XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JÂNIO PEREIRA DA CUNHA

GEYSON JOSÉ GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Geyson José Gonçalves da Silva; Jânio Pereira da Cunha. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-842-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o XXX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 15 a 17 de novembro de 2023, sob o tema geral "Acesso à justiça, solução de litígios e desenvolvimento". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Unichristus. Trata-se de mais um mega congresso do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde o processo legislativo, passando pela discussão envolvendo a adoção de algoritmos pelo Poder Judiciário e ativismo judicial. Controle de constitucionalidade, constitucionalismo latinoamericano, sistemas de governo, efeito backlash, dentre outros temas, se destacaram nas discussões do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Geyson José Gonçalves da Silva

Jânio Pereira da Cunha

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DO SÉCULO XIX

CONSTITUTIONALITY CONTROL AND BRAZILIAN CONSTITUTIONAL THOUGHT OF THE 19TH CENTURY

Lincoln Mattos Magalhaes [1]
Jânio Pereira da Cunha [2]

Resumo

O estudo faz uma imersão na arqueologia do pensamento constitucional brasileiro investigando as origens da revisão judicial entre nós. Discute-se, com efeito, se a instituição e o acolhimento do controle de constitucionalidade no Brasil resultou de uma simples importação do paradigma do judicial rewiew estadunidense, ou se é fruto de um debate teórico amadurecido e tematizado desde muito antes do advento da Constituição de 1891. Sob essa mirada, sem excluir a importância de Rui Barbosa, mas igualmente sem se limitar a ele como mentor exclusivo dessa empreitada, escrutinam-se alguns precursores teóricos da intelectualidade jurídica pré-republicana nacional na intenção de desmitificar algumas crenças históricas, e de refazer os passos da ascensão e da afirmação do Poder Judiciário enquanto instituição referente de fiscalização da validade constitucional de leis e de atos normativos do poder público. Em última análise, busca-se apontar em que extensão a doutrina constitucional brasileira do século XIX contribuiu para o desenvolvimento de um background crítico em matéria de controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle, Constitucionalidade, Pensamento, Constitucional, Brasileiro

Abstract/Resumen/Résumé

The study immerses itself in the archeology of Brazilian constitutional thought, investigating the origins of judicial review among us. It is discussed, in effect, whether the institution and reception of constitutionality control in Brazil resulted from a simple import of the American judicial review paradigm, or whether it is the result of a mature theoretical debate and thematized since long before the advent of the Constitution of 1891. From this perspective, without excluding the importance of Rui Barbosa, but equally without limiting himself to him as the exclusive mentor of this endeavor, some theoretical precursors of the national pre-republican legal intellectuality are scrutinized with the intention of demystifying some historical beliefs, and of retrace the steps of the rise and affirmation of the Judiciary as a

[1] Mestre e doutorando em direito constitucional público pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Centro Universitário Uniateneu

[2] Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) e do Curso de Direito do Centro Universitário Christhus (UNICHRISTUS). Doutor em Direito Constitucional (UNIFOR)

reference institution for monitoring the constitutional validity of laws and normative acts of public power. Ultimately, we seek to point out to what extent the Brazilian constitutional doctrine of the 19th century contributed to the development of a critical background in matters of constitutionality control

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control, Constitutionality, Thought, Constitutional, Brazilian

1 INTRODUÇÃO

A história do controle de constitucionalidade no Brasil é escassa de registros e deficiente de bons apontamentos. Embora a arqueologia do constitucionalismo brasileiro seja pródiga em cogitações sobre teoria e a dogmática da revisão constitucional, suas técnicas, procedimentos, pretensões normativas, interfaces com a política e relação com a ideia de democracia, doutrina e literatura, quando muito fazem, reproduzem chavões que pouco favorecem o desenvolvimento de uma investigação mais acurada e específica.

A hipótese mais decantada e difundida é de que o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil graças a adequação do *judicial rewiew* norte-americano ao modelo constitucional brasileiro, devida, exclusivamente, ao esforço e à inteligência individual de Rui Barbosa, para alguns, a autêntica versão "tropical" do *chief justice* John Marshall. Tal afirmação, malgrado não configure um erro de perspectiva, perpetua um discurso mitificado cuja validação teórica, antes reforça a afirmação de certos clichês político-jurídicos do que propriamente vocaciona a construção de um pensamento constitucional genuinamente brasileiro.

