

RECEBIDO EM: 09/06/2017

APROVADO EM: 04/07/2017

**O MINISTRO SEBASTIÃO LACERDA, DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1912-1925):
UMA BREVE BIOGRAFIA DE SUA JUDICATURA
CONSTITUCIONAL COMO SUGESTIVA DA
EVIDÊNCIA DO "NECRO-CONSTITUCIONALISMO" E
DO "CONSTITUCIONALISMO INVERTEBRADO"**

***THE JUSTICE SEBASTIÃO LACERDA, FROM THE BRAZILIAN SUPREME
COURT (1912-1925): A BRIEF BIOGRAPHY ABOUT HIS JUDICIAL
PERIOD AS "NECROCONSTITUTIONALISM" AND "INVERTEBRATE
CONSTITUTIONALISM" EVIDENCES***

Thiago Santos Aguiar de Pádua

*Doutorando e Mestre em Direito pelo UniCEUB. Professor da Especialização em
Direito UniCEUB. Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC),
PPG/Direito (UniCEUB).*

Jefferson Carús Guedes

*Doutor e Mestre em Direito (PUC/SP). Professor do Programa de Mestrado e
Doutorado em Direito (UniCEUB). Advogado da União (AGU)*

SUMÁRIO: Introdução e Aspectos Metodológicos;
1 As Luzes e as Sobras de um Conflito: Democracia
e Constitucionalismo; 2 Sebastião Lacerda, Ministro
do Supremo; 3 O Necroconstitucionalismo e o
Constitucionalismo Invertebrado Brasileiro; 4
Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo materializa uma investigação acadêmica realizada a partir de fontes primárias de pesquisa sobre a judicatura do Ministro Sebastião Lacerda, do Supremo Tribunal Federal (1912-1925), numa tentativa de biografia constitucional qualificada por uma intenção. Partimos da premissa da possibilidade da existência do que denominamos de “Necroconstitucionalismo”, com isso querendo cunhar a descrição conceitual de um constitucionalismo “morto-vivo”, fruto de um “Constitucionalismo Invertebrado”, para fazermos uso de Ortega y Gasset e sua “Espanha Invertebrada”, para refletirmos sobre a possibilidade de que o período de judicatura do referido ministro seria evidência sugestiva de tal enfoque. Vida e morte da democracia, como apregoadado pelo teórico John Keane, sugere também vida e morte do Constitucionalismo, ou do “Necro-Constitucionalismo”, e vice-versa. Sob a perspectiva metodológica, utilizamos a influência do “revisonismo” histórico da Corte Suprema, de Mark Tushnet, sob os usos e maus usos da história pelos juízes da Corte, numa tentativa de ressignificação identitária.

PALAVRAS-CHAVE: Necro-Constitucionalismo. Constitucionalismo Invertebrado. Ministro Sebastião Lacerda. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article materializes an academic investigation about the judicial period of the Justice Sebastião Lacerda, from the Brazilian Federal Supreme Court (1912-1925), in an attempt of constitutional biography Constitutional biography qualified by an intention. Our premise is the possibility of existence of what we call “*necroconstitucionalism*”, coining the conceptual description of a “dead-living” constitutionalism, as a fruit of an “*invertebrate constitutionalism*”, just to use Ortega y Gasset and his “Invertebrate Spain”, to reflect about one possibility: that this historical period represents some evidence of such approach. Life and death of democracy, as hailed by the theorist John Keane, also suggests life and death of Constitutionalism, or “Necroconstitucionalism”, and vice-versa. From a methodological perspective, we use the influence of Mark Tushnet’s historical “revisonism” of the Supreme Court, under the usages and bad uses of history by the Supreme Court’s justices, in an attempt to re-signify its own identity.

KEYWORDS: Necro-Constitutionalism. Invertebrate Constitutionalism. Justice Sebastião Lacerda. Brazilian Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO E ASPECTOS METODOLÓGICOS

Na minha perplexa concepção, *somos [o STF] como uma Igreja Militante*, sujeita a tremendas pressões internas e externas que, sob os olhos vigilantes da Virtude, tem a face assiduamente voltada para essa *Igreja Triunfante* constituída de poder, sabedoria e inspiração, e estou certo de que, nessa humilde postura, já estamos percorrendo o caminho que leva à perfeição.¹

O presente artigo é uma tentativa de evidenciar o fenômeno do “necroconstitucionalismo” ou, mais diretamente, em algum sentido, a vida e a morte de nossos “períodos constitucionais”², com a intenção de explicação vinculada ao que denominamos de “constitucionalismo invertebrado”, da maneira como se aborda no texto, tendo em mira um fragmento ligado ao período de judicatura de Sebastião Lacerda (1912-1925), antigo ministro do Supremo Tribunal Federal.

Avô de Carlos Lacerda, o “demolidor de presidentes”, e pai dos irmãos Lacerda (Paulo, Fernando e Maurício), importantes dirigentes do Partido Comunista Brasileiro, o ministro Sebastião Lacerda foi indicado e empossado como juiz do Supremo Tribunal Federal, e seu período de judicatura se estendeu de 1912 à 1925, num rico momento da história do Brasil, provavelmente mais turbulento politicamente do que os dias atuais, quando se passou a falar cotidianamente em judicialização da política e em politização da justiça³.

Situado entre o crepúsculo do nascimento da Constituição de 1891 e o posterior momento de sua derrocada, com o nascimento da Constituição de 1934, o período de judicatura de Sebastião Lacerda é momento privilegiado para a análise que se propõe, se não o mais denso, ao menos um dos mais tensos, com a presença do Estado de Sítio, de disputas partidárias que elevaram a Suprema Corte ao epicentro do furacão político, permitindo que se possa divisar as luzes e as sombras, a fragilidade e a força das instituições e a realidade (ou a ficção da separação de poderes).

- 1 Fragmento do discurso do ministro do STF A. M. Villas Boas, proferido em 1964, por ocasião do centenário do ministro Sebastião Lacerda. Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Villas Boas em Homenagem ao centenário do ministro Sebastião Lacerda. *Diário da Justiça*, ano XXXIX, n. 89, Terça-Feira, 19 de maio de 1964, p. 1397
- 2 Para uma análise sobre alguns aspectos desse tema, confira-se o indispensável estudo de Vamireh Chacon. Cfr. CHACON, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- 3 Dentre as várias abordagens neste sentido, é relevante citar Ran Hirschl e seu “Judicialização da grande política” e o nascimento dos tribunais políticos. Cfr. HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, *Annu. Rev. Polit. Sci.*, 2008.

De fato, são muitas as complexidades na tentativa, seja porque um breve período de um personagem importante, embora esquecido, mas vinculado a uma só instituição (STF), pode não ser um “encaixe perfeito” para se analisar o todo. Entretanto, como mencionado, busca-se analisar um fragmento, mesmo que este fragmento comporte outras releituras (renovadas e diferenciadas).

Antes de buscar defender bandeiras ou causas sobre os motivos de vida e morte do constitucionalismo brasileiro, em seus tão distintos quanto diversificados momentos (e fases), buscamos discutir a significância de alguns momentos históricos, menos como diagnóstico e mais como reflexão abrangente sobre um tumultuado período da história do Brasil.

Uma dentre várias perspectivas de reflexão sobre a Suprema Corte parece ser pouco utilizada e demanda ancoragem a partir de marco teórico específico: o revisionismo da Suprema Corte, especialmente sobre os pontos de vista da utilização da história pelos juízes do Tribunal.

Sob tal incursão teórica, o marcante contributo de *Mark Tushnet*⁴, que nos serve de guia e inspiração para a realização da tarefa neste artigo, muito embora de maneira distinta. Ele reflete sobre os usos e maus usos da história por parte da Suprema Corte para fundamentar suas decisões, na reconstrução da “intenção legislativa”, que conforma importante disputa teórica nos Estados Unidos da América: o originalismo (*original intent*).

O que propomos neste artigo, entretanto, é um tipo de revisionismo tópico e pontual, menos ambicioso e com algumas amarras bastante claras, no que concerne ao ideário que marca a imagem da Corte, que por sua vez se insere nos temas de reprodutibilidade sobre determinada concepção de identidade do tribunal.

