo no discurso de Baleeiro não aconteceria sem tensões. A realidade política norte-americana caminhava, durante as décadas de 1930 a 1960, em sentido próprio, não necessariamente igual ao do Brasil. De forma geral, estava em andamento, por lá, uma crescente onda político-social liberal, o que não ocorria da mesma forma por aqui, sobretudo a partir da década de 1960, momento em que as diferenças entre os dois países foram marcantes, sobretudo no aspecto político. Os Estados Unidos viviam o auge da manifestação pelos direitos civis, enquanto por aqui a democratização mostrava-se cada vez mais ameaçada.

Essas distinções refletiam-se no papel político de cada Suprema Corte. Naquele período, um governo dos juízes nos Estados Unidos significava, ao mesmo tempo, obstar o papel dos poderes representativos e impedir avanços sociais. No Brasil, a função política do *quarto poder* deveria ser outra: a de evitar cair no governo dos juízes, mas sem deixar de proteger o núcleo constitucional de liberdades democráticas. Durante o regime militar, esse malabarismo exigia um esforço hercúleo, mas havia uma pista poderosa à disposição, que estava inclusive na base da *sociological jurisprudence*: o pragmatismo. Era essencial garantir as atribuições do Tribunal em um regime de exceção e manter de pé o oráculo da Constituição. Mas isso não significava, como acontecera no judicialismo de Rui e Lessa, afrontar o poder instituído, tampouco confrontá-lo abertamente na primeira oportunidade, daí a sua crítica aos excessos da teoria do *habeas corpus* na Primeira República (Idem: 63-66). O que se devia fazer

era manter o equilíbrio entre as duas pontas. A postura de Baleeiro lembrava, e guardadas as circunstâncias de cada contexto, a de Levi Carneiro na era Vargas. Num cenário político conturbado e autoritário, não era ideal que os liberais saíssem inteiramente de cena, sob o risco de se perder a chance de mitigar o autoritarismo. A postura, no entanto, guardava os riscos inerentes de se cair no colo do golpismo.

Com bom trânsito no Palácio do Planalto e nomeado para a Corte por meio do Ato Institucional nº 2 de 1965 que, dentre outras medidas, criou mais cinco vagas no Supremo, Baleeiro tinha em mente que o Tribunal deveria manter boas relações com o Executivo e o Legislativo, mas sem ser subserviente. Com certeza não foi um equilíbrio fácil, mas ele sabia que o Executivo tinha, pela experiência história dos Estados Unidos e do Brasil, meios de enquadrar a Corte de maneira mais direta, então o confronto aberto não seria a atitude mais estratégica.

Em várias oportunidades, Baleeiro apontava que o presidente Castelo Branco dispunha de alternativas mais severas de enquadramento da Corte, desejadas pela “linha dura” dos militares e implantadas, por exemplo, por Vargas em 1931, mas, ao aumentar o número de juízes do Tribunal em 1965, ele havia, na verdade, optado pelo meio menos drástico, inspirado na tentativa fracassada de Roosevelt em 1937 (Baleeiro, 1972a: 13-14). Um confronto aberto com os militares poderia levar a resultados como o de 1968, quando três ministros, Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima foram compulsoriamente aposentados, em decorrência dos Atos Institucionais nºs 5 e 6. Por isso, tornava-se importante manifestar em seus escritos e discursos que não havia confronto entre o Supremo e os militares (Baleeiro, 1968: 134; Vale, 1976: 175-177).

O pragmatismo de Aliomar Baleeiro pode ser observado por inúmeros ângulos. Selecionei três exemplos que ilustram essa característica do seu pensamento em relação ao conceito de *quarto poder*. O primeiro diz respeito a um aspecto técnico e político da jurisdição constitucional: “a competência de declarar a inconstitucionalidade, neutralizando, em caso concreto, os efeitos das leis, regulamentos ou atos das mais altas autoridades” (Baleeiro, 1968: 105). A partir da edição da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que atribuiu a competência ao procurador geral da República de atacar em tese uma lei ou um ato normativo, a Corte ganhava, enfim, superado o receio da Subcomissão do Itamaraty, a atribuição de limitar, desde a origem, a discricionariedade do Legislativo e do Executivo (Baleeiro, 1972a: 8), incorporando às suas atribuições o controle austríaco, defendido por Kelsen, de constitucionalidade das leis.

Nesse quesito, há pouca ou quase nenhuma divergência entre seus escritos e seus votos proferidos no Supremo Tribunal Federal. A partir da leitura que fazia da atuação de *justices*

como Oliver Wendell Holmes e Felix Frankfurter, Baleeiro reconhecia que aquele poder de declarar a inconstitucionalidade de leis era um exercício político que deveria ser utilizado com máxima cautela, prudência, e apenas em hipóteses estritamente necessárias. Do contrário, a Corte poderia atrair para si o confronto com o Executivo e mesmo com o Legislativo. Era algo que não deveria ser estimulado, distanciando-o do discurso ruiano acerca da autoridade moral quase que absoluta do Tribunal. Para ilustrar, confira-se trecho de um dos votos de Baleeiro no Supremo que demonstram essa sua visão em julgamento realizado em 1967 (Amaral Júnior, 2006: 76):

Hoje, temos o poder formidável de declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, anulando as atribuições do Congresso. Um *justice* da Corte Suprema dos Estados Unidos já disse que, “quando há impressão de que a lei não é boa, sempre arranjamos um motivozinho e para declará-la inconstitucional”. Essa inclinação satânica do poder político — e este é um poder político — pode levar-nos a fricções que nunca houve, nos setenta e sete ou setenta e oito anos da vida republicana brasileira, entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.<sup>35</sup>

O segundo exemplo do seu pragmatismo é relativo ao caso do deputado federal Márcio Moreira Alves, usualmente considerado com um dos provocadores da edição do Ato Institucional nº 5. Aqui a trajetória parlamentar de Baleeiro parece ter contribuído significativamente. Depois do célebre discurso de Moreira Alves em favor do “boicote ao militarismo”<sup>36</sup> e do trâmite do caso no ministério da Justiça, a representação contra ele chegou ao Supremo Tribunal e foi direcionada, e não distribuída por sorteio, diretamente a Baleeiro, por ato do presidente da Corte (Recondo, 2018: 134).

A solução encontrada por Baleeiro, mais política do que jurídica, foi devolver o conflito para o seu endereço de origem: o Congresso. Suscitou dúvidas sobre a aplicação do dispositivo constitucional sobre a imunidade parlamentar e livrou o Supremo de julgá-lo e, eventualmente, de absolvê-lo, o que poderia atrair para o Tribunal a ira dos militares que queriam puni-lo. O imbróglio foi dirigido, então, para o Congresso. O resto é história.

O terceiro exemplo diz respeito a um tema recorrente não só em seus discursos, mas nos judiciaristas em geral desde Levi Carneiro, que é o do congestionamento crônico da Corte, assoberbada, cada vez mais, com novos processos (Baleeiro, 1968: 122-130; 1975a: 76-83). Baleeiro reconhecia que o problema vinha se acumulando desde longa data, por isso exigia reformas que visassem a otimizar o trabalho do Tribunal. As rápidas transformações sociais tinham tido o efeito de sobrecarregar o trabalho dos ministros, que cada vez julgavam mais

<sup>35</sup> Para outros votos de Baleeiro no mesmo sentido, consultar a coletânea realizada por Amaral Júnior (2006: 76-79).

<sup>36</sup> O discurso de Moreira Alves pode ser lido e ouvido diretamente no site oficial da Câmara dos Deputados.

processos e recursos.

Em *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, o assunto é abordado em linhas iniciais e não há um diagnóstico conclusivo, tampouco proposições, devido às recentes mudanças advindas do Ato Institucional nº 2 e da Constituição de 1967, as quais poderiam ser percebidas ao longo do tempo. A novidade da súmula, criação do ministro Victor Nunes Leal, datada de 1963, a quem Baleeiro dava os devidos créditos (Baleeiro, 1968: 129), tinha contribuído com o mérito de diminuir o acervo do Tribunal.

As possíveis soluções para combater o congestionamento da Corte apareceram depois, em 1975, em que o pragmatismo de Baleeiro aparece mais claramente, ao sugerir mudanças na estrutura do Supremo Tribunal Federal que eram diametralmente opostas àquelas institucionalmente defendidas pelo Tribunal dez anos antes, em 1965. A primeira sugestão era a de elevar o número de ministros para dezesseis, como havia acontecido em consequência da edição do Ato Institucional nº 2. Com a aposentadoria compulsória dos ministros Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima em janeiro de 1969 e a renúncia, no mês seguinte, dos ministros Antonio Gonçalves de Oliveira e Antonio Carlos Lafayette de Andrada, o Tribunal havia retornado à composição de onze membros, porque não foram nomeados novos ministros para aquelas cinco cadeiras. A segunda proposta era a criação de um outro Tribunal com o objetivo de nele descarregar a competência para julgar questões não tão relevantes que não versavam sobre matéria constitucional. O novo Tribunal teria, portanto, importância considerável, mas estaria abaixo do Supremo no nível da hierarquia judiciária (Baleeiro, 1975a: 78-82).

Não se sabe o porquê de o ministro ter defendido essas sugestões que já haviam repelidas institucionalmente pelo Supremo em 1965. O decurso do tempo pode ter sido um fator relevante, de modo a adequar o Tribunal à realidade do momento. Outras razões também podem ser aventadas, como uma tentativa de simbiose entre as necessidades da Corte e as pretensões políticas da ocasião. Embora não seja possível definir com precisão quais os motivos e intenções das sugestões, parece correto afirmar, pelo conjunto da obra, que a ideia de Baleeiro era, ao fim e ao cabo, fortalecer o Supremo.

Tanto é assim que Victor Nunes Leal alertou, em entrevista concedida em 1975, que a proposta de Baleeiro de aumentar o número de juízes da Corte era insuspeita (Vale, 1976: 207). Só por meio do fortalecimento do Tribunal é que se poderia seguir na tarefa de aprimoramento do regime republicano (Baleeiro, 1975a: 76). Apesar da referência elogiosa de Victor Nunes Leal, ambos tinham visões distintas em relação ao exercício das atribuições do *quarto poder*. Na prática, a postura do mineiro, como ministro do Supremo, esteve mais próxima da de Rui.

## 4.2 Victor Nunes Leal, o altivo

A produção intelectual de Victor Nunes Leal é fortemente representada pelo seu livro *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil* (2012 [1948])<sup>37</sup>, que não será, contudo, devido ao recorte da pesquisa, objeto de discussão, pois o autor tinha objetivos que não estão diretamente relacionados ao objeto da tese. Há outros textos dele, produzidos na mesma época, que apresentam sua concepção do *quarto poder*.

Os escritos são marcados pela influência de três eixos principais de interpretação do *quarto poder*. O primeiro núcleo diz respeito à tradição do judicialismo brasileiro, em que as figuras sempre presentes de Rui e Pedro Lessa voltam à tona. O segundo também é outra constante no discurso judicialista, que é a influência americana do *judicial review*. O terceiro elemento agregador é a incorporação de doutrinas francesas mais atualizadas à época sobre o controle judicial dos atos do Executivo.

A última influência é uma característica que retoma a tradição imperial brasileira de estudo do Judiciário, mas com uma chave invertida, agora positiva, acrescentando um artefato interpretativo que, num contexto marcado pela influência americana, representa, em certa medida, uma argamassa de coloração diferente ao edifício discursivo construído desde a Primeira República. Todas serviriam, ao fim, para reforçar a altivez necessária ao *quarto poder*, entendido como guardião constitucional, sobretudo em momentos de crise.

### 4.2.1 O controle do *terceiro poder* sobre atos ilegais e arbitrários

Nos idos de 1940, alguns escritos de Nunes Leal são relativos, principalmente, às atribuições do *terceiro poder*, o Poder Judiciário, inclusive do seu órgão de cúpula, em relação a atos do Executivo, mais especificamente aos atos da administração indireta. São considerações que vão refletir, depois, na sua concepção a respeito das funções do *quarto poder*. O viés relativo ao papel do Supremo como referente do conceito será pintado mais enfaticamente por ele a partir de 1960, quando é nomeado pelo presidente da República, seu conterrâneo Juscelino Kubitschek, para ocupar uma cadeira de ministro da Corte.

Começamos, então, por três artigos que escreveu em 1945, 1946 e 1948 sobre a atribuição do Judiciário no controle de atos do Executivo. O primeiro, de 1945, consiste em comentários a uma decisão do Supremo de 1943 (Leal, 1945: 124-143). A questão de fundo

---

<sup>37</sup>Para uma análise inicial sobre o livro, consultar os prefácios de Barbosa Lima Sobrinho, Alberto Venâncio Filho e José Murilo de Carvalho produzidos, respectivamente, para a segunda (1975), terceira (1997) e sétima (2012) edições.

dizia respeito, de forma geral, se cabia ao Supremo, órgão de cúpula do Judiciário, examinar ato administrativo que inscrevera imóvel no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. O problema jurídico envolvia, preliminarmente, decidir se o Tribunal poderia revisar decisão do órgão, pois a jurisprudência sedimentada na Corte a partir de 1930 entendia que sua atuação se limitava a um juízo de legalidade do ato administrativo, aos seus aspectos formais, não podendo adentrar nas suas razões de mérito.

A decisão do Supremo Tribunal havia julgado a favor da administração pública, mas resguardou para si o poder de revisar qualquer ato administrativo, seja qual fosse sua natureza, “não se limitando a sua competência em verificar, apenas, se foram observadas as formalidades legais” (Idem: 124). Partindo de noções de direito administrativo, Victor Nunes Leal concordava com essa nova concepção do Judiciário sobre o controle dos do Executivo, na medida em que “com todas as deficiências, ainda é o Judiciário a grande garantia dos direitos dos indivíduos” (Idem: 139).

Para tanto, não bastava uma simples concordância com a decisão do Tribunal. Era necessário, para firmar o apoio ao resultado, em alguma medida inovador, mobilizar o arsenal teórico disponível à época. Citando artigo de Roscoe Pound, Victor Nunes Leal concordava com o precursor da escola da *sociological jurisprudence* ao propor que a ação da administração pública fosse controlada “para evitar o arbítrio e a parcialidade”, e que fossem “facilitados os remédios processuais para a revisão judicial de seus atos” (Idem: 137). Não se tratava, no entanto, de mera transplantação de um postulado da *sociological jurisprudence*. Significava, antes, retomar “a tradição histórica brasileira da amplitude de competência do Poder Judiciário” (Idem: 138).