Essa tendência de americanização fundacional de nosso constitucionalismo, que o reconhece como "fruto da mera implantação ou cópia de um modelo estrangeiro" (CONTINENTINO, 2015, p. 29), e não como o produto do amadurecimento evolutivo de um debate político e jurídico encaminhado e desenvolvido por uma elite intelectual, em grande parte também brasileira, impôs como resultado um "[...] desperdício da experiência constitucional anterior à Constituição de 1891, que se mostra paradoxal e incrivelmente presente nas estruturas semânticas da Constituição Federal de 1988 [...]" (CONTINENTINO, 2015, p. 22).

Revisitando esse discurso, e forte em Oliveira Viana quando lembra que "a evocação do passado não tem apenas o valor de uma simples satisfação de nossa curiosidade de conhecer" (1939, p. 339), algumas interrogações oportunamente se colocam, dentre as quais as seguintes: a) o controle de constitucionalidade foi, de fato, introduzido no Brasil de modo artificial e em razão de uma transposição de fora para dentro do modelo então vigorante nos Estados Unidos da América? b) é justo e correto afirmar que Rui Barbosa foi o único e exclusivo mentor intelectual dessa empreitada? c) A prática da revisão judicial existiu entre nós, ainda que empiricamente, antes da

Proclamação da República e da primeira Constituição Republicana, em 1891? d) é possível sustentar que havia, já durante a Constituição Imperial de 1824, um debate efetivo, ou um ambiente político-institucional favorável à adoção entre nós de um sistema de controle de constitucionalidade e de um regime que insinuasse a independência do Poder Judiciário para o desempenho dessa função? e) em alguma medida (e, caso afirmativo, em que extensão), o pensamento constitucional brasileiro do século XIX (e do início do século XX) contribuiu ou foi decisivo para o desenvolvimento de um background crítico em matéria de controle de constitucionalidade?

O objetivo deste estudo, portanto, é expandir o recorte retrospectivo da abordagem tradicional – cuja régua parece, em um olhar de trás para frente, alcançar apenas os vesperais da fase pré-republicana – para compreender que aspectos e condicionamentos foram determinantes na construção e no desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro (com especial relevo ao controle judicial de leis) desde as suas mais remotas fundações até os dias atuais.

Para tanto, o trabalho se organiza em quatro seções. A segunda, após esta introdução, aborda a mitologia subjacente ao assunto, revisitando algumas crenças, narrativas e versões que permeiam o imaginário teórico e que estão frequentemente associadas às origens do controle de constitucionalidade no Brasil.

O terceiro capítulo busca reproduzir o ambiente intelectual dos idos pré-republicanos, ecoando algumas vozes influentes do constitucionalismo imperial as quais, sem excluir a importância e a participação de Rui Barbosa, mas igualmente sem se limitar a ele, ajudaram, em maior e em menor medida, a implementar uma atmosfera propícia de consolidação das capacidades institucionais do Poder Judiciário como instância de fiscalização da compatibilidade material e formal de leis e atos normativos com a Constituição.

O tópico seguinte dedica-se a uma análise sistemática e contextual de indícios concretos não convencionais de que, já bem antes da Proclamação da República, não obstante o monopólio de interpretação das leis a essa época coubesse normativamente ao Poder Legislativo (e na prática ao Poder Moderador), "a atividade interpretativa dos juízes foi paradoxalmente tolerada, desde que limitada ao caso concreto" (CONTINENTINO, 2015, p. 413).

O quarto e último item abriga um tópico de desfecho contendo um resumo crítico e descritivo das ideias expostas e a conclusão analítica acerca dos resultados obtidos.

2 RAÍZES DA REVISÃO JUDICIAL NO BRASIL E O DESPERDÍCIO CRÍTICO DA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS TEMPOS DE IMPÉRIO

Simplificar as coisas no afã de melhor compreendê-las é, certamente, uma tentação argumentativa comum. Na reconstrução de certos arranjos teóricos o recurso à mitologia conceitual funciona ora como mecanismo para a superação de aporias históricas (tais como a falta de dados consistentes sobre o objeto em análise), ora como instrumento de diálogo e de atribuição de sentido interno entre duas ou mais ideias que em princípio se mostram desconexas.