Sob as lentes de *Tushnet*, um problema a ser enfrentado estaria concretizado na indagação: os juízes querem ser capazes de dizer “os *constituíntes* (*traduzido aqui a partir da expressão “framers”*) *quiseram dizer isso ou aquilo*”, embora um treinamento e uma orientação teórica dos historiadores (de verdade) os levassem a outras e maiores complexidades para quaisquer eventos históricos reais, ou “grupo de intenções”, tornando suas conclusões menos úteis para os juízes.⁵

4 THUSHNET, Mark. Toward a Revisionist History of the Supreme Court. *Cleveland State Law Review*, v. 36, 1988.

5 THUSHNET, Mark. Toward a Revisionist History of the Supreme Court. *Cleveland State Law Review*, v. 36, 1988. p. 321.

Ao invés de realizarmos uma revisão histórica, sobre os usos da história por parte da Corte Suprema brasileira em determinado grupo de decisões, optamos por realizar tal revisionismo sob a perspectiva da própria identidade do Tribunal, procurando jogar luzes em alguns eventos, destacando causas e formas de sua aparência e movimentação.

Com limitado escopo de reflexão, preferimos destacar parte da história do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise de fontes primárias de pesquisa relacionadas ao labor judicante de um importante, e pouco conhecido, personagem deste Tribunal: o ministro *Sebastião Lacerda*, nos cerca de 13 de sua judicatura (1912-1925). Uma tentativa de percepção da “micro história”⁶ do Supremo Tribunal Federal.

Além da abordagem a partir de escritos que materializam fontes secundárias⁷, também realizamos tal reflexão a partir da análise confirmatória de alguns *habeas corpus*⁸, de modo a tentar compreender a Corte nos anos iniciais de sua existência⁹.

6 Neste sentido, dentre os amplos aspectos que se relacionam à micro-história, observemos que “é preciso deixar claro que a Micro-História não se refere necessariamente ao estudo de um espaço físico reduzido ou delimitado, embora isto possa até ocorrer. O que a Micro-História pretende é uma redução na escala de observação do historiador com intuito de se perceber aspectos que, de outro modo, passariam despercebidos. Quando um micro-historiador estuda uma pequena comunidade, ele não estuda propriamente a pequena comunidade, mas estuda através da pequena comunidade (não é, por exemplo, a perspectiva da História local, que busca o estudo da realidade micro-localizada por ela mesma). A comunidade examinada pela Micro-História pode aparecer, por exemplo, como um meio para se atingir a compreensão de aspectos específicos relativos a uma sociedade mais ampla. Da mesma forma, pode-se tomar para estudo uma “realidade micro” com o intuito de compreender certos aspectos de um processo de centralização estatal que, em um exame encaminhado do ponto de vista da macrohistória, passariam certamente despercebidos. O objeto de estudo do micro-historiador não precisa ser, desta maneira, o espaço micro-recortado. Pode ser uma prática social específica, a trajetória de determinados atores sociais, um núcleo de representações, uma ocorrência (por exemplo, um crime) ou qualquer outro aspecto que o historiador considere revelador em relação aos problemas sociais ou culturais que está disposto a examinar. Se ele elabora a biografia ou a “história de vida” de um indivíduo (e freqüentemente escolherá um indivíduo anônimo) o que o estará interessando não é propriamente biografar este indivíduo, mas sim os aspectos que poderá perceber através do exame micro-localizado desta vida”. Cfr. D’ ASSUNÇÃO BARROS, José. Sobre a Feitura da Micro-História. *OPSI*, v. 7, n. 9, jul./dez. 2007.

7 LACERDA, Mauricio. *Historia de uma covardia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927; LACERDA, Mauricio. *Entre Duas Revoluções*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927; GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

8 São conferidos os seguintes Habeas Corpus: nº 8.526, 8.596, 8.343, 8.528, 8.849, 14.583, 23.985, 24.263 e 24.637, dos quais participou o ministro Sebastião Lacerda no STF.

9 Para futuras incursões, esta perspectiva de abordagem permitiria visualizar a disputa política que pode nos sugerir que a Suprema Corte não seja, e nem nunca tenha sido, um Tribunal, mas sim um “Partido Político Cui Generis” ou uma “Frente Partidária Peculiar”. Ao menos nos anos iniciais de sua conformação histórica.

Como causas deste estado de coisas, nos tumultuados anos de sua judicatura, partimos da possibilidade de estarmos diante de um conflito entre democracia e constitucionalismo, que em nosso modelo seria marcado pelo que denominamos de “*necroconstitucionalismo*”, fruto de um “*constitucionalismo invertebrado*”. Explica-se a construção.

Antes, no entanto, convém observar que naquele período histórico fundacional (regional)¹⁰, o constitucionalismo latino americano era o resultado da composição de um pacto entre conservadores e progressistas, que pode ter influenciado não apenas nas redações dos documentos constitucionais da região¹¹, mas certamente nas expectativas normativas entre os indicados para o cargo de Juiz da Suprema Corte, que os tornava a um só tempo alvo das atenções, além de guias “quase-partidários”¹².

Quando *Ortega y Gasset*¹³ apontou algumas causas de “desvertebração nacional” da Espanha, refletindo sobre possível explicação de fenômenos característicos da história espanhola, como os discursos, os separatismos e regionalismos, e também a ação direta de determinados grupos sociais, particularismos nacionalistas, que teriam dissociado as classes e regiões de seu país, também nos fornecia anteparas filosóficas para refletirmos sob nosso modo de ser, agir e (a)parecer, também sob o viés constitucionalista brasileiro.

Detectando um possível “*constitucionalismo invertebrado*”, ele poderia ser uma das causas de um “*necroconstitucionalismo*”, se pensarmos na vida e morte de nossos regimes democráticos e constitucionais (de 1824 aos dias de hoje), mas estamos centrados num período menor de nossa história para refletir sob tais aspectos que ora são teorizados: um período de judicatura de ministro do Supremo Tribunal Federal. Este período, certamente, envolve o embate ou relação entre os pilares da democracia e do constitucionalismo, concretamente visualizados.

10 Embora o constitucionalismo inglês e norte-americano possuam características próximas, mas distintas das latino-americanas, observe-se a narrativa de Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi sobre o nascedouro e a estabilização. Cfr. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização constitucional*. Brasília: UnB, 2011.

11 Essa é a densa e arguta percepção de Roberto Gargarella. Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford, 2013; GARGARELLA, Robert. *Constitucionalismo Latinoamericano, Direitos Sociais e a Sala de Máquinas da Constituição*. Tradução de Thiago Aguiar de Pádua. *Universitas Jus*, v. 27, n. 2, 2016.

12 É dentro desta perspectiva que observaremos, oportunamente, os traços e expectativas sobre o ministro Sebastião Lacerda, dentro de uma peculiar noção de “constitucionalismo” e “democracia” em sua tensa relação de interdependência.

13 ORTEGA Y GASSET, José. *España Invertebrada: Bosquejo de algunos pensamientos históricos*. Madrid: Calpe, 1922.

1 AS LUZES E AS SOBRAS DE UM CONFLITO: DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Quando o professor de direito Richard Pildes¹⁴ afirmou que nos Estados Unidos a democracia seria como uma espécie de fantasma de Banquo, personagem da narrativa shakespeariana, no que se refere a sua presença evanescente no constitucionalismo daquele país, na discussão sobre temas importantes, como o “*judicial review*”, a liberdade de expressão, ou momentâneas reflexões sobre a igualdade de proteção dos direitos, estava cunhando mais do que uma metáfora.

Estava desvelando o problema central da convivência nem sempre pacífica entre constitucionalismo e democracia, que às vezes pressupõe imaginar a dualidade “vida e morte da democracia” (como asseverado por John Keane¹⁵), e às vezes imaginar o seu inverso: vida e morte do constitucionalismo, se pensarmos que o constitucionalismo brasileiro permite que se fale em momentos de vida e morte quando da promulgação, outorga e/ou da “superação” de nossas Constituições: (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1988, e contando...).

Não é apenas uma provocação o argumento de Bruce Ackerman, em seu livro sobre a “nova divisão de poderes”, quando observou que o primeiro grande tema inerente ao constitucionalismo (moderno) seria a democracia, e que o segundo viria a ser a sua limitação, ou seja, a ideia mesma de “constitucionalismo”¹⁶.

Destaque-se o uso da expressão “*constitutional law of anti-democracy*”, representativa de um marco que guardaria semelhanças com o constitucionalismo na imagem de alguns diques de contenção da democracia, entendida esta desde as varias transformações conceituais pelas quais passou, sem esquecer a observação de Giovanni Sartori¹⁷ sobre ela ser uma coisa empolada, aplicada à algo inexistente, ou analiticamente no transcurso de sua tríplice percepção, por John Keane¹⁸, nas formas direta, representativa e monitória¹⁹.