Ainda que, para ele, não fosse possível ao Supremo analisar a conveniência e a oportunidade do ato executivo, por estarem ligadas à discricionariedade administrativa, o que ele equiparava a um poder meramente político a que se referia Rui, o caso concreto exigia a análise da legalidade do ato (Idem: 141). Na hipótese, seu propósito equivalia a estender o exame do juízo de legalidade dos atos do Executivo, tradicionalmente passível de apreciação judicial, a horizontes mais largos.

No artigo de 1946, Nunes Leal faz novos comentários baseados em outra decisão do Supremo, esta de 1944. O tema de fundo dizia respeito à demissão de um funcionário público e o aspecto a que Nunes Leal se prendia tangenciava, mais uma vez, a questão de saber se o Supremo poderia rever o ato em seus elementos caracterizadores da legalidade e, ainda, se poderia analisar o juízo de conveniência e de oportunidade do ato executivo (Leal, 1946b: 70-98). Um passo a mais se comparado à decisão anterior.

A Corte ratificou, no caso concreto, o ato de demissão. Por outro lado, mostrou mais um avanço na jurisprudência, ao reafirmar o entendimento de que poderia examinar a legalidade da medida, desta vez com a novidade de que, embora não pudesse analisar a conveniência e oportunidade do ato, poderia apreciar o merecimento por outros aspectos que pudessem configurar uma “aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento”, hipóteses que se enquadrariam, de modo geral, “na *ilegalidade* por ‘indevida aplicação do direito vigente’” (Idem: 76). O controle judicial do mérito do ato executivo, deslocado para o âmbito da legalidade, representou um reforço na mudança, ainda bastante tímido, da jurisprudência do Tribunal. Leal entendeu por bem, assim, privilegiar mais este abalo na jurisprudência do Supremo (Idem: 98).

A progressiva compreensão de Victor Nunes Leal sobre o controle judicial dos atos do Executivo aparece de forma mais aprofundada no artigo de 1948. Nessa nova ocasião, ele examinou uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que declarou a ilegalidade de ato administrativo que permitiu a empresa de transporte trafegar os seus veículos sem qualquer restrição aos seus interesses, obstados pela administração estadual. O debate de fundo, mais uma vez, não chamava a atenção de Nunes Leal, que estava interessado na compressão das teorias e conceitos empregados na decisão (Idem: 52-82). No artigo, ele tenta demarcar uma fronteira que sempre despertou controvérsias. Se já havia, de um lado, debates sobre a delimitação entre o juízo de legalidade e de mérito do ato administrativo, Nunes Leal buscava compreender, nessa ocasião, a fronteira mais sutil entre o mérito do ato e o juízo de conveniência e oportunidade do Executivo.

Ele procurava pontuar, dessa vez, que, se existia uma zona nebulosa entre esses conceitos e expressões, cabia ao Judiciário defini-los por último (Idem: 65-68). A tarefa certamente não era fácil do ponto de vista da atuação judicial, tampouco era fácil do ponto de vista teórico. No texto, Nunes Leal buscou expor a sua ideia sobre a distinção entre os conceitos partindo sobretudo de doutrinas jurídicas francesas mais recentes à época.

Tomando como base as lições Maurice Hauriou em *Précis de droit administratif et de droit public* (1914), de Léon Duguit em *Traité de droit constitutionnel* (1923) e de Gaston Jèze em *Les principes généraux du droit administratif* (1914), Victor Nunes Leal pontuava que a escola francesa, pela característica peculiar das jurisdições administrativa e jurisdicional daquele país, coibia o desvio de poder (*détournement de pouvoir*) a esferas que cada vez mais tocavam a própria discricionariedade administrativa (Leal, 1948: 69-74). O debate, que não era pacífico na França tampouco, terminava, contudo, na própria esfera da administração, por meio da atuação do Conselho de Estado.

As distinções entre os sistemas brasileiro e francês não permitiam, portanto, uma aplicação direta da experiência alienígena. Embora não desse o mesmo destaque no artigo à influência americana, ele também não acreditava que o modelo judicial americano fosse inteiramente aplicável ao Brasil, porque, em sua ótica, “sempre fomos menos judiciaristas no tocante à atividade da administração pública” (Idem: 767). Por isso, ele indicava que seria necessário resgatar a tradição brasileira do reconhecimento de uma esfera de ação discricionária da administração, de acordo com um “conceito tímido de excesso de poder, o qual, de um lado, exclui a amplitude do *détournement de pouvoir* dos franceses e, de outro, define a nossa apreciação jurisdicional em limites mais estreitos que os do *judicial review* dos norte-americanos” (Idem: 78). Isto é, segundo a sua leitura do judiciarismo, o ideal era se agarrar à tradição brasileira e ficar no meio do caminho entre franceses, pouco afetos ao Poder Judiciário, e americanos, mais judiciaristas.

A definição, nesses termos, buscava evitar, de um lado, o arbítrio do Executivo, que jamais poder-se-ia confundir com discricionariedade e; de outro, permitir sua atuação de modo que não resultasse em um desvio de finalidade dos seus atos. Ao Judiciário e ao Supremo caberia, ao final, a função, inclusive no exame do desvio do “fim legal” do ato, “balizar ou demarcar a esfera discricionária da administração, dizendo, em cada caso, se se trata de ação discricionária ou de ação arbitrária” (Idem: 81).

Considerando os altos e baixos do judiciarismo brasileiro, como o próprio Nunes Leal reconhecia na mudança jurisprudencial do Supremo acerca da análise da legalidade e da finalidade dos atos do Executivo, é difícil concluir que a questão conceitual e teórica estivesse completamente resolvida no seu pensamento, tendo em vista a zona de sombras que ainda permanecia. O exame da sua atividade jurisdicional na Corte, então, parece ter a capacidade de tirar as dúvidas sobre até que ponto, e de qual maneira, o Poder Judiciário e, mais especificamente, o *quarto poder*, encastelado no seu órgão de cúpula, poderia ou deveria traçar a linha divisória entre a discricionariedade e o arbítrio do Executivo.

#### 4.2.2 O quarto poder deve conter, sobretudo, atos arbitrários do Executivo

Antes de analisar a mobilização do conceito de *quarto poder* por Nunes Leal no cargo de ministro do Supremo Tribunal, é necessário enfatizar um ponto relevante de seu pensamento sobre a Corte. Apesar das divergências doutrinárias sobre o tema, estava claro para ele que a demarcação da zona nebulosa conceitual entre a discricionariedade e o arbítrio do Executivo

era uma questão jurídica, suscetível de apreciação jurisdicional. Assim, não cabia ao Poder Executivo, mas à justiça a tarefa de traçar os limites do poder discricionário, “em virtude da faculdade que possui o Judiciário, em nosso ordenamento constitucional, de interpretar, final e conclusivamente, o direito positivo” (Idem: 65). Ao referir-se dessa maneira ao Judiciário, assim como o fazia em outras ocasiões, Nunes Leal substituía a parte pelo todo, pois a atribuição de ditar a última palavra sobre a Constituição cabia antes ao Supremo, como parte, do que ao Judiciário considerado como um todo.

Essa concepção fica mais nítida em seu artigo publicado em 1946, antes citado, em que ele atribuiu “ao Judiciário, na sua qualidade de guardião supremo das leis e da constituição, verdadeira *supremacia* sobre os outros dois poderes” (Leal, 1946b: 75). Considerando o contexto, o Judiciário, como palavra, substituía outra: a Suprema Corte. A partir de 1960, no entanto, no exercício da função de ministro do Supremo, ele passaria a vislumbrar a Corte mais como *quarto poder* e menos como órgão de cúpula do *terceiro*.

Julgando que essa configuração estava aderente à divisão de poderes à moda de Montesquieu, Nunes Leal chancelava a supremacia da justiça no que dissesse respeito à interpretação das leis e da Constituição, pois era da “índole do nosso regime a posição de superioridade que o Judiciário assume em face dos outros poderes, *sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de lei ou um princípio constitucional*” (Idem: 76). Tal supremacia não significava intromissão do Judiciário na esfera de ação do Executivo, mas sim o controle deste último. Nunes Leal incorporava, assim, a cultura judiciarista ruiana, mas sem citar Rui, relativa à imposição de limites sobretudo ao Executivo.

Mas não só pela normatividade era possível depreender a supremacia linguística e extralinguística da justiça. Também na prática judiciária o exercício teórico e conceitual era passível de revelação, como provava o judiciarismo desde Rui. Assim como Lessa e Baleeiro, Leal também ocupou uma cadeira no Supremo. E neste quesito estava próximo dos dois, e mais de Lessa. Nunes Leal foi indicado para uma vaga em 1960 pelo presidente Kubitschek, e deixou-a compulsoriamente em 1969, como efeito dos Atos Institucionais n<sup>os</sup> 5 e 6, juntamente com os ministros Evandro Lins e Silva e Hermes Lima.

Como antes indicado, no plano teórico, Nunes Leal reservava ao Executivo uma margem de ação discricionária, não arbitrária, atrelada aos fins legais e constitucionais, em respeito à tradição constitucional brasileira. Nos idos de 1940, essa visão representava uma perspectiva progressista em relação ao Judiciário, considerando sobretudo a posição formada pelo Supremo nos anos anteriores, e paulatinamente revertida, no sentido de se analisar e controlar judicialmente apenas os aspectos formais dos atos administrativos. Nesse viés

particular é possível estabelecer uma comparação sincrônica entre Nunes Leal e Baleeiro, pois ambos reconheciam, por razões diversas, a importância do *quarto poder* na preservação das liberdades, com a reserva de um espaço de ação discricionária, mas não arbitrária, dos demais poderes, notadamente do Executivo.

Na prática jurisdicional, o exercício conceitual de diferenciar as esferas de ação do Executivo parece ter se demonstrado mais incontrolável para Victor Nunes Leal, o que enriquece a análise do seu pensamento, porque permite compreender melhor a sua filiação a uma tradição liberal do pensamento político brasileiro, ligada principalmente à ideia de proteção de direitos individuais e de garantia das liberdades. No mesmo passo, igualmente permite entender melhor a sua mobilização do conceito de *quarto poder*.

Há pelo menos duas explicações possíveis para essa progressão no sentido de se privilegiar a atuação do Supremo Tribunal, como referente conceitual, a esferas cada vez mais abrangentes. A primeira decorre do tempo, pois seus primeiros textos sobre o tema foram escritos nos idos de 1940, enquanto que sua atuação como juiz ocorreu na década de 1960, em outro contexto. A outra possível explicação é concernente à própria diferença entre a produção teórica sobre o *quarto poder* e a atividade prática forense, tornando mais clara as diferenças entre as atribuições do órgão de cúpula do *terceiro poder* e aquelas do *quarto poder*.

Em seus primeiros anos de atuação como ministro da Corte, Nunes Leal deparou-se com questões jurídicas muito semelhantes àquelas desenvolvidas por ele na década de 1940 em relação ao controle de atos da administração pública pelo Supremo concernentes à demissão de funcionários. No entanto, a ideia de não substituir o juízo discricionário do Executivo, reconhecida em seus artigos, começava a mostrar sinais de conflito com seus votos como ministro da Suprema Corte. Havia uma diferença substancial, ao menos, em relação aos seus artigos. Como ministro, seus votos analisavam decretos da presidência da República.

Entre as presidências de Jânio Quadros e João Goulart, Nunes Leal proferiu uma série de votos vencidos em sede de mandados de segurança<sup>38</sup> que buscavam anular atos dos presidentes da República que haviam destituído dirigentes de cargos da administração pública indireta, de autarquias, antes do fim de investiduras com prazo certo.

Apontando o sentido finalístico da investidura do servidor por prazo certo, e com apoio em precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, Victor Nunes Leal alertava que a investidura com prazo certo nas autarquias garantia “a necessária independência, em face do Poder Executivo” (Almeida, 2006: 197). Se, em seus votos, a questão jurídica tivesse se

---

<sup>38</sup>Uma análise mais pormenorizada desses votos, e de outros, alguns adiante expostos, foi realizada por Fernando Dias Menezes de Almeida em *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes Leal* (2006).

restringido à vinculação do ato à finalidade legal, não haveria distinções em relação aos escritos da década de 1940. A mudança, que parece revelar um gradual giro teórico, que fica cada vez mais nítido ao longo da década de 1960, passava por entender e julgar o ato também pela sua conveniência e oportunidade, adentrando na esfera da ação discricionária do Executivo. Na prática, a zona conceitual nebulosa parece que o levou ao terreno em que se julga não só a finalidade do ato, mas também a sua discricionariedade, à moda da jurisdição administrativa francesa, que ele bem conhecia.

Buscando impedir o “arbitrio ou capricho do soberano eletivo” (Idem: 201), isto é, do presidente da República, que poderia, de um momento para o outro, mudar a cúpula da administração descentralizada, ele afirmava estar convencido de que “mesmo do ponto de vista da conveniência administrativa e política, seria um mal, não um bem, o retorno ao sistema dos despojos, que ainda prevalece, largamente, em nosso país” (Idem: 202). Ele votou nesse sentido em uma série de casos julgados pelo Supremo, porque entendia que o presidente da República não tinha o monopólio da política do país, nem podiam os dirigentes das autarquias depender “ou do prudente critério, ou do arbitrio desarrazoado do presidente da República” (Idem: 204-205). E assim o fez de forma vencida. A súmula 25 da Corte, aprovada em 1963, sedimentou o entendimento em sentido oposto ao dele.

Alguns votos proferidos por Nunes Leal nos dois últimos anos (1967-1968) que integrou o Supremo demonstram a progressão do seu pensamento no sentido de limitar cada vez mais o arbitrio e o abuso de poder vindos não só do Executivo, mas também do Legislativo, privilegiando, ao mesmo tempo, o poder da Suprema Corte de dar a última palavra sobre a Constituição. Três desses votos parecem ilustrativos da sua ideia de alçar o Supremo à categoria de referente do conceito de *quarto poder*, independentemente das circunstâncias políticas. Àquela altura, o Tribunal já havia passado momentos de tensão com os militares, como nos dias que antecederam o Ato Institucional nº 2 de 1965.