No que tange especificamente às raízes do controle de constitucionalidade no Brasil, o tema é cercado de crenças e frequentemente tratado a partir de certas simplificações, as quais, embora não sejam de todo inverídicas, desprezam complexidades do passado que seriam e são indispensáveis para uma maior e melhor compreensão da própria dinâmica do constitucionalismo nacional no presente.

Ou, se não, como acreditam alguns, a desconsideração parcial da história constitucional brasileira pode, inclusive, ser fruto de uma deturpação consciente e predeterminada, a serviço de selecionar fatos, ou de promover o predomínio proposital de certas versões e de certas narrativas. Como acentua Marcelo Continentino:

> A mitificação constitucional é responsável pelo encobrimento de uma rica e complexa reflexão constitucional desenvolvida no império, a qual, sem a menor dúvida, tem relevância e impacto no debate político atual, não para apontar resultados certos e determinados, mas para indicar possibilidades e perspectivas distintas de reflexão. [...] Isso pode, talvez, ser um mero acaso ou infortúnio inconsciente da ignorância histórica. Entretanto, pode ser fruto de uma consciente manobra historiográfica que, mediante atos de esquecimento e memória, pretende fazer prevalecer determinada narrativa, definindo-se seletivamente os fatos e as características do passado a serem lembrados (CONTINENTINO, 2015, p. 30).

Dentre os mitos que alimentam especulações sobre o assunto, o que talvez primeiro venha a mente é o que identifica o julgamento do caso Marbury v. Madison, como a pedra fundamental ou como marco inaugurador do controle judicial de constitucionalidade na experiência jurídica mundial.

A esse respeito, sem desmerecer a importância do julgado, ou mesmo propor uma releitura de certas premissas do constitucionalismo norte-americano, apurações históricas dão conta de que, antes do *Supreme Court decision* de 1803, alguns precedentes já pavimentavam a instituição de um ambiente político-jurídico que "viria a dar sustentabilidade à decisão do Chief justice Jonh Marshall e consagrar-se no conceito de judicial rewiew" (CONTINENTINO, 2016, p. 118).

Ainda no século XVIII há registros de decisões em tribunais estaduais que simplesmente recusaram a aplicação de normas jurídicas em vigor por violarem a Constituição do país. Destacam-se, exemplificativamente, o caso Holmes v. Walton, julgado pela suprema Corte de Nova Jersey em 1780, o caso Rutgers v. Waddington, julgado pela Mayor's Court de Nova York, em 1784, e o caso Trevett v. Weeden, julgado em 1786, na Superior Court of Judicature of Rhode Island.

Infere-se, portanto, que, a despeito da simbologia presente em Marbury v. Madison, esta certamente não foi a seminal ocasião, ou a oportunidade primeira em que uma corte de língua inglesa desafiou as tradições da supremacia parlamentar, ou cortejou a ideia de estruturação de uma cultura jurídica na qual juízes nomeados estariam aptos a exercer controle institucional sobre a validade de leis aprovadas pelos representantes do povo (CONTINENTINO, 2016).

Outra crença que circunda o senso comum é a de que o controle de constitucionalidade foi artificialmente introduzido no Brasil mediante uma acoplagem ou uma transposição pura e simples do modelo estadunidense judicial rewiew of law. Conforme se acredita – embora sob uma explicação ligeira e inconsistente, como se disse – a prática da revisão judicial de atos normativos no Brasil nasceu por força de uma incorporação ao constitucionalismo brasileiro da técnica jurisprudencial arquitetada pelo Chief Justice Jonh Marshall para decidir o case Marbury v. Madisson[1].