14 PILDES, Richard H. *Democracy, Anti-Democracy, and the Canon*. Constitutional Commentary, 2000.

15 KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Tradução de Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

16 ACKERMAN, Bruce. *La Nueva División de Poderes*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011. p. 75.

17 SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. Tradução de Francisco Rocha Filho e Oswaldo Blois. São Paulo/Lisboa: Fundo de Cultura, 1965. p. 17.

18 KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Tradução Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

19 Sobre uma perspectiva de análise da democracia monitória, entre outros, confira-se: PADUA, Thiago Aguiar. Triângulo da Violência argumentativa- cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2: 73-142, may-aug., 2014.

Ao refletir sobre a história constitucional norte-americana, Richard Pildes observou um “ponto crucial” (especialmente mais importante do que alguns outros eventualmente existentes) sobre o papel da Suprema Corte daquele país na manutenção da “Anti-Democracia” contra a “Democracia”, apontando a decisão da Corte, escrita pelo justice Oliver Wendell Holmes Jr., no caso *Giles v. Harris* (1903), em uma manifestação institucional que “*virtualmente eliminou a participação política dos cidadãos negros na região sul*”, e que viria a ser remediada apenas em 1965, com a aprovação do “Voting Rights Act”²⁰.

Em que pese o nosso modo peculiar de construir e adaptar modelos jurídicos, como a importação do sistema federativo em dois níveis (adaptado, com alguma experiência prévia), a democracia representativa bicameral, uma carta de direitos, o presidencialismo e uma Suprema Corte, como núcleos de um arranjo institucional que foi desenhado, à feição madsoniana²¹, conforme Roberto Gargarella²², para afastar – e não para aproximar – a cidadania das decisões políticas fundamentais, precisamos observar, com Paulo Bonavides, que há entre nós – ao menos na dimensão adâmica – a prevalência de Cádiz sobre Filadélfia no berço do constitucionalismo brasileiro²³.

Entretanto, isso é importante até certo ponto, vale ressaltar, até a virada republicana de 1889-91, nos remetendo a uma proximidade mais similar com Filadélfia²⁴, embora os fantasmas de Cádiz ainda ecoem nas paredes de nosso

20 PILDES, Richard H. *Democracy, Anti-Democracy, and the Canon. Constitutional Commentary*. 2000. p. 296.

21 Aquilo que James Madson denominou de “república composta”, no entanto, embora representativa de uma novidade notável, como usualmente se afirma; mas tal assertiva aumenta a ironia de que “todo o edifício foi construído para deter a continuidade da democracia, num contexto que alguns membros daquela construção institucional se opunham tão severamente à democracia que hodiernamente seria embaraçoso, como a observação de George Cabot, político de Boston, para quem a democracia seria ‘o governo dos piores’”. Cfr. KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. São Paulo: Edições 70, 2010. p. 267.

22 GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México-DF: Fontamara, 1997.

23 As peculiaridades do “berço”, na prevalência de Cádiz sobre a Filadélfia seriam, segundo Paulo Bonavides: a) estabelecimento do modelo europeu (adoção de Cádiz e rejeição de Filadélfia); b) monarquia constitucional com a fundação de um império; c) projeto de associação constitucional de dois Reinos (Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve); d) Constituição sem revolução; e) tetradimensionalidade de poderes; f) inspiração parlamentarista da primeira forma de governo; g) advento tardio do modelo republicano; h) crise coeva da república, decadência do sistema representativo e tendência para ascensão de uma democracia participativa. Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 564-577.

24 Observe-se, a propósito, o esquecido artigo 386 do Decreto 848, de 1891, que inseriu entre nós o common law como fonte subsidiária do direito, e “O Supremo Tribunal Federal, aliás, teve ocasião de apreciar o tema, quando em 1902 julgou a Apelação Cível 745, relatada pelo ministro Alberto Torres, reconhecendo que o common law seria, de fato, fonte subsidiária do direito pátrio. Discute-se muito pouco o resultado desse julgamento, no bojo do qual tentaram transformar o caso do “desembargador José Climaco v. União”, no nosso similar de “Marbury v. Madson”, com consequências que precisam ser analisadas à luz de nossa(s) matriz(es) normativa(s). Constam da “ementa” as seguintes assertivas e perguntas: “Quando o

edifício constitucional, fazendo com que, em 1934, Ernest Hambloch²⁵ chamasse de Majestade o Presidente do Brasil, indicando a tragédia que representou para nossa conformação política o golpe de estado da proclamação da república.

Por este motivo, nos importa neste artigo uma breve proposta de reflexão sobre um fragmento desta “república composta”: a Suprema Corte, num determinado momento constitucional do país, a partir da evidenciação da judicatura do ministro Sebastião Lacerda (1912-1925), avô do político e jornalista Carlos Lacerda, com vistas a focalizar os primeiros anos do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente os 30 primeiros anos de sua existência.

Pretendemos refletir sobre o papel da Suprema Corte, numa perspectiva que colhe – a partir de fontes primárias de pesquisa – alguns fragmentos para uma análise da tumultuada relação mantida entre democracia e constitucionalismo, num rico período de nossa história que serviu não apenas para que o Presidente da República (em nosso modelo) fosse chamado de “Sua Majestade”²⁶, em comparação com traços e trejeitos imperiais, mas também refletiremos sobre um período marcado por rupturas e disputas pelo poder, que elevou a Suprema Corte ao epicentro do político.

direito subsidiário tem força obrigatória; quando os julgados estrangeiros devem ser adotados como razão de decidir pelos tribunais brasileiros. Inteligência do art. 387, 2ª parte, do Decreto 848, de 1890. Em que momento fica constituído a favor do cidadão nomeado juiz federal o direito à vitaliciedade neste cargo? é da posse? do compromisso? da entrega e registro do título de nomeação? ou da nomeação? razão de ser da vitaliciedade inerente aos cargos da magistratura. Vitalício ou não o juiz federal nomeado, mas não empossado, é lícito ao Poder Executivo revogar o decreto de nomeação? Deve o presidente do Supremo Tribunal Federal, ciente do decreto de revogação, recusar ao nomeado a aceitação do compromisso e negar-lhe a posse do cargo?. Cfr. PADUA, Thiago Aguiar; GUEDES, Jefferson Carús. *O paraíso dos conceitos jurídicos do jurista alemão Rudolf von Jhering (parte 7)*. Conjur de 12.06.2017.

25 Sobre a tragédia do golpe de estado para proclamação da república: “O golpe de estado de 1889 foi uma tragédia – não para a monarquia, mas para a república. Tal intervenção militar na política era algo inteiramente novo no Brasil. Ela fazia lordes da lei de soldados sem lei. A Constituição republicana foi redigida pelos Escrivães republicanos e os Fariseus positivistas, ao som dos clarins exteriores, e o barulho de sabres e o tinido de esporas dentro das antecâmaras dos ministérios, pois os militares, exibindo o orgulho de derrubadores de trono, ali se exibiam arrogantemente. Mas alguns dos melhores elementos do atual Exército – herdeiros das melhores tradições do Exército de então – estão ficando cansados de ver sua profissão degradada simplesmente para manter políticos no poder ou derrubá-los. O obstáculo das constituições presidencialistas é que não existe nelas lugar para a oposição à “autoridade constituída”, exceto a oposição violenta; embora exista sempre uma chance de que os militares possam tentar resolver o enigma manu militari.”. Cfr. HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional: 1889-1934*. Tradução de Lêda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000. p. 56.

26 É verdade, no entanto, que o federalista nº 69 analisa a proximidade e a distinção entre o Presidente da República, o Rei da Grã-Bretanha e o Governador de Nova Iorque, e algumas vezes, se refere também ao Governador de Massachusetts.

É importante perceber que nos debates travados entre *brutos* e *publius*, nos papéis federalistas e anti-federalistas, que marcam o nascimento do modelo que de certa maneira copiamos, a expressão Suprema Corte aparece 51 vezes no primeiro²⁷, e 43 vezes no segundo²⁸, com uma discussão sobre sua engenharia institucional e os papéis latentes e patentes de um órgão com tais características, não obstante o falecido cientista político Robert Dahl já nos advertisse sobre a não utilização dos “federalist papers” para a tentativa de análise crítica e objetiva, uma vez que eles representariam mera propaganda²⁹.