O primeiro caso discutia artigo de lei que estabelecia critério de provimento de serventia cartorária vitalícia em benefício de determinado serventuário da justiça. Victor Nunes Leal julgou o dispositivo inconstitucional por afronta ao princípio da generalidade e impessoalidade, considerando que houve abuso de poder, a partir da doutrina francesa, submetendo o domínio do direito administrativo ao direito constitucional. Justamente por fazer essa incorporação da categoria de abuso de poder ao controle de constitucionalidade, Aliomar Baleeiro, no mesmo caso, julgado no mês de agosto de 1967, fez apartes a Nunes Leal para alertar do perigo de se cair no governo dos juízes, por meio da interferência da Corte na esfera dos demais poderes em matéria controversa (Almeida, 2006: 37-40).

No entanto, Nunes Leal acreditava que o abuso de poder poderia ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal “em razão de princípios constitucionais e não pelo arbítrio dos juízes” (Idem: 41). Ao julgar dessa forma, a Corte exercia sua função de moderadora das ações dos poderes da República. Em um discurso que lembrava o de Rui, Nunes Leal dizia que mais importante do que as definições das normas constitucionais eram os precedentes firmados pelo Supremo. Afinal (Idem: 39):

A noção de abuso é que permite ao Judiciário exercer uma função moderadora no controle da ação de outros Poderes. Tanto a noção de uso como a de abuso não têm definição muito precisa, mas a jurisprudência as vai construindo, lentamente, com seus precedentes. Aliás, é importante notar, é à base de noções não muito precisas, não completamente definidas no texto legal, que a jurisprudência realiza suas mais valiosas construções.

Em outro caso, julgado em dezembro de 1967, Nunes Leal colocava em pauta a natureza jurídica dos Atos Institucionais editados até então e a competência do Supremo para apreciá-los. Naquele evento, a Companhia de Docas da Bahia atacava o Decreto-Lei nº 128, de 31 de janeiro de 1967, que havia criado, anteriormente à Constituição de 1967, restrições ao exercício de certos direitos sobre terrenos de marinha.

Assegurando o poder de o Supremo dizer a última palavra sobre a Constituição, Nunes Leal entendeu que não seria possível extrair qualquer interpretação da Constituição para afastar da apreciação judicial um ato contrário ao texto constitucional, ainda que esse ato tivesse sido emanado pelo poder revolucionário no período pré-constitucional. Não poderia ser blindado o conteúdo de ato pretérito, contrário à Constituição, sob pena de se reconhecer a existência de dois regimes constitucionais: um composto pela Constituição de 1967 e outro pelos atos inconstitucionais do Executivo. Não poderia haver, em suas palavras, “outro sistema de normas que o Supremo Tribunal tenha de aplicar contra a letra e o espírito da Constituição” (Idem: 188).

Julgando pela eficácia máxima da Constituição, embora o seu artigo 173 tivesse excluído alguns atos do Executivo da apreciação judicial<sup>39</sup>, Nunes Leal entendia que atos antigos, inconstitucionais, não poderiam ser considerados válidos naquele momento, pois o país não tinha sido “constitucionalizado pela metade” (Idem). Defendia, portanto, a competência do Supremo para analisar, casuisticamente, o conteúdo de atos do Executivo e sua compatibilidade com a ordem constitucional. Restou vencido, no entanto, e a Corte sequer analisou o mérito do

---

<sup>39</sup>“Art 173. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964 (...)”.

pedido.

O terceiro e último voto é uma interpretação decorrente do anterior. No inquérito em que se discutiu qual o tribunal ou juízo competente para julgar o ex-presidente João Goulart, que estava com os direitos políticos suspensos com base no Ato Institucional nº 2 e era acusado em inquérito militar da prática de crimes durante o exercício do cargo. A dúvida era se o Supremo teria a competência para julgar o ex-presidente, em detrimento da disposição do artigo 173, também da Constituição, que afastava da apreciação judicial as hipóteses subsumidas aos Atos Institucionais até então editados, inclusive o de nº 2, que havia excluído o foro por prerrogativa de função daqueles que haviam tido os direitos políticos suspensos. Embora Leal tenha, mais uma vez, ficado vencido, e o Supremo tenha decidido, ao final, que não competia a ele julgar o ex-presidente Goulart, o que se destaca aqui é sua ideia a respeito da atribuição do Tribunal nesse caso julgado em março de 1968.

Nesse julgamento, Victor Nunes Leal vai além do seu voto proferido no caso da Companhia Docas e pugna pela natureza infraconstitucional do Ato Institucional nº 2, o que, se de um lado, poderia permitir a declaração de sua inconstitucionalidade; por outro, ia de encontro à jurisprudência da Corte, que o considerava constitucional. A estratégia era, portanto, arriscada. Em vez de apenas interpretar a Constituição, pleitear a declaração de infraconstitucionalidade do Ato Institucional nº 2 exigiria a mudança de jurisprudência da Corte e também um quórum qualificado para a votação. Nunes Leal entendeu, de todo modo, que era necessário prosseguir com a votação nesse sentido, pois (Idem: 184-185):

Os atos institucionais têm sido considerados de categoria constitucional no período de sua plena vigência. Aqui se discute se tais normas sobrevivem na vigência de 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, como sustentei no caso das Docas da Bahia, onde salientei a impossibilidade de coexistirem dois sistemas constitucionais colidentes. 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.

Reconsidero, pois, o meu pronunciamento, entendendo que é necessário o voto de nove juízes para ser declarada a inconstitucionalidade.

A análise de alguns dos votos de Nunes Leal no Supremo teve o objetivo, apenas, de demonstrar a sua concepção sobre o *quarto poder*. Se uma análise isolada do discurso de Baleeiro, por exemplo, dá a impressão de que naquela época ele tinha uma concepção progressista e pragmática do papel do Supremo Tribunal, o que não se pode dizer que não seja verdade, um exame comparado com a perspectiva de Nunes Leal permite a afirmação de que o

mineiro tinha uma ideia ainda mais ativista da Corte, levando-o a afirmar, alguns anos após sua aposentadoria compulsória, e quando perguntado se teria havido conflito entre o Supremo e o Executivo, que teria havido a “incompreensão, em alguns casos, do Executivo” (Vale, 1976: 207). O seu projeto de reforma do Tribunal revelaria de maneira enfática a sua concepção do *quarto poder*.

#### 4.2.3 Reformas para (re)construir o *quarto poder*

Um dos maiores legados de Nunes Leal para o Supremo, como instituição, foi a criação da súmula, uma espécie de pequeno enunciado com o entendimento da Corte a respeito de certo tema, facilitando a aplicação uniforme da jurisprudência. A súmula foi instituída por emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal em 1963 (Costa, 1965: 458) e teve a finalidade mais abrangente de otimização, organização e “modernização da prática judiciária” (Leal, 1964: 459). Como problemática do discurso judicialista, mais enfaticamente destacada por liberais como Levi Carneiro e Aliomar Baleeiro, Nunes Leal também advertia que o aumento exponencial de processos que chegavam ao Tribunal exigia inovações e reformas que pudessem garantir as atribuições do *quarto poder*, visto por ele cada vez menos como instância recursal do órgão de cúpula do *terceiro poder*.

Em discurso em 1964, praticamente um ano após a instituição da súmula, Nunes Leal destacava a necessidade de se firmar a jurisprudência do Tribunal, que, segundo ele, era desconhecida até mesmo dos ministros da Corte (Idem: 455). A tarefa envolvia, então, não só a aplicação uniforme do direito no Tribunal, mas também o amplo conhecimento da sua jurisprudência pelos ministros e por todos aqueles que se dedicavam aos estudos e à prática jurídica, fossem advogados ou professores de direito, com a publicação oficial das conclusões das decisões do Supremo (Idem: 455-459). A quase obsessão de Leal em bem conhecer os julgados do Tribunal era tanta que certa vez o ministro Baleeiro disse, em uma sessão da Corte, que ele era “a própria jurisprudência viva do Supremo Tribunal andando pelas ruas” (Almeida, 2006: 31).

Nesse tópico Nunes Leal começava a traçar um paralelo cada vez mais claro entre o Tribunal e a Suprema Corte dos Estados Unidos, servindo essa última de exemplo de aplicação do direito e de estrutura institucional. Sem perder as referências das tradições do judicialismo brasileiro, vide a referência, por exemplo, a Lessa, Nunes Leal parecia começar a se convencer do exemplo americano, que antes ele julgava não tão adaptado à tradição brasileira (Idem: 453-459).

A ideia reformista de Victor Nunes Leal, à moda da Suprema Corte dos Estados Unidos, não terminou, no entanto, com a súmula. Ao contrário, o seu judiciarismo tornou-se marcadamente mais americanista a partir daí, manifestando-se não apenas em seus votos no Supremo, mas também em discursos que proferiu na mesma época a respeito da reforma judiciária proposta pelos militares e materializada em um anteprojeto da própria Corte, entregue ao ministro da justiça, Milton Campos, em 1965 (Costa, 1965, 476-490). A comissão responsável pelos estudos e pela elaboração do anteprojeto foi composta pelo presidente da Corte, o ministro Ribeiro da Costa, e os ministros Victor Nunes Leal, Luís Galotti e Cândido Motta Filho.

Os pronunciamentos proferidos sobre a reforma foram realizados em 21 de agosto de 1965 na Faculdade de Direito de Minas Gerais e no dia 24 de agosto de 1965 na Federação do Comércio de São Paulo (Leal, 1965a, 1965b, 1965c). Em um sentido geral, o objetivo da reforma era permitir a modernização do *quarto poder*, via exemplo americano, de maneira que o Tribunal pudesse exercer as suas funções de moderador dos poderes, de guarda constitucional, como “o fiel das limitações impostas pela Constituição a todos os poderes, qualificado por esta prerrogativa como o mais alto guardião das liberdades e direitos individuais” (Leal, 1965a: 17).

Dentre as alternativas que foram descartadas pelo anteprojeto, o qual Nunes Leal endossava em todos os termos, estava a criação de um Tribunal Superior que absorvesse certas competências do Supremo, notadamente o julgamento de matérias de natureza que não fossem constitucionais. A ideia, como antes indicado, seria defendida dez anos depois por Baleeiro. No entanto, a Corte, em seu projeto institucional, excluiu essa opção, porque o novo tribunal seria “uma espécie de Supremo de segunda classe” (Costa, 1965: 480)<sup>40</sup>, e por outras razões processuais igualmente (Leal, 1965a: 34).

As duas principais soluções para resolver o congestionamento crônico da Corte passavam, segundo a proposta institucional defendida por Victor Nunes Leal, em instituir o requisito da relevância para a seleção das causas que seriam julgadas pelo Supremo e a não alteração do número de juízes do Tribunal (1965a, 1965b, 1965c). Ambas as opções partiam das experiências do Brasil e da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A primeira solução, concernente à criação do requisito da relevância, envolvia o afastamento de uma outra ideia então em voga, que era a da redução das competências do Supremo. Partindo das linhas mestras do anteprojeto e do exemplo da Suprema Corte dos

---

<sup>40</sup>A Constituição de 1946 criou um tribunal com funções semelhantes, o Tribunal Federal de Recursos, para solucionar o problema de acúmulo de processos do Supremo Tribunal Federal, mas não teve o resultado esperado (Costa, 2006: 109-110). Um tribunal com estrutura mais próxima da proposta descartada pelo Supremo em 1965 foi instalado mais de duas décadas depois, o Superior Tribunal de Justiça, como decorrência da previsão da atual Constituição de 1988.

Estados Unidos, Nunes Leal não acreditava que a redução das competências tivesse o poder de colaborar com a diminuição dos encargos do Tribunal e, ao mesmo tempo, aprimorar a sua organização. Citando o *justice* Frankfurter, ele apontava que nos Estados Unidos “sempre malograram as tentativas de dar remédio à sobrecarga da Corte Suprema por critérios mecânicos” (Leal, 1965a: 35).

Embora admitisse uma redução parcial e limitada das competências do Supremo, nas linhas sugeridas pelo então ministro da Justiça, Milton Campos, ele propunha que um modelo que tinha o condão de efetivamente conferir flexibilidade na seleção das causas seria em deixar ao Supremo, “ao seu ponderado critério, mediante um requisito novo, a admissibilidade dos recursos” (Leal, 1965a: 38). A primeira noção de relevância partiria de um conceito aberto que ficaria sob o critério subjetivo do Supremo: o interesse público da decisão a ser tomada, ou seja, o seu reflexo para além do exclusivo interesse das partes do processo (Costa, 1965: 483; Leal, 1965a: 38). Para a tarefa de deixar ao Tribunal a definição de conceitos tão polissêmicos, e não aos demais poderes, era essencial, em suas palavras, haver um sentimento de confiança no *quarto poder*, pois (Leal, 1965a: 46):

Enfrentando magnas controvérsias, de efeito polarizador, é impossível evitar que periodicamente o Supremo Tribunal seja, ele próprio, objeto de controvérsia. Por idêntico motivo, nenhum outro tribunal, no curso de sua existência, tem sido mais combatido que a Corte Suprema dos Estados Unidos. Aliviada a incompreensão, ela sobrevive às investidas e nenhum outro tribunal no mundo desfruta de tão alto prestígio.

Com todas as deficiências que possa ter a instituição, que também é humana, a lição de sua experiência é que se deve confiar nos juízes independentes, porque ainda não se descobriu meio mais eficaz de conciliar a busca de soluções para os problemas da coletividade com a preservação das liberdades e direitos individuais.

A solução era inspirada na inovação que havia ocorrido na Suprema Corte dos Estados Unidos por meio do *Judiciary Act* de 1925. Com a mudança, a Corte passou a ter a prerrogativa de só julgar, dentre os processos a ela submetidos, os que fossem relevantes pelo interesse público. Nunes Leal apontava que por lá a reforma havia sido realizada “igualmente por sugestão dos seus juízes, e é também, com as adaptações necessárias, a solução básica que hoje propõe o Supremo Tribunal Federal” (Leal, 1965a: 19)<sup>41</sup>.