Essa conjectura, aliás, descortina um terceiro mito que rodeia a compreensão dogmática da matéria: a de que sua origem por aqui se deu pelo empreendimento de um único e só pensador e pelos esforços de uma única e só criatividade. Com efeito, naturalizou-se, entre nós, a noção incompleta de que o controle de constitucionalidade no Brasil foi implantado, normatizado e colocado em movimento "[...] graças ao gênio de Rui Barbosa, ao revisar o Projeto de Constituição da 'Comissão dos Cinco', encaminhado ao Congresso Constituinte e convertido na Constituição da República, em 1891" (CONTINENTINO, 2015, p. 31).

Todavia, ainda que pareça simplório imaginar que uma única pessoa mereça a condição ou reconhecimento de ser o arquiteto, ou o pai-fundador de uma das mais relevantes instituições do constitucionalismo brasileiro, uma ampla maioria de autores

[1] Cf. Continentino (2015, p. 44): "Com isso, o discurso constitucional brasileiro se constrói e se consolida sobre pilares míticos que empobrecem nossa reflexão constitucional, porquanto nos faz acreditar que uma das práticas institucionais mais relevantes do nosso sistema jurídico é produto de um mero transplante do modelo norte-americano, algo imposto de fora para dentro, independentemente das condições internas".

adota essa versão como a oficial e admite, sem maiores questionamentos, que, no Brasil, o sistema constitucional de revisão de leis e atos normativos deve a quase exclusividade de seus créditos ao talento e ao empreendedorismo intelectual de Rui Barbosa (BITTENCOURT, 1949; BUZAID, 1959; CORRÊA, 1987; BONAVIDES, 2003).

O quarto e último "clichê" histórico que normalmente é associado à literatura do controle de constitucionalidade no Brasil é o de que este seria, fundamentalmente, uma empreitada republicana. Em outros termos, conforme a narrativa de hábito o controle de constitucionalidade não existia no período constitucional imperial e foi criado apenas em razão do Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que instituiu a chamada Constituição Provisória.

Essa, talvez, seja a questão principal a ser aqui enfrentada: nos quase 70 anos de vigência da Constituição do Império não houve qualquer registro de prática institucional semelhante a um controle de constitucionalidade? Existia no espaço político-jurídico nacional um ambiente fértil a fomentar essa discussão? Será que – como assevera Gilmar Mendes[2] – a presença do Poder Moderador na fase imperial inibiu ou inviabilizou qualquer discurso anterior que sustentasse a fundação e a manutenção de um sistema de garantia judicial da Constituição?

Seja como for, buscar de algum modo o elo perdido das origens de nosso controle judicial de constitucionalidade é tarefa que anima a compreensão de temas atuais, cuja abordagem tende a se tornar mais rica e mais completa na medida em que esclarecimentos históricos venham à tona e tragam novas luzes a um passado pouco refletido e insuficientemente tematizado. O item seguinte tratará especificamente dessa investigação, na intenção uma visão mais crítica e igualmente desgarrada da linguagem mitológica que impregna o debate.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Como visto no tópico anterior a historiografia do controle de constitucionalidade no Brasil é pródiga de ilusionismos. Na miopia da inteligência tradicional, o que se é a mera reedição de estereótipos segundo a qual nosso modelo normativo de garantia (judicial) da Constituição é uma imitação do judicial *rewiew of law* norte-americano, que foi absorvido no Brasil pelo esforço de um único indivíduo (Rui Barbosa) e que não

existia institucionalmente durante o Império, tendo sido, por assim dizer, implantado com o advento da República em razão do Decreto nº 510, de 1890, que instituiu a Constituição Provisória do mesmo ano.

Indícios e fragmentos históricos, contudo, revelam algumas peculiaridades. A própria configuração híbrida e de legitimação ampla de nosso atual modelo de controle de constitucionalidade inspira questionamentos. No Brasil, como se sabe, vigora, hoje, um sistema que congrega elementos tanto europeus, quanto norte-americanos, no qual diversas técnicas hauridas de ambas as tradições jurídicas parecem (ou tentam, pelo menos) conviver em certa harmonia (LUNARDI, 2020).

Esse diálogo entre dois modelos de carizes distintos descreve, aliás, um desenho institucional que tudo indica ser tipicamente brasileiro. Afinal, dentre as nações que aderem ao controle judicial de constitucionalidade, nenhuma há, em princípio, que, a um só tempo, (i) adote uma metodologia mista (controles abstrato e difuso) de fiscalização de leis e atos normativos; (ii) consagre tamanha diversidade de instrumentos para proteção da Constituição e dos direitos: e (iii) mantenha uma Suprema Corte que funcione simultaneamente como tribunal constitucional e como última instância revisão jurisdicional.