Contudo, em algum sentido, é de propaganda que estamos tratando, considerando as defesas e os ataques mais comuns contra a Suprema Corte estarem baseados quase que exclusivamente nos comentários que foram feitos naqueles dois “*canons*”³⁰ de ideias constitucionais. Os questionamentos sobre o poder (do) judiciário, nos papéis antifederalistas, encontram-se bem delineados nos números 78-82, e a defesa apaixonada pelo modelo, nos números 47-51, 57, 77-83, dos papéis federalistas.

Quando fizemos a importação do modelo, inerente à discussão federalista e antifederalista, deixando de possuir um Supremo Tribunal de Justiça, no império, para possuir um Supremo Tribunal Federal na república, não é apenas a arguta percepção registrada por Leda Boêchat Rodrigues³¹ sobre a intenção de transferência do poder moderador para uma “Corte” como a de Washington, sugerida por Dom Pedro II, poucos dias antes de perder o trono, que deve ser realçada.

É preciso registrar a origem do lobby empresarial³², que viria a influenciar por longos anos a Suprema Corte Americana, em seu

27 Contando a utilização também nas notas prefaciais dos editores da edição ora utilizada. Cfr. CAREY, George; MCCLELLAN, James (Org). *The Federalist*, by Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison. *The Gideon Edition*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

28 A edição aqui utilizada não contém notas de organizadores ou editores. Cfr. Vários Autores. *The Anti-Federalist Papers*. Lansing: Michigan State University Press, 1965.

29 DAHL, Robert. *How Democratic Is the American Constitution?* 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2003. p. 63-64.

30 A referência a um “canon” constitucional, bem entendido, se refere ao ideário concebido por Richard Pildes, que a ele se refere como “canonização”, num sentido vinculado a um ato que marca uma viragem de importância de um ato ou ação institucional.

31 BOECHAT RODRIGUES, Lêda. *História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Cívicas*, Tomo I (1891-1898), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; VILHENA VIEIRA, Oscar. *Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador*, in: GUILHERME MOTA, Carlos; SALINAS, Natasha S. C. *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

32 MYERS, Gustavus. *History of the Supreme Court of the United States*. Chicago: Charles H. Kerr & Co., 1912. p. 30-31; 43.

nascedouro, que, por evidente, afasta pretensões de neutralidade ou de atuação imparcial como a metáfora de um grupo árbitros de baseball pode querer invocar, uma vez que também temos o claro registro de proprietários de terras se transformando em legisladores e juízes.

Observe-se que a referida metáfora - do juiz da suprema corte como árbitro de uma partida de baseball³³ - foi invocada na sabatina de John Roberts³⁴, atual presidente da Suprema Corte Americana, além de ter sido reconstruída teoricamente por Mark Tushnet³⁵, com finalidades bastante provocativas.

É preciso rememorar, ainda, que o contexto de percepção da Suprema Corte pode vir a ser o que sempre foi - embora o discurso legitimador seja distinto -, invertendo a lógica argumentativa usada por Mark Tushnet³⁶, que permite sugeri-la como sendo o “terceiro grande partido norte americano”, balanceando a dualidade deletéria entre democratas e republicanos, no equacionamento da lógica amigo/inimigo³⁷, jogado entre republicanos e democratas.

Na realidade, a interpretação aqui realizada inverte as proposições de Tushnet, que propõe como solução para a extrema polarização política o surgimento de um terceiro grande partido político, ao lado dos partidos republicano e democrata, como um centro energizado entre a esquerda e a direita, que não surgirá efetivamente lá - observa o autor - até que um partido “domine” todos os poderes ou até que os líderes destes dois partidos entendam que não conseguirão fazer isso num futuro “previsível”.

Com efeito, se o domínio se torna possível, e ele teria sido desenhado desta forma, e o apelo numérico não é o único elemento a ele inerente, então o desenho institucional da Suprema Corte como um “partido político *sui generis*”

33 Entre outros, confira-se: TUSHNET, Mark. *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*, New York: Norton & Company 70, 2013. p. ix; POSNER, Richard. *The Court: A Talk with Judge Richard Posner*, by Eric Segall. *The New York Review of Books*, September 29, 2011, v. 58, n 14. (2011); OBAMA, Barack. *Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text*. Disponível em: <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>. Acesso em: 19 set. 2016.

34 ROBERTS, John. *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, JR. to be Chief Justice of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Ninth Congress, First Session, on S. J-109-37, September 12-15, 2005, 109rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 2005.*

35 TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. *The John Marshall Law Review*, 2004.

36 *Ibidem*, 2004.

37 Importante observar que Mark Tushnet se vale de Carl Schmitt para construir sua argumentação da dualidade amigo/inimigo, na análise da política como um combate entre inimigos. Cfr. TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. *The John Marshall Law Review*, 2004. p. 550.

(ou “frente partidária peculiar”) estaria mais do que evidenciado, não apenas na sua origem, mas na tríade que compõe seu “passado-presente e futuro”.

Além do mais, se refletirmos sobre o fato de que nos países em que vigora o bicameralismo no Poder Legislativo, um deles já exerce um papel contramajoritário³⁸, e que no Império do Brasil os Senadores eram vitalícios e não eram eleitos, mas indicados pelo Monarca a partir de lista tríplice oriunda de eleição indireta nas províncias, e que os senadores deveriam ser “*peçoas de saber, capacidade e virtudes*”, além de possuir no mínimo 40 anos e dispor de pelo menos 800 mil réis de renda anual, e de utilizar um curioso e emblemático traje oficial³⁹, podemos chegar à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal pode vir a ser uma espécie de “novo-velho Senado do Império”⁴⁰, embora os trajes talares oficiais do Império fossem mais sofisticados.

É com base em tal raciocínio, a propósito, que os poderes neutrais, origem remota e mais visível do poder moderador⁴¹, não estariam em tão melhores condições de disfarçar as engrenagens do modelo, que efetivamente teriam sido desenhadas justamente para ser uma coisa, mas para parecer outra.

O fato de Arthur Bernardes, então Presidente da República no período da judicatura de Sebastião Lacerda, ter chantageado Sebastião Lacerda, ministro do Supremo Tribunal Federal, para que este votasse em processo judicial em determinado sentido, em troca da liberdade de seu filho, preso político, e que se encontrava debilitado na cadeia pública, é um importante fragmento de nossa história constitucional, revelador de que o Supremo Tribunal Federal, à feição da *Supreme Court of the United States* (S.C.O.T.U.S.), foi projetado para ser uma espécie de “*partido político sui generis*”, ou uma “Frente Partidária Peculiar”, de alguma forma à disposição da clã política dominante, que repete a lógica dual: “amigo”-“inimigo”.

38 No Brasil e nos Estados Unidos, o Senado exerce o papel contramajoritário com relação à Casa dos “Representantes do Povo”. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem*. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Tradução de Clovis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 158.

39 Confira-se os trajes de um senador do Império, pintados pelo francês Jean-Baptiste Debret. BRASIL. Senado Federal. *Jornal do Senado*, ano XIX, n. 3.865, p. 4, 7 de maio de 2013.

40 A propósito, as Casas Legislativas (Senado e CD) já são uma ampliação das estruturas partidárias, que possuem alas (asas) mais à esquerda e à direita, além de centros a elas inclinados, com grupos que buscam manter e perpetuar o controle do poder.

41 CONSTANT, Benjamin. *Princípios de Política Aplicáveis a todos os Governos*. Tradução de Joubert Brízida. Rio de Janeiro: Top Books, 2007; BONAVIDES, Paulo. O poder moderador na Constituição do Império. *Revista de Informação legislativa*, v. 11, n. 41, p. 27-32, jan./mar. 1974; LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil. *Revista DADOS*, v. 48, n. 3, p. 611-654, 2005.

Isso faria sentido, não apenas a partir das reflexões sobre os textos dos discursos na disputa *publius-brutus*, que inspiraram o modelo originário, por nós copiado, mas também a partir das alegações de Robert Bork, para quem haveria uma bem clara e identificável razão para se considerar a Suprema Corte como uma poderosa aliada de qualquer movimento político, com uma especial referência ao significado da indicação de novos integrantes:

A razão pela qual o judiciário é uma espécie de aliado valioso para qualquer classe ou movimento político é que as Cortes, quando a pretexto de falar em nome da Constituição, mesmo quando falam falsamente, são a única instituição na América que clama finalidade absoluta para suas decisões, às quais é conferido status superior pelos outros organismos. A Constituição não prevê nenhuma checagem sobre as Cortes, exceto a altamente incerta autoridade para designar novos Juízes quando ocorrem vacâncias. Uma série de surpresas desagradáveis no comportamento de novos Juízes sugere que os poderes de indicação não são mais que uma salvaguarda. [...] As performances das Cortes fazem um strike no coração do conceito de república. Sem nenhuma autorização do Direito, nove advogados dividem-se em 5 a 4, e os julgamentos do Congresso, do Presidente, das legislaturas estaduais, Governadores, outros juízes federais de outros 50 Estados são tornadas instantaneamente irrelevantes. O que quer que isso seja, não é democracia ou forma republicana de governo. É uma oligarquia togada.⁴²

A diatribe entre constitucionalismo e democracia, por evidente, está enraizada em todo o edifício da disputa teórica, desde os sofisticados debates sobre a natureza e os limites do *judicial review*, e sobre a pretensão de a Suprema Corte exercer a “representação” da opinião pública, o que torna toda a discussão demonstrativa que o cerne do “todo”, da medula ao cerebelo, é composto pela substância que ora colocamos em evidência.