A segunda solução estava relacionada ao número de juízes integrantes da Corte, tendo em vista a existência de propostas que buscavam nomear mais cinco ou seis juízes para o Tribunal. O anteprojeto do Supremo havia rechaçado a ideia porque “além de não estar

---

<sup>41</sup>A ideia só seria efetivamente implementada, contudo, mais de quatro décadas depois, em 2007, por meio da Emenda Regimental nº 21/2007, como decorrência da Emenda Constitucional nº 45/2004 à Constituição de 1988.

suficientemente justificada, levaria a resultados contraproducentes” (Costa, 1965: 481). Victor Nunes Leal concordava com a posição institucional do Supremo e dava como exemplo, mais uma vez, a Suprema Corte americana, omitindo as experiências negativas de lá e do Brasil. Selecionando os exemplos considerados positivos por ele para os Estados Unidos, a tentativa de mudar a composição do Tribunal havia naufragado em 1922, por meio de proposta da *American Bar Association* e em 1937 pelo presidente Franklin Delano Roosevelt (Leal, 1965a: 19).

Uma justificativa para aumentar o número de juízes no Supremo Tribunal seria a de otimizar os trabalhos da Corte, diante da possibilidade de criação de mais uma turma de julgamento, a terceira. Victor Nunes Leal também afastava tal fundamento porque, em sua visão, instituir uma outra turma traria resultados contrários, pois teria como resultado, considerando a possibilidade recursal, de sobrecarregar o tribunal pleno, onde havia mais sessões de julgamento (Idem: 21-24). Partindo, mais uma vez, do arquétipo da Suprema Corte americana, ele sugeria abolir as turmas, numa crítica à sua instituição em 1931 pela pena autorizada de Levi Carneiro, no Governo Provisório de Vargas, para manter apenas os julgamentos nas sessões plenárias. Ele lembrava que, ainda nos Estados Unidos, quando o presidente Roosevelt “fez idêntica proposta em 1937, o *chief justice* Hughes, embora falando em seu nome, porque não chegou a consultar todos os colegas, sustentou a inconstitucionalidade da criação das turmas” (Idem: 23).

Nunes Leal não descartava a possibilidade de a proposta do aumento do número de juízes da Corte ter o objetivo de mudar a jurisprudência do Tribunal. Alertava, porém, que a intenção, se fosse essa, certamente não atingiria seus resultados, tendo em vista os exemplos da experiência positiva, mais uma vez, da Suprema Corte estadunidense. Ele apontava que as nomeações de alguns *justices*, como John Marshall, Samuel Chase, William Taft e Oliver Wendell Holmes desagradaram profundamente os presidentes da República que os indicaram (Idem: 27-28).

Por essas razões, Nunes Leal sustentava que deveria ser respeitada a disposição constitucional que previa o número fixo de onze ministros para a composição do Tribunal, sendo qualquer alteração permitida apenas por iniciativa do próprio Supremo. Nesse viés, fazia das palavras de Pedro Lessa as suas, para dizer que “fácil é imaginar o que fariam, sem essa limitação, as ambições, os interesses e as vinditas políticas, num país em que são frequentes os desvairamentos dos partidos, ou dos grupos políticos” (Idem: 31).

A questão relativa ao número de juízes integrantes do Supremo Tribunal tinha o poder, como mostrava a história dos Estados Unidos e do Brasil, mas não destacada por Nunes Leal

talvez por razões práticas, de ter reflexos políticos diretos e cirúrgicos. Quatro meses após a entrega do anteprojeto de reforma do judiciário elaborado pelo Supremo e dois meses depois dos discursos de Nunes Leal em defesa da proposta institucional, o presidente do Tribunal, no dia 20 de outubro de 1965, concedeu entrevista ao *Correio da Manhã* em que repelia a tentativa de interferência dos militares no funcionamento e nas atribuições do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 1965b: 158-159), dado o conhecimento da intenção dos militares mais autoritários de alterar o número de ministros do Supremo, em descompasso com a proposta institucional do anteprojeto.

A reação da ala militar mais autoritária foi imediata. Em 22 de outubro de 1965, o então ministro da guerra, o general Costa e Silva, fez discurso inflamado em defesa do Exército e contra o presidente da Corte (Brasil, 1983: 37-40). Em resposta institucional, sobretudo em razão das declarações incisivas de Costa e Silva, no dia 25 de outubro de 1965, o Tribunal se reuniu e aprovou emenda regimental para prorrogar o mandato do seu presidente até o fim de sua judicatura. Testemunha dos eventos, Leda Boechat Rodrigues afirmou, à época, que o Supremo Tribunal “tem estado permanentemente na alça da mira da chamada ‘linha dura’ militar, sendo bravamente defendido pelo seu atual presidente, ministro Ribeiro da Costa” (Rodrigues, 1965: 3).

Pressionado, em 27 de outubro de 1965, dois dias depois da mudança regimental promovida pelos ministros do Supremo e sete dias após a entrevista de Ribeiro da Costa, o presidente da República decretou o Ato Institucional nº 2, que, dentre outras previsões, alterou a composição da Corte, prevendo a nomeação de mais cinco ministros para o Supremo, o que, segundo Baleeiro, ele mesmo nomeado para uma das vagas, teria seguido à lógica menos autoritária da adotada por Vargas em 1931. A intervenção mais traumática ocorreria, no entanto, pouco depois, como consequência do Ato Institucional nº 5, com a aposentadoria compulsória não apenas do ministro Victor Nunes Legal, mas também dos ministros Evandro Lins e Silva e Hermes Lima.

### 4.3 Considerações

O descompasso entre o fenômeno extralinguístico relativo ao conceito de *quarto poder* e o estado de coisas da realidade deixou a marca, em alguns setores do pensamento judiciarista, de fragilidade do referente conceitual diante da força e da arbitrariedade do Executivo, que não raro ou se unia ao Legislativo na empreitada arbitrária, ou o subjugava. Passado o autoritarismo militarista dos marechais Floriano e Hermes, o período varguista acentuou essa noção em

alguns liberais que mais efusivamente combateram o que avaliavam como uma ditadura o regime político de Vargas.

Foi o caso de João Mangabeira e depois, sobretudo nas décadas de 1950 e 1960, de Afonso Arinos de Melo Franco, que dizia, por exemplo, que desde a sua concepção, o Supremo “fracassou na sua missão apesar dos esforços vigorosos de Rui Barbosa e da honrosa resistência de juízes como Pedro Lessa”, tendo naufragado “historicamente, na fraqueza, na omissão e no conformismo” (Franco, Pilla, 1999 [1958]: 6).

Essa maneira *à la* João Mangabeira de definir aquele que deveria, ao menos em tese, normativamente, ser o árbitro da República, foi diretamente questionada por liberais como Baleeiro, para quem os conflitos entre o *quarto poder* e o Executivo, em especial, apresentavam contornos de normalidade em democracias representativas, até nos Estados Unidos. Logo, eventuais derrotas do Supremo não deveriam ser encaradas como sinal de que o poder da moderação deveria ser outro no Brasil. Era apenas a demonstração de que, em determinados momentos, o descompasso entre a realidade e o discurso liberal poderia ser maior do que o usual. Rui e Lessa, nesta acepção, teriam sido vitoriosos ao mobilizar o combativo discurso da autoridade moral do Supremo.

Sob diferentes perspectivas, os espaços de experiência, do país ou alheios, foram um recurso discursivo para os liberais da época definirem cada qual as atribuições do *quarto poder*. O americanismo, caro ao judicialismo inaugurado por Rui, seduziu apenas tardiamente Victor Nunes Leal, para quem era necessário manter as tradições judiciaristas brasileiras. Embora tenha usado esse argumento, Leal raramente citava Rui, Lessa ou as experiências brasileiras positivas, havendo registro de que ele até “experimentara grande decepção” com o livro de Lessa dedicado ao Poder Judiciário (Rodrigues, 1991b: 34).

De qualquer modo, como ministro do Supremo, Nunes Leal foi um dos que mais incorporou o espírito de Lessa e Rui no combate aos arbítrios militares. Aliomar Baleeiro, embora tenha tido visão mais cautelosa das atribuições do Supremo, também defendeu, ao seu estilo, a ideia de uma atuação mais firme do *quarto poder*, tendo, inclusive, sofrido represálias dos militares por essa ideia, materializada especialmente na sua postura como presidente do Supremo (Recondo, 2018: 85; Rezek, 2013: 24).

Um traço ordinário da época é que a Primeira República, junto com o espaço de experiência dos Estados Unidos, eram lugares no passado em que liberais como Aliomar e Nunes Leal buscariam, além de inspirações para o futuro, respostas para os problemas do presente. Dentre estes problemas estava a definição do conceito de *quarto poder*.

Para além da missão de confirmar o referente conceitual, a tarefa de compreender e

definir os atributos relevantes do conceito também estiveram, como não poderia deixar de ser, na ordem do dia. O eixo significativo relacionado à função de garantir a harmonia e a moderação entre poderes e, ao mesmo tempo, as liberdades individuais, permaneceria em pauta, mas ganharia novos ares com os novos tempos.

Rejeitado na Subcomissão do Itamaraty devido ao receio de se conferir poderes além do esperado à Suprema Corte, o controle abstrato de constitucionalidade das leis, já uma realidade na Áustria e que ganhou espaço na Alemanha com a criação, em 1951, do Tribunal Constitucional Federal, foi incorporado no Brasil em 1965, durante a ditadura militar. A proposta institucional partira, contudo, do próprio Tribunal, no seu projeto de reforma judiciária (Brasil, 1965a: 476 e 485).

O atributo de analisar a constitucionalidade das leis e atos do Executivo apenas em casos concretos, que se tornara uma prática no Supremo em casos políticos, em *habeas corpus*, na Primeira República, passava a ser o irmão mais velho, americano, da novidade austríaca, temida pela Subcomissão do Itamaraty, agora incorporada às competências do Supremo. No estado de coisas político-constitucional da época, a Corte teve pouco tempo e pouco espaço para utilizar, com a liberdade institucional necessária, do seu novo poder, diante das limitações jurídico-políticas impostas pela ditadura militar.

Vista como perigosa por alguns, como por Baleeiro, a “inclinação satânica” do uso do poder político de declarar a inconstitucionalidade das leis poderia levar a Corte a entrar em atrito com os demais poderes, inclusive com o Legislativo. Outros, como Nunes Leal, entendiam que o guardião da República não tinha motivos para limitar a utilização de seus poderes, novos ou velhos. Por isso, colocar em discussão a constitucionalidade do Ato Institucional nº 2 não lhe parecia um problema em 1968. À prudência de Baleeiro, que lembrava à de um Levi Carneiro, Leal respondia com um discurso tipicamente ruiano, adotado por Lessa igualmente, de autoridade moral daquele que tinha o dever conceitual, refletido na prática institucional, de fazer com que os outros poderes voltassem à sua esfera legítima de atuação constitucional.

A jurisdição constitucional, entendida como controle de constitucionalidade das leis, ganhava, desta forma, cada vez mais espaço no arco significativo do conceito a partir de discursos como o de Nunes Leal. Se, durante a Primeira República, o atributo parecia demasiadamente técnico, restrito aos conhecimentos de Rui, ou ligado majoritariamente à proteção de liberdades individuais, em razão dos casos mais rumorosos levados à Corte, e, se durante os momentos constituintes de 1930, o controle abstrato ainda era visto com certa desconfiança, mesmo por liberais como Mangabeira, a década de 1960 mostraria que o atributo

do controle de constitucionalidade, considerado amplamente, conquistava, aos poucos, mais terreno no núcleo conceitual, em especial pelo exercício profissional de liberais, na Corte, como Victor Nunes Leal.

A harmonia entre os poderes alcançava, assim, contornos mais específicos como atributo relevante do conceito de *quarto poder*. Se, até ali, a incumbência de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos do Executivo tinha a função principal de resguardar direitos individuais, a partir de então, com o controle abstrato, seria adicionada a missão, cada vez mais importante, de defender a integridade da Constituição, mesmo em situações que não envolvessem expressamente a proteção de liberdades individuais. É certo que o discurso judiciarista de integridade do sistema jurídico-constitucional pelo *quarto poder* se fazia presente desde Rui, mas apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 16 de 1965 ele se tornou mais concreto, e como atribuição exclusiva da Suprema Corte.

Outro papel relevante que seria cada vez mais discutido no arco significativo do conceito de *quarto poder* estava ligado à jurisprudência do Tribunal. Desde a Primeira República, pelo discurso ruiano, havia a noção de que, mais importante do que as normas da Constituição, era a sua proteção por meio de precedentes do Supremo. A manutenção de uma jurisprudência firme e uniforme mostrava-se essencial para que o Tribunal tivesse condições de exercer suas atribuições de modo contínuo e coerente. No entanto, a questão que costumava suscitar mais dúvidas dizia respeito à possibilidade de criação do próprio direito por meio da jurisprudência da Corte, uma atribuição que, se posta em prática, teria o condão de romper com a clássica lição do *civil law*, em que a criação do direito acontece pela via legislativa. A ideia de Nunes Leal de correção e de complementação das leis por meio da atuação do Supremo parecia, em boa medida, superar as resistências que haviam, desde a Constituinte de 1890-1891, passando pelos debates da Subcomissão do Itamaraty, de conferir à Corte o poder de criar o direito, mesmo que de maneira indireta.

Outras discussões também derivavam de questões da prática institucional. Não muito diferente do que acontecia nos Estados Unidos, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal deparava-se volta e meia, como instituição, com problemas como o da seleção de processos que por ele deveriam ser julgados. No Brasil, o problema avolumou-se com rapidez da Primeira República até a década de 1960. O Supremo corria o risco, de acordo com os judiciaristas, de não conseguir desempenhar suas atribuições de *quarto poder* em razão da progressiva quantidade de processos a julgar.

Temas como o da otimização dos trabalhos passaram, de tal modo, a traduzir-se na lógica de modernização do Tribunal, que parecia estar sempre defasado em relação ao seu

arquétipo de origem. Neste sentido, Baleeiro e Leal não mediram esforços, cada qual à sua maneira, para pensar novas ferramentas e formatos que poderiam auxiliar o Tribunal a continuar a desempenhar os seus atributos relevantes.