Tais caraterísticas não apenas destacam o constitucionalismo brasileiro no cenário internacional, como, de certo modo, estimulam uma crítica sobre a afirmação de que o nosso sistema de proteção constitucional não é, em suas raízes, nada mais do que um transplante puro e simples, ou uma cópia "mal-acabada", de um modelo estrangeiro.

A título de verificar essa hipótese, assoma investigar, nesta seção, de que forma – se é que algo relevante aconteceu nesse sentido – o constitucionalismo crítico imperial refletiu sobre a criação de uma jurisdição constitucional e/ou contribuiu para a formação de um ambiente jurídico (e político) favorável à implantação de um sistema de controle de constitucionalidade.

3.1 A Constituição de 1824 e sua (parcial) adesão às ideias de Benjamin Constant

Nos primeiros anos do século XIX, um fenômeno político-cultural registrou relevante assento na história do constitucionalismo brasileiro: a incorporação ao vocabulário luso-brasileiro de conceitos e expressões iluministas (liberdade, igualdade e fraternidade) que embalaram as revoluções burguesas e se difundiram mundo afora a acelerar a superação do Estado Absolutista.

Embora essas expressões não tenham reverberado por aqui com a mesma intensidade que na França e na Inglaterra, sua absorção inspirou movimentos de regeneração política tanto no Brasil quanto e em Portugal. A palavra liberdade, em especial, adquiriu, entre nós, um significado exorbitante de sentido filosófico. Segundo Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves,

> [...] confundia-se com o próprio movimento revolucionário que pretendeu colocar por terra os alicerces do Antigo Regime. Nesse sentido, para ser respeitada e considerada como um dos principais direitos individuais do cidadão precisa ser garantida por meio de uma Constituição e através de medidas e providências governamentais que assegurem a estabilidade, o sossego e a união, pois só assim era possível o triunfo da causa da Liberdade, da razão e da Justiça (2003, p. 143).

Não obstante, o discurso liberal foi incialmente recepcionado no Brasil com moderação. Para a elite intelectual da época, a ideia de liberdade representava um conceito de oposição ao despotismo, mas não uma lógica de proximidade com a democracia e seus princípios e valores. Mesmo a chamada elite brasiliense, apesar de adepta do separatismo com Portugal, não era simpática a radicalismos do ponto de vista socio-econômico, talvez pelo temor de acontecesse no Brasil, o que aconteceu na França revolucionária. Para Emília Viotti da Costa:

> Os liberais brasileiros importaram princípios e fórmulas políticas, mas as ajustaram às suas próprias necessidades. [...] Por toda parte as estruturas econômicas e sociais impuseram limites ao liberalismo e definiram as condições da sua crítica. [...] No Brasil, os principais adeptos do liberalismo foram homens cujos interesses se relacionavam com a economia de exportação e importação. Muitos eram proprietários de grandes extensões de terra e elevado número de escravos e ansiavam por manter as estruturas tradicionais de produção ao mesmo tempo que se libertavam do jugo de Portugal e das restrições que este impunha ao livre-comércio. As estruturas sociais e econômicas que as elites brasileiras desejavam conservar significavam a sobrevivência de um sistema de clientela e patronagem e de valores que representavam a verdadeira essência do que os liberais europeus pretendiam destruir. Encontrar uma maneira de lidar com essa contradição (entre liberalismo, de um lado, e escravidão e patronagem, do outro) foi o maior desafio que os liberais brasileiros tiveram de enfrentar. No decorrer do século XIX, o discurso e a prática liberais revelaram constantemente essa tensão" (COSTA, p. 132-134).[3]

Sob essa conjuntura, o Brasil se emancipou da coroa portuguesa, e D. Pedro I, convocou uma Assembleia Constituinte em 03 junho 1823, mas a dissolveu em 12 de novembro do mesmo ano, sob a promessa de entregar ao "povo" uma Constituição

[3] Veja-se, igualmente, Maria Emília Prado: "[...] o império nascente precisava conviver com a ambiguidade proveniente de ter sido seu estabelecimento efetuado com base nos pressupostos liberais e não terem sido essas ideias utilizadas para romper a ordem escravista, além do que a vigência da escravidão inviabilizaria que este Estado se constituísse por meio de um pacto liberal e/ou democrático" (PRADO, 2013, p. 168).