Filósofos relevantes, tão distintos quanto incontornáveis⁴³, como Habermas⁴⁴, Dworkin⁴⁵ e Waldron⁴⁶ pensaram criticamente os problemas decorrentes da contraposição entre essas duas palavras, para uma democracia

42 BORK, Robert. “Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary”. *Heritage Lectures*, n. 1147, 2008. p. 3-4.

43 Não se desconhece o fato de serem pensamentos oriundos de distintos filósofos, muitas vezes inconciliáveis, mas que precisam ser abordados, ainda que com a ressalva.

44 HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, v. 29 n. 6, p. 766-781, December 2001.

45 DWORIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3: 1, p. 2-11, 1995.

46 WALDRON, Jeremy. The Constitutional Conception of Democracy. Em: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

que se pudesse chamar de constitucional, ou de um constitucionalismo que se pudesse afirmar democrático, e a partir dos quais retiramos algumas pistas para uma trilha em direção aos sarcófagos que guarneceriam os restos mortais, seja do constitucionalismo ou da democracia brasileira, mas os fantasmas de ambos podem habitar o imaginário constitucional nos mais diversificados escaninhos.

Habermas⁴⁷ estabelece o paradoxo entre o estado de direito (*rule of law*) e a soberania popular como marco do problema da “democracia constitucional”, na relação entre o princípio democrático e o constitucionalismo, em termos de “limites” ao exercício do poder e da soberania.

Dworkin⁴⁸, a seu turno, observou o constitucionalismo como um “sistema” que estabelece direitos individuais que o legislativo não tem o poder de retirar ou comprometer, numa espécie de “fenômeno político popular crescente”, em que haveria uma clara identificação (embora não de todo similar) entre os conceitos de maioria e democracia, e minorias e constitucionalismo, num sentido em que, se houver a inserção da proteção de um direito num documento constitucional, como a liberdade de expressão, por exemplo, as maiorias congressuais não poderiam aprovar uma lei aniquilando este direito.

Neste sentido, Dworkin enxergou como um falso problema – ou um arranjo teórico indevido – o ato de visualizar alguma tensão entre o constitucionalismo e o princípio democrático, em razão de haver, em seu ponto de vista, um generalizado equívoco sobre “o que a democracia realmente é”, sendo necessária a distinção entre as concepções de democracia e de regra majoritária, pois para ele a primeira significaria regra majoritária legitimada, o que equivaleria a dizer que o majoritarismo não constitui democracia, exceto – e este é o ponto central da distinção – se algumas condições fossem preenchidas, como algumas ideias inerentes às “estruturas constitucionais”, cuja maioria não pode alterar o que constituiria um pré-requisito da democracia.

Já Waldron⁴⁹, da mesma forma, embora de maneira argumentativa um pouco distinta, conecta – numa via de mão dupla – a democracia e o direito a ter (e exercer) direitos, como exemplo de constitucionalismo, em que nem os teóricos do direito estariam autorizados a “desenhar” os membros ordinários de uma maioria democrática como “predadores egoístas e irresponsáveis”,

47 HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766-781, December 2001..

48 DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3: 1, p. 2-11, 1995.

49 WALDRON, Jeremy. The Constitutional Conception of Democracy. Em: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

assim como os teóricos da democracia também não estariam autorizados a afetar a indiferença de um procedimentalista puro sobre o destino dos direitos individuais no âmbito de um sistema de decisão majoritária.

Isso equivale a dizer, como mencionado por Waldron, por exemplo, que não existe uma objeção pura e fundamental contra o “*judicial review*”, pois se houvesse uma objeção democrática ao controle de constitucionalidade, também deveria haver uma oposição contra o constitucionalismo (*rights-based-objection*), e tal objeção somente poderia estar sustentada se estivermos preparados para responder a algumas questões fundamentais acerca de como supostamente os direitos devem ser protegidos em um sistema de “tomada de decisão democrática”, especialmente aqueles *direitos que são constitutivos do processo democrático*, e aqueles que mesmo não sendo necessários, abarcam as *condições necessárias para sua legitimação*.

As possíveis tensões entre constitucionalismo e democracia (ainda que falsa a tensão), na realidade institucional brasileira, quer sob as perspectivas teóricas de Habermas, Dworkin ou de Waldron, não levam em conta o papel ou a adequada identidade institucional de um órgão importante para a configuração do sistema jurídico: a Suprema Corte, de feição institucional comumente ligada a de um “Tribunal”.

Bem entendido, não é que tais autores não se refiram à Suprema Corte, mas que antes, eles não consideram nem a perspectiva crítica do nascimento e nem a alteração identitária deste órgão, que poderia vir a ser considerado, a propósito, como um “*Partido Político Sui Generis*”, ou uma “*Frente Parlamentar Anômala*”, mais do que um Tribunal. Não vai aqui qualquer juízo moral ou de adequação, nem uma demarcação temporal específica, mas uma constatação a partir do DNA de sua criação e das transformações aparentes de sua carga genética.

Isso fica bem claro quando Niklas Luhmann⁵⁰ nos apresenta sua perspectiva sobre o papel dos tribunais no sistema, dentro de sua reconstrução e argumentação teórica, em observamos, de fato, que a diferenciação entre *jurisdictio* e legislação nem sempre foi muito nítida no exercício das funções, e que somente no século XVII, a partir de um evento específico, tivemos uma clivagem funcional, que na raiz mais remota está ligada a uma tentativa de transmitir isonomia na aplicação do direito: um órgão criador do direito de maneira geral e abstrata (legislativo), e outro órgão aplicador do direito de maneira específica

50 LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

e concreta (Judiciário), para que não se transmitisse a impressão de que haveria ajuda aos amigos e prejuízo aos inimigos, como num jogo de espelhos.

Perquirir se o Supremo Tribunal Federal seria um Tribunal a partir das narrativas tradicionais, especialmente aquelas que já recebem como um dado pronto e acabado tala assertiva seria tarefa relativamente fácil, monótona e sem gosto. Este tempero de hospital forneceria poucas possibilidades de contribuição além da sutileza que o tema engendra.

Até então, ao que se nota, é que a maioria dos autores parece se valer do chamado “efeito da iluminação de rua”, como na anedota em que um policial enxerga uma pessoa procurando as chaves do seu carro, e ajuda-o a procura-las, perguntando a ele se tem certeza de que perdeu as chaves ali, obtendo como resposta que na verdade perdeu as chaves nos arbustos do parque, mas que procurar ali é mais fácil em razão de ser onde a luz está. Neste contexto, refletimos sobre a judicatura do Ministro Sebastião Lacerda, que possuem graus e doses de constitucionalismo e de democracia, inerentes ao período histórico.

2 SEBASTIÃO LACERDA, MINISTRO DO SUPREMO

Iremos traçar algumas linhas que tocam de perto um fragmento da biografia judicante do Ministro Sebastião Lacerda, no Supremo Tribunal Federal (1912-1925). Formado bacharel pela Universidade de São Paulo, de sua turma, no Largo de São Francisco, também saíram Edmundo Muniz Barreto, Godofredo Xavier da Cunha e Carlos Augusto de Oliveira Figueiredo, também, como ele, ministros do Supremo Tribunal Federal.⁵¹

Como registrou Flávio Galvão, na seminal reconstrução historiográfica que escreveu sobre o ministro Sebastião Lacerda:

Como ministro do Supremo, Sebastião Lacerda veio a distinguir-se pela sua independência, liberalismo e coragem, em especial no período final de sua judicatura, no governo de Artur Bernardes, que presidiu o Brasil em boa parte de seu mandato sob o estado de sítio.⁵²

Abolicionista e republicano, ele foi o organizador do Partido Republicano em 1888, em Vassouras-RJ, além de deputado à Constituinte do Rio em 1892,

51 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, Ano VIII, Abril de 1979.