A busca pela autonomia e independência crescente da Corte, que, diferentemente de 1931, propôs em 1965 a sua própria reforma durante os ventos revolucionários, passou a ter claros limites a partir da decretação do Ato Institucional nº 2. O projeto de reforma do Tribunal, oriundo de Comissão formada pelos ministros Victor Nunes Leal, Cândido Mota Filho e Luís Galotti, rechaçava a mudança na composição da Corte. Foi exatamente isso o que fez o Ato Institucional nº 2 ao criar mais cinco cadeiras no Tribunal. Cerca de três anos depois veio o Ato Institucional nº 5 e, como decorrência dele, a aposentadoria de três ministros, dentre eles Nunes Leal, todos indicados ao Supremo por ex-presidentes agora considerados como inimigos da República: Juscelino Kubitschek e João Goulart.

Mais uma vez, a definição liberal do conceito de *quarto poder* ficava, em seu aspecto linguístico, a passos largos do estado de coisas político-constitucional do país. O discurso judiciarista aos poucos ruía ante a realidade. A história, por seu turno, não tinha como ser negada, talvez omitida ou reinterpretada. Os fatos de ocasião podiam, ao menos, serem combatidos, como o fez Rui Barbosa na Primeira República, mas isso era tarefa para idealistas, como Rui, ou Cícero, para quem a autoridade moral e cívica se sobrepunha à força militar. Realistas como Nelson Hungria, ministro do Supremo Tribunal Federal à época (1951-1961), alertavam que (Costa, 2006: 135):

Contra o fatalismo histórico dos pronunciamentos militares não vale o Poder Judiciário, como não vale o Poder Legislativo. Esta é que é a verdade, que não pode ser obscurecida por aqueles que parecem supor que o Supremo Tribunal, ao invés de um arsenal de livros, disponha de um arsenal de schrapnels e de torpedos.

As capas pretas e os leões de chácara do Supremo não podiam, é fato, lutar contra a força física militar a que se referia Nelson Hungria. A autoridade moral da justiça, no mesmo ângulo, parecia uma ferramenta discursiva de pouca ou nenhuma utilidade. Mas o núcleo conceitual do *quarto poder* voltava a se agitar no pensamento liberal, em especial no de Nunes Leal, para desenvolver uma ideia que não era nova, mas que naquela ocasião estava mais adaptada à democratização do país: a de que o poder de dizer a última palavra sobre a Constituição representava algo mais, o de interpretar o que o próprio povo decidiu por meio do poder constituinte originário, e não derivado. Embora a ideia não fosse nova, e já tivesse sido difundida pelos federalistas e até mesmo por Rui, mas sem tanto destaque, o cenário de maior

democratização do país permitia a Nunes Leal resgatá-la ao afirmar que a atividade interpretativa do *quarto poder* “deveria representar e privilegiar, em sua concepção, a vontade do povo” (Leal, 1946b: 76). Por isso mesmo, submeter de maneira constante o Supremo Tribunal às controvérsias, à opinião pública, era esperado e até mais significativo: era o meio para sustentar sua autoridade moral e transformá-la em uma arma contra aqueles que buscavam lhe subjugar pela força bruta.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal da tese consistia em entender a mobilização do conceito de *quarto poder* no pensamento liberal brasileiro de 1860 a 1968. Para isso, foram analisados textos, livros e discursos de alguns autores e atores representativos do pensamento liberal *judiciarista*, em particular. A triagem dos dados, segundo os critérios da pesquisa, atendeu às finalidades da tese, inclusive a específica de compreensão do emprego do conceito a partir das suas duas partes constitutivas: o *referente* e o *significado*.

A hipótese de que os liberais alocam o referente conceitual no Supremo Tribunal foi confirmada, se não integralmente, ao menos em grande medida. Antes da Proclamação da República, no contexto político-constitucional do Império, os liberais, divididos entre *moderados* e *radicais*, elegiam como referente do conceito ou o Poder Moderador, ainda que com certas limitações, na linha do discurso de Zacarias de Góis e Vasconcelos; ou a Assembleia Geral, ou o próprio povo, como o faziam os liberais radicais Teófilo Otoni e Luiz Gama, respectivamente.

Se, pelo lado dos liberais, um certo judiciarismo existia à época do Império, ele era minoritário e surgia como uma realidade específica da República dos Estados Unidos, como aparecia nos textos de Tavares Bastos e Joaquim Rodrigues de Sousa. De maneira curiosa, foi Cândido Mendes, um conservador, que mais abertamente defendeu a adoção, naquele tempo, do modelo judiciarista americano, em evidente oposição a conservadores como o visconde do Uruguai. Com o advento da República e a progressiva superação da aversão, de origem francesa, ao Poder Judiciário, houve uma relativa concordância entre os *judiciaristas* de que o *quarto poder* estava, ou pelo menos deveria estar, nas mãos do Supremo, especialmente a partir do discurso de Rui Barbosa na Primeira República.

De todo modo, a conclusão é respaldada pelos dados e resultados desta pesquisa e, necessariamente, também pelas suas limitações. A escolha do Supremo como referente do conceito está notadamente ligada aos liberais *judiciaristas*, e não a todos os liberais, amplamente englobados. Liberais *conservadores*, como Epiácio Pessoa, alinhados a um liberalismo do estilo dos irmãos Alberto e Campos Sales, não situavam o referente do conceito na Corte, mas no presidente da República (Pessoa, 1926: 169-172; Pessoa, 1956: 592). Liberais *moderados*, como Afrânio de Melo Franco e Viveiros de Castro, à sua vez, almejaram, na República, a restauração de um Conselho de Estado que pudesse exercer as funções de *quarto poder* (Lynch, 2021b: 99-100). Afonso Arinos, ao olhar o espaço de experiência do país, não

admitia a possibilidade de o Supremo Tribunal conseguir exercer a função de *quarto poder*, projetando no Congresso o encargo de funcionar como protetor da Constituição, com a mudança da forma de governo rumo ao parlamentarismo (Franco, Pilla, 1999 [1958]). Explorar essas outras vertentes liberais exigiria, no entanto, expandir o escopo da pesquisa para além do seu recorte original, mas a digressão é necessária para ilustrar que, mesmo no espectro liberal, considerado de forma ampla, há certa divergência em relação à escolha do representante do *quarto poder*.

O recorte do pensamento liberal *judiciarista* pode dar a impressão, também para além do objeto da pesquisa, de ausência de outros espectros do pensamento político, como o socialista e o conservador, inclusive nos seus extremos ideológicos. Por razões de tempo e espaço, essas tradições não puderam ser incluídas na pesquisa, mas é possível imaginar, inclusive em parte pelos dados examinados, a multiplicidade de referentes que podem ser eleitos, todos com interpretação própria: o imperador; o Conselho de Estado; o presidente da República; as Forças Armadas; o Conselho de Segurança Nacional; o povo, etc.

No que diz respeito ao significado, os estratos temporais do conceito mobilizado pelos liberais revelam as sucessivas continuidades e rupturas interpretativas. Um primeiro atributo relevante do conceito de *quarto poder*, com origem em Montesquieu e Benjamin Constant, e que seria adotado tanto por liberais, como Zacarias, quanto por conservadores, como o marquês de São Vicente e o visconde do Uruguai, era o de garantir a harmonia e o equilíbrio entre os poderes. Essa era a função precípua do Poder Moderador no Império, por meio do exercício da função abstrata insculpida no artigo 98 da Constituição de 1824 e das competências específicas dispostas nos nove incisos do artigo 101.

A queda do Império causou, como consequência inerente ao processo histórico, a extinção do Poder Moderador. Os judiciaristas encontraram um substituto na República, o Supremo, mas os atributos relevantes do conceito de *quarto poder* atinentes à harmonia e ao equilíbrio dos poderes exigiriam um longo e complexo processo de ressignificação. A mudança do referente demandava novos significados para definir o mesmo conceito.

Com a transplantação de modelos institucionais norte-americanos na República, a harmonia entre os poderes começou a ser vislumbrada pelos liberais judiciaristas de um modo particular: a função incumbiria ao Supremo Tribunal Federal por meio do controle de constitucionalidade. Incorporado à realidade brasileira especialmente pelos discursos de Rui e Lessa, o *judicial review* assumiu coloração específica pelos julgamentos de casos políticos no Supremo, em um cenário em que a defesa das liberdades individuais ganhou terreno fértil, em vista das frequentes decretações de estado de sítio.

O controle de constitucionalidade no caso concreto, de acordo com as regras do modelo estadunidense, era mobilizado por Rui e Lessa em especial para atacar atos ilegais e inconstitucionais do Executivo, e não propriamente leis votadas pelo Congresso. Ainda que muito citado, o caso *Marbury v. Madison* guardava, assim, suas distâncias em relação à maioria dos episódios levados ao Supremo no Brasil, tendo em vista que no precedente americano a declaração de inconstitucionalidade recaiu, ao fim das contas, sobre uma lei, e não se discutiu liberdade individual. Por aqui, o julgamento de casos políticos pela Corte pouco ou nada diziam respeito a conflitos entre o Legislativo e o Executivo, como ocorreu em *Marbury v. Madison*, mas à proteção de direitos individuais em situações, na Primeira República, em que os poderes agiam conjuntamente, ainda que por omissão de um deles, notadamente do Legislativo, em detrimento das garantias constitucionais.

Dessa época áurea, o liberalismo, como ideologia política, caiu na profunda crise das décadas de 1920 e 1930. A nova conjuntura exigiu dos liberais uma defesa crítica da interpretação de instituições e de conceitos como o de *quarto poder*. Ainda que sob o pilar da renovação ou do renascimento ideológico, autores e atores como Levi Carneiro não desistiram de defender instituições como o Supremo Tribunal Federal e os significados a ele antes conferido linguisticamente. Mais do que pensar em novos atributos relevantes, as circunstâncias exigiam dos judiciaristas a conservação do discurso em prol das funções já confiadas ao conceito, como o controle de constitucionalidade na defesa de liberdades individuais.

Apesar da crise da definição liberal do conceito de *quarto poder*, o seu referente ganharia nova atribuição no velho mundo pelos escritos como os de Kelsen e sua atuação na Corte da Áustria. Pelo controle abstrato de constitucionalidade, diferentemente do que acontecia no modelo americano, a própria lei poderia ser fulminada e deixar de existir no ordenamento jurídico. A prática, que já havia sido retratada como nociva por Benjamin Constant e Tocqueville em contextos diversos, depois da Revolução Francesa, seria vista igualmente com desconfiança pelos membros da Subcomissão do Itamaraty.

A suspeita alcançou até os liberais que mais enfaticamente ali postularam o papel do Supremo para funcionar como o árbitro dos conflitos da República, como Mangabeira. Apesar de defensor da ideia de avançar com o judiciarismo ruiano, o conterrâneo de Rui tinha preocupações mais próximas do seu liberalismo de viés social, ligadas à importância dos poderes representativos e especialmente aos avanços sociais. Neste viés, era essencial não aceitar que o Supremo, no Brasil, cometesse os mesmos equívocos da Suprema Corte dos Estados Unidos em sua fase conservadora, presa ao economicismo do *laissez-faire*.

O controle austríaco de constitucionalidade das leis seria incorporado ao sistema

constitucional brasileiro em 1965, mediante proposição do próprio Supremo após o golpe de 1964. A novidade continuaria a ser encarada com certa desconfiança por liberais como Aliomar Baleeiro, para quem o mecanismo deveria ser manejado com cautela e prudência, para não se correr o risco de o Tribunal entrar em conflito com os outros poderes ou ainda de cair na tentação do governo dos juízes.

A ferramenta, que até então era uma competência exclusiva do Supremo, como *quarto poder*, e não de todos os órgãos colegiados do Poder Judiciário, como seria depois, a partir de 1988, não parece ter tido muita utilização no período mais propício ao Supremo naquele contexto, até 1968. De qualquer maneira, o instrumento abria o núcleo conceitual para outra atribuição que ficaria apenas latente naquelas circunstâncias, muito embora já tivesse sido vislumbrada por Rui desde a Primeira República: a de, para além de garantir as liberdades individuais, manter a integridade do próprio sistema jurídico-constitucional.

A ideia de aperfeiçoamento do direito pelo exercício da atividade jurisdicional, uma função que costumava ser repelida ao *quarto poder* judiciarista por ser considerada uma potencial usurpação da função legislativa, começava a reaparecer no horizonte como uma possível atribuição do conceito, inclusive pela ideia divulgada por Rui de que os precedentes do Supremo poderiam ter mais força e simbolismo do que meras disposições constitucionais. A despeito das reservas de Aliomar Baleeiro, Nunes Leal não titubeou, por exemplo, ao sugerir a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 128, de 31 de janeiro de 1967, discutido no caso da Companhia de Docas da Bahia; e ao aconselhar a votação, no Supremo, da (in)constitucionalidade do Ato Institucional nº 2 de 1965.

Por outro lado, noções como a de Mangabeira sobre a necessidade de defesa dos interesses sociais, ou ao menos a imperiosidade de o *quarto poder* não impedir os avanços sociais, parecem ter ficado mais longe do núcleo conceitual judiciarista, talvez em razão do processo de especialização ideológica, que pode ter transferido esta preocupação mais para o lado dos socialistas. Os estratos temporais do conceito tornavam-se, de tal modo, mais complexos, admitindo que alguns significados fossem abandonados e outros novos fossem atribuídos à noção geral de manutenção do equilíbrio entre os poderes, com a substituição das atribuições específicas do Poder Moderador por novas competências particulares ao Supremo.

A defesa de liberdades individuais, ameaçadas principalmente por atos do Poder Executivo, seria um atributo relevante do conceito de *quarto poder* que permaneceria no núcleo conceitual dos judiciaristas praticamente ao longo de todo o tempo, e em especial nas épocas em que as garantias constitucionais estiveram mais ameaçadas. Foi o caso, por exemplo, dos governos militaristas de Floriano e Hermes; do Estado Novo; e após o golpe de 1964. Nessas

épocas, os discursos de Rui, Mangabeira e Nunes Leal apresentavam os mesmos alicerces no que diz respeito à obrigação de proteção de direitos individuais em face de atos arbitrários. A postura do Supremo, no entanto, flutuou significativamente.

Esse breve roteiro dos possíveis significados do conceito de *quarto poder* e dos seus estratos temporais revela que os dados e métodos da pesquisa permitiram alcançar o objetivo de entender o conceito nos seus dois aspectos basais: o referente e o significado. De todo modo, haja vista suas limitações inerentes, é difícil admitir que os significados, em especial, estejam limitados aos resultados. Ao menos em relação aos autores e atores selecionados, as conclusões são sólidas, mas não dispensam, para uma compreensão do discurso judicialista como um todo, o estudo de mais autores e atores para a confirmação, ou não, das conclusões e hipóteses aqui estabelecidas.