52 GALVÃO, op. cit.

deputado federal (1894), secretário do Interior e Justiça do Estado do Rio de Janeiro (1897), ministro da Viação e Obras Públicas da Presidência Prudente de Moraes, entre 13 de novembro de 1897 e 28 de junho de 1898, presidente da Câmara Municipal de Vassouras (1909), deputado estadual e secretário geral do Estado do Rio, e, em 1912, nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal pelo presidente da República, marechal Hermes da Fonseca.⁵³

A origem da indicação para o cargo de ministro, ligada ao Marechal Hermes, fornece importante fragmento historiográfico, que contém uma das chaves interpretativas sobre o futuro das disputas políticas que envolveram o ministro:

Hermes fora precedido, na Presidência, por Nilo Peçanha, um dos chefes políticos da República Velha com base de atuação no Estado do Rio. Mais tarde, Nilo concorreu à Presidência, contra Bernardes, pela Reação Republicana, que tinha entre seus chefes Maurício de Lacerda, filho de Sebastião Lacerda. Por outras palavras, existia relacionamento de Ordem pessoal e política entre os Lacerda e Nilo e, por aí, com a corrente que levou Hermes da Fonseca à chefia da Nação, em oposição ao candidato civilista, Ruy Barbosa.⁵⁴

Há uma interessante perspectiva histórica sobre o Ministro do STF Sebastião Lacerda. Alçado ao cargo de ministro da Suprema Corte, passou por momentos que materializam disputa entre amigo e inimigo. Seu filho, Maurício Lacerda, se envolveu em disputas políticas, levando aspectos desta disputa a refletirem em seu pai, ministro da Suprema Corte.

Maurício Lacerda, advogado, político e jornalista, foi preso um dia antes do Estado de Sítio de 1924, decretado sob intensa disputa que permeia tumultuado período, e um episódio em particular durante a prisão de Maurício é digna de registro. Trata-se do comentário feito pelo diretor do estabelecimento prisional sobre ter hospedado dois filhos de ministro do Supremo Tribunal na “sua prisão”, quando ouviu a réplica de Maurício, sobre o filho de outro ministro do Supremo não ter sido preso, mas que este sim deveria ter sido enjaulado por seu envolvimento no chamado “escândalo da Revista do Supremo”, e que “agora votava o ignóbil Estado de Sítio”.⁵⁵

53 GALVÃO, op. cit.

54 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

55 LACERDA, Mauricio. *Historia de uma covardia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927. p. 34-55.

Aliás, surreal é a narrativa da chegada do filho do ministro do Supremo à prisão, que parecia materializar uma “farsa”, pois o Diretor do estabelecimento prisional, em diálogo com o novo hóspede, se congratulava por ser saudado e “amado” pelos presos, que acenavam calorosamente para ele das galarias, mas na verdade os gestos de saudação não passavam ordens diretas, sob pena de castigo corporal, e da ameaça de ficarem sem comida, caso não acenassem para o Diretor.⁵⁶

A petição inicial do *HC 16511*, impetrado por Maurício Lacerda perante o STF, em causa própria, em razão de ter sido preso antes do estado de sítio, e por ficar nas piores condições que um preso político poderia ficar - há 15 meses incomunicável, - sem ter sido jamais interrogado, denunciado ou referido em qualquer inquérito ou processo, menciona que:

Preso na manhã de 5 de julho de 1924, nesta cidade, sendo mesmo um dos primeiros, senão o primeiro dos detidos civis daquele dia em todo o Brasil, foi logo recolhido à Casa de Correção, antes, muito antes de que o sítio fosse proposto, aprovado por quasi aclamação, sancionado de imediato, e só publicado, como lei, ao dia seguinte de sua detenção, ali verificada desde a véspera da lei, em nome da legalidade. Esta o prendia sem lei que a autorizasse e, até contra a Lei das leis, o encerrava logo após num cubículo, de preso comum, em inteira senão mais forte sujeição ao regime deste e seu regulamento. E só a moléstia ali contraída ficou devendo sua transferência, já em estado grave, para o hospital da Brigada, onde um acidente no tratamento o pôs às portas da morte. A essa calamidade unicamente ficou devendo também não ter sido, como seus consócios de presidio e hospital, degredado na madrugada de 12 de setembro passado, pois novo surto de septicemia o prostrava dias depois ainda mais grave, obrigando sua remoção altas horas de 17 de setembro citado para a Casa de Saúde S. Sebastião, onde deu entrada, por protesto de seu médico Dr. Guilherme Armando, para ser incontinenti operado sob pena de morte. Ali ficou internado sempre incomunicável como na brigada, e já à custa de seu falecido pai. E ali continua até o presente, prese, devendo maior brandura na sua primitiva incomunicabilidade a circunstância também calamitosa, de quasi moribundo, ter seu pai, desesperançado de o rever no lar, descido do interior para, com sacrifício de sua abalada vida, dar-lhe o derradeiro beijo.

Maurício acabou demitido do jornal em que trabalhava, por pressões políticas, e seu pai passou a lhe fornecer auxílio material, quando o então presidente Arthur Bernardes começa a “descontar” no Supremo os votos

56 LACERDA, op. cit., p. 34-55.

do pai de Maurício, o Ministro Sebastião Lacerda que, doente, foi ao Supremo julgar o famoso HC dos alunos da Escola Militar.

Famoso também o episódio da chantagem de Bernardes contra o Ministro Lacerda pela vaga de coletor de impostos de Petrópolis, cuja vaga beneficiaria um sobrinho do Juiz do Supremo. Mas não é a única e nem a mais notável pressão que o então Presidente da República fez contra um juiz do Supremo.

Para uma percepção da fibra e perfil do ministro Sebastião Lacerda, registremos, a propósito, que em maio de 1914, o jurista Rui Barbosa pediu ordem de Habeas Corpus para os redatores, diretores, revisores, compositores, vendedores e impressores do “O Imparcial”, do “Correio da Manhã”, da “Época”, da “A Noite” e da “Caretá” – *“jornais e revistas que se estampavam na capital e, de forma geral, para os de todos os diários e revistas, a fim de que, escudados na garantia constitucional, se pudessem imprimir e distribuir pela circulação pública, livremente”*, não obstante o estado de sítio decretado pelo governo.⁵⁷

Ao fundamentar seu pedido, Rui afirmou que *“a Constituição, com as faculdades que encerrou no estado de sítio, quando decreta o Poder Executivo, não lhe deu o de subtrair a liberdade de imprensa. Se lhe tivesse dado seria, no ponto de vista democrático, no ponto de vista republicano, no ponto de vista do governo da nação pela nação, uma Constituição indigna, porque teria dado ao poder, com o direito de suprimir a publicidade, o de suprimir, moralmente, a nação”*. No Supremo, a maioria dos juízes da Corte votou a favor do governo, negando a ordem, muito embora, registre-se, votou com o relator, pela concessão, apenas Sebastião de Lacerda.⁵⁸

Ao votar pela concessão da ordem de HC, o ministro Sebastião de Lacerda mencionou que assim fazia porque tinha sido provado que o governo prorrogou, por decreto de 25 de abril, o estado de sítio até 30 de outubro, excedendo assim o período da sessão legislativa ordinária, exorbitando das faculdades que lhe eram conferidas, com a usurpação da função que cabia ao Congresso, e, em consequência, deveria se reconhecer o constrangimento ilegal.

Na série de julgamentos de que participou⁵⁹, Sebastião Lacerda foi ficando mal visto pelos membros do poder executivo, seja porque votava

57 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, n. 25, ano VIII, abr. de 1979.

58 Ibidem.

59 Especialmente os Habeas Corpus nº 8.526, 8.596, 8.343, 8.528, 8.849, 14.583, 23.985, 24.263 e 24.637, dos quais participou o ministro Sebastião Lacerda no STF.

contra as intenções governistas, seja porque seus filhos, Paulo e Maurício, estavam envolvidos com a política de oposição, notadamente na direção do Partido Comunista.