Por fim, há dois aspectos interligados que igualmente merecem uma explicação adicional, ainda que breve, e mesmo que não estejam no escopo original da tese: 1) o uso do conceito e sua conexão com a democracia representativa e; 2) algumas implicações do uso presente do conceito que estão, de certa forma, ligadas ao ponto anterior. O primeiro aspecto deriva de achados da pesquisa e o segundo, embora não carregue esta condição, parece-me uma imperiosidade analítica do método, especialmente o da história conceitual ou filosófica do político.

\* \* \*

A previsão do artigo 98 da Constituição de 1824 de que o Poder Moderador era “delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante”, permitia que conservadores como o marquês de São Vicente e o visconde do Uruguai definissem-no, em termos bastante semelhantes, como a suprema inspeção da nação, o alto direito que ela teria, e que não poderia exercer por si mesma, de examinar a atuação do poder político por ela delegado aos seus representantes (São Vicente, 1857: 204; Uruguai, 1862, tomo II: 61).

A definição conservadora transferia, assim, ao imperador, o poder de vigilância sob os demais poderes, diante da impossibilidade de a nação exercê-lo, e por ser ele o seu primeiro representante. A atividade do *quarto poder* abrangia e resolvia em si, portanto, uma possível aporia do sistema representativo. Àquela época, liberais como Zacarias, por outro lado, não conferiam tamanha representatividade ao imperador. Ainda que ele fosse, ao fim e ao cabo, “o juiz, o fiscal dos demais poderes” (Vasconcelos, 1862 [1860]: 43), a pergunta de quem vigiria

o vigilante ficava em evidência.

Ao questionamento aporético de Zacarias, conservadores como Uruguai também mobilizavam um argumento liberal a seu favor: o *quarto poder* estava submetido ao juízo moral da nação. A sujeição à opinião pública não era suficiente, porém, para o liberalismo radical de Luiz Gama, que decidia o paradoxo representativo do liberalismo moderado de Zacarias pela negação da premissa básica dos conservadores: o *poder moderador* não só poderia, mas deveria ser exercido pela própria sociedade (Gama, 2021 [1868]: 293).

Na República, o argumento da submissão do *quarto poder* à opinião pública teve seu retorno ao discurso liberal, sobretudo no judicialismo ruiano. Judicialistas como Rui e João Mangabeira não hesitavam em condenar decisões do Supremo Tribunal pelo apelo à opinião pública, fosse na imprensa, fosse no Congresso. No início da década de 1930, foi principalmente Mangabeira quem retomou e buscou resolver, ao menos parcialmente, por meio de uma proposta institucional na Subcomissão do Itamaraty, a questão levantada no Império por Zacarias de quem vigiria o vigilante. Em caso de conflito que não pudesse ser resolvido pelo sistema de representação a respeito do controle de constitucionalidade, seria o próprio povo, segundo sua proposta, quem decidiria a questão. Ao final das contas, o constituinte preferiu que a decisão do Supremo ficasse sob a batuta do Senado em caso de declaração de inconstitucionalidade, dentro, assim, de uma instituição representativa.

Com a queda de Vargas, e após uma era em que o *quarto poder* dos judicialistas não teve chances efetivas e reais de estar sob o escrutínio público, porque suas atribuições foram deslocadas no estado de coisas para o poder pessoal do presidente da República, o problema relativo à ligação entre o conceito e o sistema representativo parece ter atingido nova dimensão com a progressiva democratização do país. As disputas de interpretações começavam a se avivar dentro do próprio judicialismo. Se, para Baleeiro, o *quarto poder* deveria ser deferente e estar atento às deliberações do Legislativo; para Nunes Leal, por outro lado, não havia problemas em ultrapassar esta barreira e ele próprio, o *quarto poder*, representar e privilegiar a vontade do povo.

A visão de Victor Nunes Leal caminhava, assim, para além das ideias do discurso judicialista e assumia um contorno de novidade ao propor que o *guardião da constituição* deveria ter o poder de assumir a representação da própria opinião pública. Desta maneira considerado, o *quarto poder* dos judicialistas ganhava uma nova atribuição, e em grande medida contrária, mas não necessariamente contraditória, somada à velha ideia de que ele deveria funcionar como poder contramajoritário. Com o papel de interpretar a vontade do povo, ele passava a ter a incumbência conceitual não somente de garantir os interesses da minoria,

mas de representar a própria vontade geral. O sentido do conceito retomava, pelo lado dos judicialistas, parte do significado conservador *à la* São Vicente e Uruguai.

A Constituição de 1988 conferiu poderes ao Supremo, como instituição política, de alcance sem precedentes na história do país, incumbindo-lhe a tarefa precípua, segundo o artigo 102, de guarda da Constituição. Para os liberais judicialistas da atualidade é certo, pela soma de muitas variáveis, que o Supremo é o referente do conceito de *quarto poder*. Em relação aos significados, há cada vez mais atributos relevantes que lhe são conferidos ou reafirmados, se analisados diacronicamente, ainda que continuem a existir desacordos sobre seus limites. O encargo de criação do direito pelo Supremo em um país de tradição *civil law*, historicamente censurado no país, hoje assume, por exemplo, um lugar comum em discursos mais ativistas do judicialismo.

Embora o problema relativo ao referente e ao significado seja importante e esteja conectado diretamente ao objeto inicial da tese, não pretendo estender o recorte temporal da pesquisa para analisá-lo no presente. Mas há um ponto, interligado ao tópico anterior, que considero relevante fazer uma breve digressão, também para além do objetivo inicial da tese e sem nenhuma pretensão de esgotar a matéria: o discurso judicialista ativista que transmite ao Supremo o papel de representante direto dos interesses da vontade popular, e às vezes para além dela.

Uma das vozes mais autorizadas no país em defesa da ideia, se não a maior delas, é a de Luís Roberto Barroso, atual ministro do Supremo. Partindo (i) da premissa de que o modelo tradicional de divisão de poderes não dá mais conta de explicar o funcionamento do constitucionalismo contemporâneo e (ii) das ideias de Ronald Dworkin e Robert Alexy sobre a teoria do direito, Barroso sustenta que a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la como representação popular, daí a função representativa do Supremo Tribunal Federal (Barroso, 2015: 40-41). E não só. Ao *quarto poder* caberia, ainda, “interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história”, isto é, ele teria “o papel de vanguarda iluminista, encarregad[o] de empurrar a história quando ela emperra” (Idem: 42, 47).

Tendo em vista que ele considera que a assunção de tais papéis pelo Supremo também decorreria da crise de legitimidade do Poder Legislativo, sua postura poderia ser classificada como *ativista*, segundo a definição de Aliomar Baleeiro, que são aqueles que têm “inclinações no sentido da expansão da tarefa política do Judiciário, quer opondo-se à legislação do Congresso ou dos Estados, quer, no silêncio da legislação, suprindo-a por interpretação progressista e inovadora” (Baleeiro, 1972a: 10-11).

A ideia de que o *guardião da Constituição* deve, também, interpretar ou mesmo representar a vontade popular tem provocado críticas mais à esquerda, algumas já antigas. Seguindo a tradição francesa de certa suspeita em relação à atividade judicial, Antoine Garapon assevera, por exemplo, que a interferência judicial é um fenômeno possibilitado pelos próprios políticos, e o *terceiro poder* – utilizando a mesma terminologia de Marcel Gauchet – “enriquece-se com a discórdia dos dois primeiros, e o árbitro arrisca-se [...] a acabar devorando aqueles que a ele recorrem” (Garapon, 1999: 44).

Se, por um lado, os judiciaristas ativistas recorrem, no Brasil, à teoria alemã de Robert Alexy para defender uma maior atuação representativa do Supremo, a Alemanha também fornece alternativas à esquerda que questionam esta atribuição. É o caso da ideia, muito difundida por certos juristas brasileiros, da professora alemã Ingeborg Maus sobre a visão do “Judiciário como superego da sociedade” (Maus, 2010: 15-40). Para além das perspectivas psíquicas que relacionam a jurisdição à “sociedade órfã de pai” e da aceção que assume uma “veneração religiosa” a respeito do Judiciário, Maus faz suas críticas em relação ao Tribunal Constitucional Alemão, em especial por ter ele ascendido à posição de censor do legislador, de corretor do comportamento cívico, levando-o a se liberar até das vinculações da vontade popular. Neste viés, ela destaca que o Tribunal Constitucional Alemão “submete todas as demais instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios jurídicos suprapositivos por ele afirmados, enquanto ele mesmo isenta-se de todas as vinculações jurídicos-constitucionais” (Idem: 25).

Ainda mais à esquerda, há as perspectivas marxistas, como a do italiano Antonio Negri, igualmente muito difundida por alguns juristas brasileiros, de que Poder Judiciário e as Cortes Constitucionais, em geral, a partir do modelo dos Estados Unidos, funcionam como arcabouços institucionais de aprisionamento da potência da multidão (Negri, 2005: 254-256). A eleição de um árbitro judicial que decide, por último, e sem apelo à soberania popular, é vista como um dos meios de bloqueio da expressão direta do poder constituinte.

A referência a Garapon, Maus e Negri é proposital. Ela serve de contraponto, à esquerda, à perspectiva posta na introdução, à direita, do questionamento do *quarto poder* dos liberais judiciaristas. Mas, para terminar, parece-me oportuno voltar aos liberais que deram suporte não só à recepção do conceito no Brasil, mas também àqueles que, mais recentemente, e para fazer jus ao aspecto cospomolita do liberalismo, interpretam-no na chamada *escola francesa do político* (Lynch, 2010a: 9-35). Neste ponto faço menção a, mais especificamente, Benjamin Constat e à interpretação que dele faz Marcel Gauchet sobre a representatividade popular do árbitro dos conflitos políticos.

Em *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*<sup>42</sup>, provavelmente redigido entre 1795 e 1810, Constant dizia que o *pouvoir neutre* não deveria ter nenhuma relação com os indivíduos e deveria ser “independente do povo” (Constant, 1997: 102). Isso porque, a partir do momento em que o *poder moderador* passa a ser direta e explicitamente o “braço armado do povo”, ele deixa de ser um árbitro (Gauchet, 1995: 276). Mas a questão é mais complexa porque, a despeito disso, e ainda segundo esta ideia, o *guardião da Constituição* deve garantir a boa harmonia entre a sociedade e os seus representantes. Por este ângulo, o problema assume a forma de um paradoxo, na medida em que, para que atenda à vontade popular, o *pouvoir neutre* deve ser independente dela e subtraído de seu controle (Idem).

O paradoxo pode ser rapidamente desfeito quando se elimina uma das premissas que levam à contradição. Uma dessas formas consiste em apoiar a legitimidade do *quarto poder* na sua capacidade de convencimento de um *auditório*, por exemplo (Barroso, 2015: 32). É certo, a democratização de uma sociedade exige pensar e instituir instrumentos que possibilitem colocar nas mãos da própria sociedade, cada vez mais, um maior controle e participação nas decisões públicas. Mas o problema que é posto novamente na pauta do dia e que está longe de ser meramente teórico, até em relação às funções do *quarto poder* – onde quer que ele seja alocado –, é o mesmo de sempre para os liberais: como garantir as liberdades em um governo popular, democrático? Não vejo como responder à questão sem cair em outro problema, já ilustrado por Gauchet (1995: 13)

Penser la démocratie aujourd'hui, c'est devoir penser la *convergence* des deux révolutions de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. C'est, autrement dit, devoir affronter la question de savoir comment s'opère l'articulation de cet horizon final que représente la puissance de la collectivité sur elle-même, expression suprême de la puissance primordiale attachée aux individus, avec la pratique d'un régime à base de limitation des pouvoirs les uns par les autres. L'avenir de la démocratie, si étrange ou hérétique que l'idée puisse paraître, est dans l'association de Montesquieu et de Rousseau, dans l'hybridation qui achèvera de faire entrer l'absolu de la souveraineté dans les prudentes institutions de la liberté<sup>43</sup>.

<sup>42</sup>O ensaio *Fragments de uma obra abandonada sobre a possibilidade de uma Constituição republicana em um grande país* foi publicado apenas em 1991, ainda sem edição traduzida para a língua portuguesa.

<sup>43</sup>Com tradução livre para “Pensar a democracia atualmente é pensar na *convergência* das duas revoluções do final do século XVIII. É, em outras palavras, enfrentar a questão de saber como a articulação desse horizonte final que representa o poder da coletividade sobre si mesma, expressão suprema do poder primordial atribuído aos indivíduos, opera com a prática de um regime baseado sobre a limitação de poderes entre si. O futuro da democracia, por mais estranha ou herética que pareça a ideia, está na associação de Montesquieu e Rousseau, na hibridização que trará o absoluto da soberania às prudentes instituições da liberdade”.

## REFERÊNCIAS

- ACC – Anais do Congresso Constituinte de 1890-1891.
- AANC – Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934.
- ALBUQUERQUE, Antonio Joaquim Pires de Carvalho e. *Culpa e Castigo de um Magistrado*. Rio de Janeiro: Pap. Cruzeiro, 1931.
- ALECRIM, Octacílio. *Ideias e instituições no Império: influências francesas*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1953.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes Leal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.
- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5. ed. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ARON, Raymond. *Théories sociologiques des démocraties, aspect politique des sociétés modernes*. Emissão radiofônica 12/19. Primeira difusão: 10.mar.1958, Radio Sorbonne. Paris: Radio France, France Culture, 20.abr.2022.
- AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional: atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933*. Brasília: Senado Federal, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. A função política do judiciário, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 5-14, 1972a.
- BALEEIRO, Aliomar. *A política e a mocidade*. 2. ed. Bahia: Livraria Progresso, 1957.
- BALEEIRO, Aliomar. A reforma do Judiciário, *Digesto econômico*, v. 32, n. 241, p. 67-83, jan./fev. 1975a.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 34, p. 9-47, jul. 1972b.
- BALEEIRO, Aliomar. Poder Judiciário, *Revista de direito administrativo*, n. 107, p. 1-13, jan./mar. 1972c.
- BALEEIRO, Aliomar. Rui e a Constituição, *Revista forense: comemorativa, 100 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 515-526.