Conforme observa Flávio Galvão, “o governo usava de tudo para atingir a família Lacerda”, devendo ser registrado o episódio em que Sebastião Lacerda recebeu em sua casa alguns perseguidos políticos integrantes do partido comunista, que culminou com investidas contra a residência do ministro do Supremo:

Assim, - o governo organizou nova e aparatosa expedição policial-militar contra a chácara do ministro Sebastião de Lacerda, em Comércio, estação que hoje ostenta o nome daquele grande juiz do Supremo. O próprio ministro Lacerda deixou o registro da ocorrência, reproduzido pelo filho Maurício, na obra depoimento: “Invasão de minha chácara. Aos 28 de março de 1925, estando eu a convalescer-me de uma colite, que me acometera na véspera, durante todo o dia, despertou-me a notícia de que copiosa força militar da Brigada Policial do Rio de Janeiro penetrara nas minhas chácaras, cercando-me de todos os cantos, enquanto o delegado auxiliar pretendia falar-me. Entrada essa autoridade até junto do meu leito, ouvi-lhe a missão espantosa que trouxera, de ordem direta do dr. Afonso Pena Junior, ministro da Justiça. Tal incumbência, segundo me declarou cortesmente aquele delegado, era de obter minha permissão para uma vista d’olhos dentro em meu domicílio. Isto porque o seu chefe de polícia recebera denúncias de que, em minha casa, se abrigavam pessoas necessárias na polícia carioca. “Busca na residência de um ministro do Supremo? Nunca!” retorqui-lhe serena e firmemente. “O dr. Há de compreender que só poderia consentir nessa diligência, sem lesão da dignidade do meu cargo, se ela viesse por intermédio da Justiça. Uma diligência policial feriria a hombridade do meu nome e esta hei de mantê-la intacta. Podem se quiserem fazer a violência; mas a busca com o meu consentimento, isso nunca! E, se eu asilasse quem quer que fosse, ainda um criminoso comum, só o entregaria a um juiz, como eu, o direito de asilo para mim é e será sempre sagrado.”⁶⁰

Ponto nevrálgico da perseguição que sofreu o ministro do Supremo foi à culminância de seu fragilizado estado de saúde, que não era respeitado sequer por seus pares:

60 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

O estado de saúde e a necessidade da licença passaram então a constituir os argumentos do governo para ver se conseguia afastar Lacerda do Supremo, definitivamente, pela aposentadoria, ou ao menos, se conseguia afastá-lo, temporariamente, pela licença, impedindo-o de participar dos julgamentos que diziam respeito à ordem política. Insistindo na aposentadoria, que era a solução mais conveniente a seus interesses. O governo, através de ministros do próprio Supremo, ameaçava o ministro Lacerda de concessão de licença para tratamento de saúde sem vencimentos. Aliás, no exame de um dos pedidos de licença anteriormente por ele formulados, houve um ministro - Edmundo Lins - que votou nesse sentido, licença sem vencimentos! Outro ministro, o valetudinário André Cavalcanti, envolvido no rumoroso “caso da Revista do Supremo”, por mais de uma vez procurou Sebastião Lacerda, no hospital em que se encontrava este internado, para convencê-lo a aposentar-se ou a licenciar-se, licença - antecipou - que seria sem vencimentos, como já tinham assentado os ministros! Ao antigo colega do governo Prudente de Morais, Lacerda respondeu: ‘Morrerei ministro do Supremo Tribunal’.⁶¹

Registre-se, por limitações deste artigo, o último julgamento de Sebastião de Lacerda no Supremo Tribunal. Trata-se de um habeas corpus impetrado por ex-alunos da Escola Militar, levando o velho ministro a interromper sua licença de saúde, para participar da sessão em 25 de junho de 1925:

Sebastião de Lacerda votou concedendo a ordem, mas o habeas corpus foi denegado. O Supremo, como observa com procedência Maurício de Lacerda, segundo a doutrina do ministro Pires e Albuquerque, então procurador geral da República, preferiu fortalecer a autoridade do que defender a lei, que ele confessava ter sido violada na exclusão dos ex-alunos da Escola Militar, por necessidade de ordem pública. Nessa ocasião, tendo falecido um irmão de Sebastião, coletor em Petrópolis, o presidente Bernardes, narra Maurício, apressou-se em telegrafar ao ministro, assegurando-lhe estar empenhado em lavrar logo o ato de nomeação de um primo dos Lacerda para o cargo. A resposta do ministro ao presidente da República foi comparecer ao Supremo e votar pela concessão do habeas corpus aos jovens da Escola Militar, desta expulsos por terem participado do primeiro 5 de julho (o levante do Forte Copacabana).

61 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

Ao deixar o Supremo, voto vencido naquele julgamento, Sebastião de Lacerda, que já sentia a ronda da morte, pediu a Maurício de Lacerda para que fosse enterrado sem a toga de juiz. Naquele dia, quando ele se retirava do recinto do Tribunal por uma saída oposta a dos ministros, isto é, pela saída do lado do povo, vendo que se aprestava para tirar a toga e sentindo uma corrente de ar, Maurício lhe pedira para que não a tirasse ao ar corrente, pois se achava enfermo. Respondeu Sebastião, referindo-se à toga: “Ela está mais doente do que eu”. E depois, em casa, repetiu: Não me enterre com ela, que já nada mais exprime, nem vale”, Sebastião de Lacerda faleceu a 5 de julho de 1925, em sua residência da rua do Leão, n. o 30, bairro das Laranjeiras, no Rio. Cumprindo sua recomendação, não lhe vestiram a toga do Supremo Tribunal Federal.⁶²

Tais episódios fizeram com que entrasse para os anais da história o registro do ministro Sebastião Lacerda mencionando estar “enojado” do Supremo, e que a toga estaria mais doente do que o velho Juiz, já enfermo, quando já doente, ouviu de seu filho que não sáísse descoberto para a rua. O velho juiz pediu para ser enterrado sem a toga.

O Ministro estava enojado, ao que parece, era da disputa política que atingia um Tribunal, e que fazia um de seus juízes passar pela chantagem de ter que votar em determinado sentido se quisesse ver seu filho novamente, preso político em delicado estado de saúde. Denota fragmento de “constitucionalismo invertebrado”, que faleceria poucos dias depois para renascer, sugestivo de um “necroconstitucionalismo”. Talvez o que se esperava naquele momento fosse que agissem como integrantes de um “*Partido Político Sui Generis*”, ou uma “*Frente Parlamentar Anômala*”.

3 O NECROCONSTITUCIONALISMO E O CONSTITUCIONALISMO INVERTEBRADO BRASILEIRO

Embora seja difícil fazer a articulação de um período temporal maior, cujas premissas e conclusões pudessem ser aplicadas de maneira uniforme e minimamente adequadas, é possível observar que a judicatura do ministro Sebastião Lacerda no STF foi marcada pelo que podemos denominar de “necroconstitucionalismo”, em que o constitucionalismo – bem entendido, um documento constitucional com garantias institucionais e proteção de

62 GALVÃO, Flávio. Sebastião de Lacerda, juiz do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, n. 25, ano VIII, abr. 1979.

direitos - nasce, morre para tornar a nascer ali na frente, fruto, é certo, de um “constitucionalismo invertebrado”.

Projetos particularistas, que pretendiam ver no STF um aliado importante, como peça importante da engrenagem para a continuação de recrudescimento democrático (que poderíamos chamar “*antidemocracy law*”, referido no início), haja vista o estado de sítio e o momento histórico que era vivenciado, explicam a vida e a morte da democracia, assim como a vida e a morte do constitucionalismo.

A desconcertante frase de Ortega, de que uma nação seria uma massa humana organizada, estruturada por uma minoria de indivíduos seletos, seja qual for o nosso credo político, e o fato de termos um grupo de poucos ministros do Supremo tomando decisões da forma como o fazem e faziam, é uma comprovação desta assertiva:

La forma jurídica que adopte una sociedad nacional podrá ser todo lo democrática y aun comunista que quepa imaginar; no obstante, su constitución viva, transjurídica, consistirá siempre en la acción dinámica de una minoría sobre una masa. Se trata de una ineludible ley natural que representa en la biología de las sociedades un papel semejante al de la ley de las densidades en física.

Cuando en un líquido se arrojan cuerpos sólidos de diferente densidad, acabarán estos siempre por quedar situados a la altura a que por su densidad corresponden. Del mismo modo, en toda agrupación humana se produce espontáneamente una articulación de sus miembros según la diferente densidad vital que poseen. Esto se advierte ya en la forma más simple de sociedad, en la conversación. Cuando seis hombres se reúnen para conversar, la masa indiferenciada de interlocutores que al principio son, queda poco después articulada en dos partes, una de las cuales dirige en la conversación a la otra, influye en ella, regala más que recibe. Cuando esto no acontece, es que la parte inferior del grupo se resiste anómalamente a ser dirigida, influida por la porción superior; y entonces la conversación se hace imposible. Así, cuando en una nación la masa se niega a ser masa —esto es, a seguir a la minoría directora—, la nación se deshace, la sociedad se desmembra y sobreviene el caos social, la invertebración histórica.⁶³

A ausência de projetos de unidade, aliada a uma dupla falta, primeiro de um consenso mínimo produtora de diálogos, que descamba para projetos unilaterais, ditos “particularistas”, fazem de nosso edifício constitucional um sarcófago, um biombo dentro do qual se aceitam as melhoras intenções,

63 ORTEGA Y GASSET, José. *España Invertebrada*: Bosquejo de algunos pensamientos históricos. Madrid: Calpe, 1922.

não raro oriundas de benfeitores que fazem de seus projetos perspectivas de um futuro lindo, embora sempre venha a ser uma “linda delinquência”.

Quando o Ministro Sebastião Lacerda foi chantageado pelo presidente Arthur Bernardes, para que votasse de uma determinada maneira, é certo que isso já era também um microcosmo do constitucionalismo invertebrado, que poucos anos depois viria a gerar mais uma morte, e mais um nascimento de regimes constitucionais, “necroconstitucionalismo”.

Os ditos fenômenos constitucionais são observáveis em várias outras épocas, através das mais variadas lentes e cores, e não adota forma política ou regime específico. Basta estar vivo para poder morrer, decorrente da invertebração de projeto constitucional de caráter duradouro.

Poderíamos recordar J.J. Calmon de Passos, em observação de que o paternalismo da constituinte de 1946 culminou com a derrocada de 1964, e que ele agradeceu a morte por não permitir que viesse a ver aonde o paternalismo de 1988 irá conduzir⁶⁴, fragmento que encerra este raciocínio, e não seria tolice dizer que o século XXI será o banco de provas desta assertiva, pois o mesmo paternalismo presente nas rupturas constitucionais também está presente nos seguidos “momentos” de vida e morte. Cuida-se de uma tríade identificável na medula do espelho democracia-constitucionalismo: invertebração, vida/morte e paternalismo particularista.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso pensar sobre o fato de o Supremo Tribunal Federal, ser - ter sido ou vir a ser - não apenas uma igreja militante - para usar a epígrafe deste artigo, mas para marcar uma era de buscas por reformas institucionais, tão caras quanto necessárias.

Uma igreja militante pressupõe doutrinação, fiéis, pecado e expiação. Também pressupõe paraíso, purgatório, inferno e condenação. Ao fim e ao cabo, parecia estar certo Rudolf von Jhering⁶⁵, em seu sonho sobre o paraíso dos conceitos jurídicos: basta uma “prensa-hidráulica-conceitual” e uma máquina de partir um conceito jurídico, ou um fio de cabelos, em 999.999 partes iguais.

64 CALMOM DE PASSOS, J. J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012.

65 Publicado originalmente em: “Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantastiebild”. In: Scherz Und Ernst In Der Jurisprudenz, 1884 by Breikopf & Hartel, Leipzig, e traduzido para o inglês (versão aqui utilizada) por Charlotte L. Levy, como “In The Heaven for Legal Concepts: A Fantasy”, *Temple Law Quarterly*, v. 58, 1985.

Basta pegarmos a democracia – ou o constitucionalismo, pouco importa a ordem e a disposição dos fatores – e dividi-los em algumas partes: a uma delas chamaremos de “Congresso Bicameral”, a outra delas chamaremos de “partidos políticos”, a outra delas chamaremos de “presidencialismo”, e a outra de “Suprema Corte”; temos então uma república composta à feição madsoniana.

Desenhamos num livro-pergaminho uma declaração de direitos, distribuimos cartilhas aos fiéis, e também esperamos pela disputa entre as lideranças carismáticas pelas cúpulas decisórias, centrando as falas nos poderes de indicação. Se um herói aparece, nasce, morre e ressuscita – depois de abatido pelo redemoinho político – mais do que uma confirmação do monomito do herói de mil faces, temos a eucaristia que advém do “necroconstitucionalismo” fruto do “constitucionalismo invertebrado”.

Em uma análise histórico-constitucional, o período de judicatura do ministro Sebastião Lacerda, no Supremo Tribunal Federal, foi marcado por muitos eventos, e os dados observados no artigo são sugestivos de que falemos em um constitucionalismo invertebrado, que deu origem a um constitucionalismo morto-vivo, que morreu a partir de uma ruptura institucional, para nascer logo ali na frente, nos conduzindo a uma maior atenção entre as tensões possíveis entre constitucionalismo e democracia, e os arranjos institucionais possíveis.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *La Nueva Division de Poderes*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

BOECHAT RODRIGUES, Lêda. *História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Civis, Tomo I. (1891-1898)*, 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. O poder moderador na Constituição do Império. *Revista de Informação Legislativa*, v. 11, n. 41, p. 27-32, jan./mar. 1974.

BORK, Robert. “Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary”, *Heritage Lectures*, n 1147 (2008).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Villas Boas em Homenagem ao centenário do ministro Sebastião Lacerda. *Diário da Justiça*, ano XXXIX, n. 89, Terça-Feira, 19 de maio de 1964.

_____. Senado Federal. *Jornal do Senado*, Ano XIX, n. 3.865 de 7 de maio de 2013.

CALMOM DE PASSOS, J. J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012.

CAREY, George; MCCLELLAN, James (Org). *The Federalist, by Alexander Hamilton, John Jay, and James Madson*. The Gideon Edition. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios de Política Aplicáveis a todos os Governos*. Tradução de Joubert Brízida. Rio de Janeiro: Top Books, 2007.

CHACON, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DAHL, Robert. *How Democratic Is the American Constitution?* 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2003.

D'ASSUNÇÃO BARROS, José. Sobre a Feitura da Micro-História. *OPSIS*, v. 7, n. 9, jul./dez. 2007.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3: 1, p. 2-11, 1995.

_____. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. Em: DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Tradução de Clovis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México-DF: Fontamara, 1997.

_____. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford, 2013.

_____. Constitucionalismo Latinoamericano, Direitos Sociais e a Sala de Máquinas da Constituição. Tradução de Thiago Aguiar de Pádua. *Universitas Jus*, v. 27, n. 2, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766-781, December 2001.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional: 1889-1934*. Tradução de Lêda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, *Annu. Rev. Polit. Sci.*, 2008.

JHERING, Rudolf von. In The Heaven for Legal Concepts: A Fantasy. Tradução de Charlotte L. Levy, *Temple Law Quarterly*, v. 58, 1985.

KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Tradução de Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

LACERDA, Mauricio. *Historia de uma covardia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927.

_____. *Entre Duas Revoluções*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1927.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil. *Revista DADOS*, v. 48, n. 3, 2005.

MYERS, Gustavus. *History of the Supreme Court of the United States*. Chicago: Charles H. Kerr & Co., 1912.

OBAMA, Barack. *Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text*. Disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>. Acesso em: 19 set. 2016.

ORTEGA Y GASSET, José. *España Invertebrada: Bosquejo de algunos pensamientos históricos*. Madrid: Calpe, 1922.

PADUA, Thiago Aguiar. Triângulo da Violência argumentativa- cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2: 73-142, may/aug., 2014.

_____; GUEDES, Jefferson Carús. O paraíso dos conceitos jurídicos do jurista alemão Rudolf von Jhering (parte 7). *Conjur*, de 12.06.2017.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização constitucional*. Brasília: UnB, 2011.

PILDES, Richard H. Democracy, Anti-Democracy, and the Canon. *Constitutional Commentary*, 2000.

POSNER, Richard. The Court: A Talk with Judge Richard Posner, by Eric Segall. *The New York Review of Books*, september 29, 2011, v. 58, n. 14, 2011.

ROBERTS, John. *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, JR. to be Chief Justice of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Ninth Congress, First Session, on S. J-109-37, September 12-15, 2005, 109rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 2005.*

RUBY, Albert. *Our Supreme Court*. Legal Chatter 4 1937-1938.

SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. Tradução de Francisco Rocha Filho e Oswaldo Blois. São Paulo/Lisboa: Fundo de Cultura, 1965.

TUSHNET, Mark. *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*, New York: Norton & Company 70, 2013.

_____. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, 2004.

_____. Toward a Revisionist History of the Supreme Court. *Cleveland State Law Review*, v. 36, 1988.

VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: GUILHERME MOTA, Carlos; SALINAS, Natasha S. C. *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALDRON, Jeremy. The Constitutional Conception of Democracy. Em: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.