BALEEIRO, Aliomar. *Rui, um estadista no Ministério da Fazenda*. Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1952.

BALEEIRO, Aliomar. Uma nova estrutura do Judiciário e o STF, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 41, p. 93-124, jul. 1975b.

BARBOSA, Francisco de Assis (Org.). *Ideias políticas de João Mangabeira: a ordem constitucional e a luta contra o Estado Novo*. 2. vol. Brasília, Rio de Janeiro: Senado Federal; Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980.

BARBOSA, Rui. *A constituição e os atos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893.

BARBOSA, Rui. *Campanha presidencial*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e da Cultura, 46 v, t. 1, 1956.

BARBOSA, Rui. *Cartas de Inglaterra*. Rio de Janeiro: Typ. Leuzinger, 1896.

BARBOSA, Rui. *Contra o militarismo: campanha eleitoral de 1909 a 1910 (primeira série)*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1910.

BARBOSA, Rui. *O artigo 6º da Constituição e a intervenção de 1920 na Bahia*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 47 v (1920), t. 3, 1975.

BARBOSA, Rui. *O artigo 6º da Constituição e a intervenção de 1920 na Bahia*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 47 v (1920), t. 4, 1976.

BARBOSA, Rui. *O caso da Bahia: petições de habeas corpus*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 39 v (1912), t. 1, 1950.

BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

BARBOSA, Rui. *O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892.

BARBOSA, Rui. O habeas corpus: sua feição jurídica, e sua evolução no direito público brasileiro, *Revista do Supremo Tribunal Federal*, v. 3, p. 5-11, jan./jun. 1915.

BARBOSA, Rui. *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Companhia Aguilar, 1966.

BARBOSA, Rui. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARBOSA, Rui. *Ruínas de um governo*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931.

BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 25 v (1898), t. 4, 1948.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 24-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1990.

BASTOS, José Tavares. *A província: estudo sobre a descentralização no Brasil*. Rio de Janeiro, Paris: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1870.

BASTOS, José Tavares. *Cartas do solitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. da Actualidade, 1863.

BASTOS, José Tavares. *O habeas-corpus na República*. Rio de Janeiro, Paris: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1911.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A UDN e o udenismo: ambiguidades do liberalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

BLIKSTEIN, Izidoro. *Kaspar Hauser ou a fabricação da realidade*. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.

BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, O ofício do historiador*. Prefácio de Jacques Le Goff, apresentação à edição brasileira de Lília Moritz Schwarcz; tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, promove alterações na Constituição de 1946.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, dá poderes ao presidente da República para decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

BRASIL. Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional nº 5 e ratifica as disposições feitas por Atos Complementares.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, organiza a justiça federal.

BRASIL. Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Decreto nº 19.711, de 18 de fevereiro de 1931, aposenta ministros do Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939, confirmação da incidência do imposto de renda.

BRASIL. Decreto-Lei nº 128, de 31 de janeiro de 1967, dispõe sobre a alienação de imóveis integrantes dos acervos das empresas concessionárias dos serviços portuários.

BRASIL. Presidência da República. *Pronunciamento do Presidente Costa e Silva*. Brasília: Secretaria de Imprensa e divulgação da Presidência da República, 1983.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 111*. Relator Ministro Arthur Ribeiro, julgado em 21 de agosto de 1935b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 jun.1941.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, sessão extraordinária, *Diário da Justiça*, Brasília, p. 1, 25 ago.1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, sessão extraordinária, *Diário da Justiça*, Brasília, p. 1, 14 fev.1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em habeas corpus nº 26.330*. Relator Ministro Costa Manso, julgado em 11 de janeiro de 1937. Originário do *habeas corpus nº 7.945*, Supremo Tribunal Militar. Relator Cardoso de Castro, julgado em 23 de novembro de 1936.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reforma judiciária*. Presidência do ministro Ribeiro da Costa, 10 de junho de 1965a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório dos trabalhos realizados pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1965*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1965b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de injunção nº 7.311*. Relator Ministro Luís Barroso, julgado em 10 de junho de 2020, 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.457*. Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 12 de junho de 2020, 2020b.

BROSSARD, Paulo. Centenário da Proclamação da República, *Revista de Informação*

*Legislativa*, a. 27, n. 106, p. 5-26, abr. / jun. 1990.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução na França*. Tradução de Marcelo Gonzaga de Oliveira e Giovanna Louise Libralon. Campinas: Vide Editorial, 2017.

CANECA, Joaquim do Amor Divino Rabelo, o Frei. *Obras políticas e literárias*. Recife: Typographia Mercantil, 1875.

CARNEIRO, Levi Fernandes. A nova constituição, *Arquivo Judiciário*, v. 32, out./dez. 1934a, suplemento, p. 7-15.

CARNEIRO, Levi Fernandes. Ainda a crise do Supremo Tribunal Federal, *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, v. 1, n. 2, p. 1-26, ago. 1943a.

CARNEIRO, Levi Fernandes. Aspectos do momento jurídico, *Arquivo Judiciário*, v. 10, abr./jun. 1929, suplemento, p. 81-95.

CARNEIRO, Levi Fernandes. *Conferências sobre a Constituição*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936a.

CARNEIRO, Levi Fernandes. Discurso de posse no Instituto dos Advogados, *Arquivo Judiciário*, v. 8, out./dez. 1928, suplemento, p. 81-97.

CARNEIRO, Levi Fernandes. *Do Judiciário Federal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1916.

CARNEIRO, Levi Fernandes. *Dois arautos da democracia: Rui Barbosa e Joaquim Nabuco*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1954.

CARNEIRO, Levi Fernandes. Epitácio Pessoa, *Arquivo judiciário*, v. 63, jul./set. 1942, suplemento, p. 27-32.

CARNEIRO, Levi Fernandes. *Federalismo e judiciarismo*. Rio de Janeiro: Editora Alba, 1930a.

CARNEIRO, Levi Fernandes. O imperador e o federalismo, *Revista de direito público e de administração federal, estadual e municipal*, v. 12, n. 3, p. 255-267, set. 1926.

CARNEIRO, Levi Fernandes. *O livro de um advogado*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1943b.

CARNEIRO, Levi Fernandes. O poder judiciário na constituição nova, *Arquivo Judiciário*, v. 30, abr./jun. 1934b, suplemento, p. 173-183.

CARNEIRO, Levi Fernandes. Organização constitucional brasileira, *Arquivo Judiciário*, v. 15, jul./set. 1930b, suplemento, p. 119-134.

CARNEIRO, Levi Fernandes. *Pareceres do Consultor Geral da República*. vol. 1 (dezembro de 1930 a junho de 1931). Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1953.

- CARNEIRO, Levi Fernandes. *Pela nova constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1936b.
- CARNEIRO, Levi Fernandes. Sentido da reorganização constitucional, *Arquivo Judiciário*, v. 75, jul./set. 1945, suplemento, p. 31-38.
- CARNEIRO, Mariana; SETO, Guilherme. Ives Gandra diz que atuação do STF pode fazer Forças Armadas intervirem no país, *Folha de São Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/05/ives-gandra-diz-que-atuacao-do-stf-pode-fazer-forcas-armadas-intervirem-no-pais.shtml>, 18.mai.2020. Acesso em: 24.out.2022.
- CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- CARVALHO, José Murilo. *Forças armadas e política no Brasil*. São Paulo: Todavia, 2019.
- CARVALHO, José Murilo. *Liberalismo, radicalismo e republicanismo nos anos sessenta do século XIX*. Oxford: Working Paper, Centre for Brazilian Studies, University of Oxford, 2007.
- CARVALHO, José Murilo. Rui Barbosa e a razão clientelista, *Dados*. vol. 43, n. 1. Rio de Janeiro, 2000.
- CASSIMIRO, Paulo Henrique Paschoeto. A impossível liberdade dos antigos: Germaine de Staël, Benjamin Constant e o nascimento da cultura liberal pós-revolucionária na França, *Revista Estudos Políticos*, v. 7, p. 5-25, 2016.
- CAVALCANTE, Berenice. *Passaporte para o futuro: Afonso Arinos de Melo Franco, um ensaísta da República*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2006.
- CHALOUB, Jorge Gomes de Souza. *O liberalismo entre o espírito e a espada: a UDN e a República de 1946*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Tradução do latim Angélica Chiapera; revisão da tradução Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CONSTANT, Benjamin. *Écrits politiques: textes choisis, présents et annotés par Marcel Gauchet*. Paris: Gallimard, 1997.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.

COSTA, Álvaro Moutinho Ribeiro da. Supremo Tribunal Federal – Reforma judiciária, *Revista de Direito Administrativo*, v. 81, p. 476-490, 1956.

COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: primeiro volume (1892-1925)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964a.

COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: segundo volume (1929-1948)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964b.

COSTA, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: terceiro volume (1947-1955)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964c.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006.

DEWEY, John. *Liberalism and social action*. New York: Capricorn Books, 1963.

Faoro, Raymundo. *Assembleia constituinte: a legitimidade recuperada*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

Faoro, Raymundo. Existe um pensamento político brasileiro? *Estudos avançados*, v. 1, n. 1, p. 9-58, out./dez. 1987.

Faoro, Raymundo. *Existe um pensamento político brasileiro?* São Paulo: Ática, 1994.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FAUSTO, Bori. *Trabalho urbano e conflito social: 1890-1920*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

FRANÇA, Geminiano da. *O Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1931.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Evolução da crise brasileira*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Um Estadista da República: Afrânio de Melo Franco e seu tempo*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1955.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo; PILLA, Raul. *Presidencialismo ou parlamentarismo?* Brasília: Senado Federal, 1999.

FREEDEN, Michael. *Entre libéralisme et socialisme, Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n. 84, *La liberté*, p. 45-59, jan.1998.

FREEDEN, Michael. *Ideology: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

FREEDEN, Michael. *Ideologies and Political Theory: a conceptual approach*. Oxford: Clarendon, 1996.

FRELLER, Felipe. Madame de Staël, Benjamin Constant e a reavaliação do arbítrio após o golpe do 18 frutidor. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (online), v. 34, p. 1-19, 2019.

FURET, François. *A oficina da história*. Tradução de Felipe Jarro revista por Adriano Duarte Rodrigues. Lisboa: Gradiva, 1986.

GABAGLIA, Laurita Pessoa Raja. *Epitácio Pessoa (1865-1942)*. v. 1 e 2. Rio de Janeiro, José Olympio: 1951.

GAMA, Luiz. *Democracia (1866-1869)*. Obras completas (Org. Bruno Lima). São Paulo: Hedra, 4 v, 2021.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GAUCHET, Marcel. *La révolution des pouvoirs: la souveraineté, le peuple et la représentation*. Paris: Gallimard, 1995.

GUILHAUMOU, Jacques. De l'histoire des concepts à l'histoire linguistique des usages conceptuels, *Genèses*, v. 38, n. 1, p. 105-118, 2000.

BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 231-269, 2005.

JEFFERSON, Thomas. *The Essential Jefferson*. Editado por John Dewey. New York: Dover Publications, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist. Edited, with introduction and historical commentary, by J. R. Pole*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2005.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2007.

JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares. *RBCS*, v. 20, n. 57, p. 27-57, fev.2005.

JOÃO MANGABEIRA NA UNB, CONFERÊNCIA, COMENTÁRIOS E DEBATES DE UM SIMPÓSIO REALIZADO DE 03 A 06 DE NOVEMBRO DE 1981. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

JUNQUEIRA, Eduardo. Enéas Galvão. In: Centro de pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro*. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/GALV%C3%83O,%20Eneias.pdf>. Acesso em: 04.jan.2023.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLEIBER, M. Georges. Sens, référence et existence : que faire de l'extra-linguistique?, *Langages*, n. 127, 1997, p. 9-37.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução de Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. *História de conceitos: estudos sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social*. Tradução de Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. Tradução de Manoel Luis Salgado Guimarães, *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, p. 134-146, 1992.

LABOULAYE, Édouard René Lefebvre de. *Questions constitutionnelles*. Paris: Charpentier, 1872.

LACERDA, Maurício de. *A evolução legislativa do direito social brasileiro*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

LAMOUNIER, Bolívar. Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República, uma interpretação (1977). In. FAUSTO, Boris (Org.). *História Geral da Civilização Brasileira: o Brasil Republicano*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, v. 9, 2006.

LAMOUNIER, Bolívar. *Liberais e antiliberais: a luta ideológica do nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LAMOUNIER, Bolívar. *Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

LATTMAN-WELTMAN, Fernando. *A política domesticada: Afonso Arinos e o colapso da democracia em 1964*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LEAL, Victor Nunes. Algumas questões pertinentes ao mandado de segurança, *Revista forense*, v. 46, n. 124, p. 5-16, jul./ago. 1949.

LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária, *Revista de Informação Legislativa*, v. 2, n. 7, p. 15-46, set. 1965a.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal, *Revista de direito administrativo*, n. 78, p. 453-459, out./dez. 1964.

LEAL, Victor Nunes. Ciência política, *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. 2, n. 1, p. 14-33, jan./jul. 1959.

LEAL, Victor Nunes. Comentários: atos discricionários e funções quase judiciais da administração, *Revista de direito administrativo*, v.2, n. 1, p. 124-143, jul. 1945.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: O município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEAL, Victor Nunes. Funções normativas de órgãos judiciários, *Revista de Direito Administrativo*, v.6, p. 326-360, out. 1946a.

LEAL, Victor Nunes. O exame, pelo judiciário, da “legalidade” dos atos administrativos, *Revista de Direito Administrativo*, v.3, jan. 1946b, p. 70-98.

LEAL, Victor Nunes. O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal, *Revista dos Tribunais, São Paulo*, v. 54, n. 360, p. 7-19, out. 1965b.

LEAL, Victor Nunes. Poder constituinte, *Revista de Direito Administrativo*, v. 3, p. 475-492, 1946c.

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação de administração, *Revista de Direito Administrativo*, v.14, p. 52-82, out./dez. 1948.

LEAL, Victor Nunes. Supremo Tribunal: a questão do número de juízes, *Revista dos Tribunais, São Paulo*, v. 54, n. 359, p. 7-21, set. 1965c.

LENIN, Vladimir Ilitch. *Esquerdismo, doença infantil do comunismo*. São Paulo: Anita Garibaldi, 2004.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário: direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LESSA, Pedro. *Reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Brasileira Lux, 1925.

LESSA, Renato. A Invenção Republicana, *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 9-38, 2000.

LINS, Edmundo. Pedro Lessa, *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 38, n. 158, p. 190-198, abr./jun. 1981.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. Edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). *Supremo Tribunal de Justiça do Império: 1828-1889*. SP: Saraiva; Direito GV, 2010.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril. A democracia como problema: Pierre Rosanvallon e a

Escola Francesa do Político. In: Pierre Rosanvallon. (Org.). *Por uma História do Político*. São Paulo: Alameda, p. 9-35, 2010a.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da “revolução judiciarista”: os tenentes agora vestem toga, *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, v. 79, p. 158-168, 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Bolsonaro expõe autoritarismo de neoliberais e nova “jornada de otários” de liberais, *Folha de São Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2021/03/bolsonaro-expoe-autoritarismo-de-neoliberais-e-nova-jornada-de-otarios-de-liberais.shtml>, 20.mar.2021, 2021a. Acesso em 24.out.2022.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Cartografia do pensamento político brasileiro: conceito, história, abordagens, *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, p. 75-119, jan./abr. 2016.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Alameda, 2014a.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Liberalismo Monárquico e o Conservadorismo Republicano: a democracia impossível de Rui Barbosa, *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, Rio de Janeiro, p. 39-66, dez. 2010b.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o judiciarismo e o autoritarismo: O espectro do poder moderador no debate político republicano (1890-1945), *História do Direito: RHD*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 82-116, jul./dez. 2021b.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Idealismo e realismo na teoria política e no pensamento político brasileiro: três modelos de história intelectual, *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 34, p. 1-57, 2021c.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do marquês de Caravelas (1821-1836)*. Belo Horizonte: UFMG, 2014b.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Nada de novo sob o sol: teoria e prática do neoliberalismo brasileiro, *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, v. 91, p. 16-34, 2020.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Necessidade, contingência e contrafactualidade. A queda do Império reconsiderada, *Topoi*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 38, p. 190-216, mai./ago. 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, p. 149-196, v. 27, n. 78, fev.2012.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *O momento monarquiano: O Poder Moderador e o Pensamento Político Imperial*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2007.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do

Conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824), *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, 2005, p. 611-654.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O espectro do poder moderador no debate político republicano (1890-1945), *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, v. 97, p. 50-63, 2022.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933: Um estudo de direito comparado, *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 188, p. 93-111, out./dez. 2010c.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O momento oligárquico: a construção institucional da República brasileira (1870-1891). *Historia Constitucional (Oviedo)*, v. 12, p. 297-325, 2011a.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Por que pensamento e não teoria? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970). *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 727-767, 2013.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Saquaremas e Luzias: a sociologia do desgosto com o Brasil, *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, v. 55, p. 21-37, 2011b.

MANGABEIRA, Francisco. *João Mangabeira: República e socialismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MANGABEIRA, João. *A oração do paraninfo*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1984.

MANGABEIRA, João. *Em torno da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MANGABEIRA, João. *Rui: o estadista da República*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

MAUS, Ingeborg (Org.). *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MCCLOSKEY, Robert Green. *The American Supreme Court*. 3. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

MEDEIROS, Borges. *O poder moderador na república presidencial*. Caxias do Sul: EDUSC, 2002.

MELLO, Americo Brasiliense de Almeida e. *O Programa dos Partidos e o 2º Império*. São Paulo: Typographia de Jorge Seckler, 1878.

MENDES DE ALMEIDA, Candido. *Pronunciamentos parlamentares 1871 a 1873*. Tomo I. Brasília: Senado Federal, 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, *Revista de Informação Legislativa*, a. 34, n. 134, p. 11-39, abr. / jun. 1997.

MENDONÇA, Carlos Süssekind de. *Salvador de Mendonça: democrata do Império e da República*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1960.

MENEZES, Jayme de Sá. *Vultos que ficaram: os irmãos Mangabeira*. Salvador: MF Editora, 1977.

MILL, John Stuart. *O Governo Representativo*. Tradução de Manoel Innocêncio de Lacerda Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas: Vide Editorial, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Oeuvres complètes de Montesquieu*. Nouvelle édition, mise en ordre et collationnée sur les textes originaux par J. Ravenel. Paris: L. de Bure, Libraire, 1834.

NABUCO, Joaquim. *Balmaceda*. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1895.

NADA DE SENTIMENTALISMOS, *A Esquerda*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 871, 8.nov.1930, 1930a.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NUNES, Castro. *Do Mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

O INSTITUTO DOS ADVOGADOS E A DISSOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *A Esquerda*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 872, 10.nov.1930, 1930b.

OGDEN, C. K.; RICHARDS, I. A. *The Meaning of Meaning*. New York: Harvest Book, 1946.

OTONI, Teófilo Benedito. *Circular dedicada aos Srs. eleitores de senadores pela Província de Minas Gerais*. Rio de Janeiro: Typ. do Correio Mercantil de M. Barreto, Filhos & Octaviano, 1860.

OTONI, Teófilo Benedito. *Discursos parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1979.

PAUL, Joel Richard. *Without Precedent: Chief Justice John Marshall and His Times*. New York: Riverhead Books, 2018.

PEREIRA, Wingler Alves. O dilema do pensamento constitucional brasileiro: *tupi or not tupi*, *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2018, p. 297-322.

PESSOA, Epitácio. *Obras completas de Epitácio Pessoa*, v. 3: acórdãos e votos no Supremo

Tribunal Federal, Regimento Interno. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1955.

PESSOA, Epiácio. *Obras completas de Epiácio Pessoa*, v. 18: mensagens especiais, vetos, discursos, notas e despachos. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1956.

PESSOA, Epiácio. O habeas corpus na reforma constitucional, *Revista forense*, v. 46, fascículos 271 a 276, p. 169-172, jan./jun. 1926.

PINTO, Surama Conde Sá. Irineu Machado. In: Centro de pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro*. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/MACHADO,%20Irineu%20de%20Melo.pdf>. Acesso em: 04.jan.2023.

POCOCK, John. *Linguagens do ideário político*. São Paulo: EDUSP, 2003.

PONTES, Felipe. Toffoli diz que Forças Armadas não podem ser poder moderador, *Agência Brasil*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-06/toffoli-diz-que-forcas-armadas-nao-podem-ser-poder-moderador>, 20.jun.2020. Acesso em: 24.out.2022.

POUND, Roscoe. *The Administrative Applications of Legal Standards*. Gale, Making of Modern Law, 2010.

PRESTES, Luís Carlos. *Aos Revolucionários do Brasil*. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/prestes/1930/11/06.htm>, 6.nov.1930. Acesso em: 22.nov.2022.

QUEIROZ, Gustavo. O que é o artigo 142, citado por Bolsonaro ao falar em intervenção das Forças Armadas, *Estadão*. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/o-que-e-o-artigo-142-citado-por-bolsonaro-ao-falar-em-intervencao-das-forcas-armadas>, 07.set.2022. Acesso em: 26.dez.2022.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *A crise do poder no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1961.

RAMOS, Alberto Guerreiro. A inteligência brasileira na década de 1930, à luz da perspectiva de 1980. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL, set. 1980, Rio de Janeiro. *Anais do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983, p. 529-547.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *A redução sociológica*. 3. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Andes Limitada, 1957.

RÉ, Flávia Maria. *Ideias em ação: liberalismo e reforma no pensamento político de Rui Barbosa*. 2016. 463 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

RECONDO, Felipe. *Tanques e togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das

Letras, 2018.

REZEK, José Francisco. *José Francisco Rezek I* (depoimento, 2013). Rio de Janeiro, CPDOC/Fundação Getulio Vargas (FGV), (5h 40min).

RIBEIRO, João Coelho Gomes. *A Gênese Histórica da Constituição Federal: Subsídios para sua interpretação e Reforma. (Os Ante-Projectos, Contribuições e Programas)*. Rio de Janeiro: Off. Gráficas da Liga Marítima Brasileira, 1917.

ROCHA, Leonel Severo da. A democracia em Rui Barbosa. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, v. 17, n. 32, p. 24–29, 1996.

ROCHA, Leonel Severo da. A institucionalização do republicanismo no Brasil: o papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891. In: *Entre discursos e culturas jurídicas*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, STRECK, Lenio Luiz (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis (1891-1898)*, tomo I. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa do federalismo (1899-1910)*, tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991a.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: doutrina brasileira do habeas-corpus (1910-1926)*, tomo III. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991b.

ROOSEVELT, Theodore. *A Charter of Democracy*. Washington Govt. print. off, 1919. Disponível em <https://www.loc.gov/item/19027679/>. Acesso em: 20 nov.2021.

ROSA, Ana Silva. Da monarquia parlamentar à república dos legistas: liberalismo e judicialismo no pensamento político de Rui Barbosa, *Anais do 45º Encontro Anual da ANPOCS*, 2021a.

ROSA, Ana Silva. Entre a “muralha da liberdade” e o “castelo inexpugnável”: a organização da Justiça no Brasil Império, *Leviathan* (São Paulo), n. 16, 2021b, p. 1-42.

. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. Pour une histoire conceptuelle du politique (note de travail), *Revue de Synthèse*, IV, n. 1-2, ROSANVALLON, Pierre p. 93-105, jan./jun. 1986.

ROSAS, Roberto. *Pedro Lessa: o Marshall brasileiro*. Brasília: Horizonte, 1985.

ROSAS, Roberto. Pedro Lessa e o Poder Judiciário, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 19, n. 22, p. 133-140, jul./set. 2002.

ROSAS, Roberto. Pedro Lessa e sua atuação no Supremo Tribunal Federal, *Revista da*

*Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 9, n. 8, p. 179-192, jul./dez. 1995.

ROSENFELD, Luis. *Transformações do pensamento constitucional brasileiro: a história intelectual dos juristas da Era Vargas (1930-1945)*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), 2019.

ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Brasília: UnB, 1979.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SALES, João Alberto. *Ciência Política*. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1891.

SALES, João Alberto. *Política republicana*. Rio de Janeiro: Tipografia Leuzinger, 1882.

SALES, João Alberto. Governo popular. In: Paim, Antonio (Org). *Plataforma política do positivismo ilustrado*. Brasília: UnB, 1981.

SALES, Manuel Ferraz de Campos. *Da Propaganda à Presidência*. Brasília: UnB, 1983.

SALGADO, Plínio. *O que é o integralismo*. Editora das Américas, 1933.

SANTIROCCHI, Ítalo Domingos. A coragem de ser só: Cândido Mendes de Almeida, o arauto do ultramontanismo no Brasil. *Almanack*, n. 7, 2014, p. 59-80.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Raízes da imaginação política brasileira, *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 7, 1970, p. 137-161.

SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

SATO, Leonardo Seiichi Sasada. *Um poder da moderação? Política e Justiça no Supremo Tribunal Federal da Primeira República*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Organizado por Charles Bally e Albert Sechehaye. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Tradução para o espanhol de Thies Nelsson e Rosa Grueso. Madrid: Editorial Technos, 1990.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press,

1993.

SIBLOT, Paul. Une linguistique qui n'a plus peur du réel, *Cahiers de praxématique*, 15, 1990, p. 57-76.

SIÈYES, Emmanuel-Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce le Tiers Etat?*. 4. ed. Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos. Prefácio de José Ribas Vieira. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Izabel Pimentel da. Sá Freire. In: Centro de pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro*. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/FREIRE,%20S%C3%A1.pdf> Acesso em: 04.jan.2023.

SILVA, Ricardo. O novo historicismo na ciência política: um encontro entre duas tradições, *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 1. Brasília, jan./jun.2009, p. 123-151.

SIMON, James F. *What Kind of Nation: Thomas Jefferson, John Marshall, and the Epic Struggle to Create a United States*. New York, Simon & Schuster, 2003.

SKINNER, Quentin. Significado e interpretação na história das ideias. Tradução de Marcus Vinícius Barbosa. *Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 9, n. 20, p. 358-399, jan./abr. 2017. Tradução de *Meaning and Understanding in the History os Ideas*. In: SKINNER, Quentin. *Visions of Politics*. Londres: Cambridge University Press, 2001, v. 1, p. 57-89.

SKINNER, Quentin. *Visões da Política: sobre os métodos históricos*. Oeiras: DIFEL, 2005.

SODRÉ, Nelson Werneck. *A ideologia do colonialismo: seus reflexos no pensamento brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

SOUSA, Joaquim Rodrigues de. *Análise e comentário da Constituição política do Império do Brasil ou teoria e prática do governo constitucional brasileiro*. São Luiz do Maranhão: Typographia B. de Mattos, 1867.

SPENCER, Herbert. *The Man versus the State: with six essays on government, society, and freedom*. Indianapolis: Liberty Fund, 2012.

STAËL, Anne-Louise-Germaine de. *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*. Paris: Librairie Fischbacher, 1906.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States: With a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States Before the Adoption of the Constitution*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1873.

TAINÉ, Hippolyte-Adolphe. *Les Origines de la France contemporaine*. Paris: Bouquins, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

TRIGUEIRO, Oswaldo. O Supremo Tribunal Federal no Império e na República, *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 38, n. 157, p. 40-57, jan./mar. 1981.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. *Estudos práticos sobre a administração das Províncias no Brasil*. Tomo II. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro Editor, 1865.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. *Carta aos senhores eleitores da província de Minas Gerais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Rodrigo de Paiva, 1899.

VASCONCELOS, Zacarias de Góis e. *Da natureza e limites do poder moderador*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1862.

VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.

VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo na evolução política do Império e da República*. São Paulo: Biblioteca do Estado de São Paulo, 1922.

VIANA, Francisco José de Oliveira. *Populações Meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

VILLAÇA, Antônio Carlos. *O Senador Cândido Mendes*. Rio de Janeiro: EDUCAM, 1981.

WEHLING, Arno. Uma transição na Justiça luso-brasileira: da Casa da Suplicação ao Supremo Tribunal de Justiça (1808-1829), *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro, a. 174 (461), out./dez. 2013, p. 119-134.

WITTER, José Sebastião (Org). *Ideias políticas de Francisco Glicério: cronologia, introdução, notas bibliográficas e textos selecionados*. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1981.