"duplicadamente mais liberal". Tal afirmação, de pendor claramente retórico, servia e serviu de pretexto para ocultar um paradoxo incontornável que, desde sempre, permeou a formação do constitucionalismo no Brasil: "[...] o de limitar um poder (imperial), que se pretendia ilimitável, isto é, o de apenas vestir um Estado absoluto com o figurino constitucional sem, no entanto, internalizar práticas constitucionais e dos direitos individuais" (CONTINENTINO, 2015, p. 144).

A Constituição de 1824, com efeito, foi outorgada nesse contexto ideológico de consolidação da independência e de incorporação comedida dos ideais revolucionários surgidos no final do século anterior, apoiando-se, desse modo, em um clássico pensador do liberalismo: o político e escritor Benjamin Constant. Inicialmente influenciado pela Revolução Francesa, da qual chegou inclusive a participar, Constant se aproximou de Napoleão Bonaparte a partir de 1814 e reformulou as bases de sua teoria (que, em um primeiro momento, evocava princípios republicanos), aderindo a um discurso de apologia e de exaltação à Monarquia Constitucional (CONTINENTINO, 2015).

Sob tal pressuposto, ele reformulou as cogitações de Montesquieu, para adequá-la a uma agenda de fortalecimento do governante e de valorização/proteção dos direitos individuais. Como ponto central, ele defendia a incompletude da doutrina da *tripartição de poderes* propondo, em sua substituição, a criação de um quarto poder – o poder real ou neutral – cuja finalidade seria fiscalizar e dirimir os conflitos decorrentes da relação entre os outros três.

Como se depreende de seu próprio título, o poder neutral seria, em princípio, um poder isento e apartidário, cuja atividade cingir-se-ia à contenção de eventuais excessos nos quais os demais poderes viessem a incorrer. De certo modo, funcionaria o poder neutral – cujo exercício necessariamente caberia ao rei ou ao imperador – funcionar como uma espécie de "Justiça" entre os poderes convencionais, incumbindo-se de lhes julgar em seus atos e lhes supervisionar em suas ações "[...] a fim de manter a engrenagem estatal operando harmoniosamente" (CONTINENTINO, 2015, p. 151).

Por conseguinte, a só e simples coexistência do Poder Neutral como inspetor dos demais poderes do Estado seria incompatível com a ideia de pensar um Poder Judiciário como fiscal ou como guardião da normatividade. Mesmo porque qualquer pronunciamento judicial que viesse a suprimir ou a recusar a aplicação de uma lei aprovada pelo Parlamento implicaria conflito entre esses dois poderes (Legislativo e Judiciário) cuja resolução e cuja última palavra caberia a nenhuma outra instituição, se não ao poder estabilizador (neutral) do monarca.

Contudo, na retórica da Constituição outorgada, de 1824, a ideia de um poder neutro instituído para conter excessos e evitar que os outros poderes sobejassem suas prerrogativas em detrimento das liberdades individuais, foi recepcionada com distorções. Em verdade, a defesa de Constant em favor de um sistema de limitação do poder político – mediante a instituição de um quarto poder voltado à mediação e ao equilíbrio dos demais – era incompatível com o projeto autoritário e centralizador que inspirava a construção da ordem imperial.

Nessa medida, com o advento constitucional, o poder neutral foi adaptado aos interesses da elite e serviu de esteio para a fundação do Poder Moderador, desviando-se de sua vocação teórica originária para se moldar como um instrumento político de concentração de poderes na pessoa do imperador.[4] Desse modo, o poder neutral idealizado por Constant e convertido em poder moderador no ambiente da Carta Imperial revelou-se como o fragmento mais elementar e estruturante na formação do controle de constitucionalidade no Brasil.

3.2 Da Exaltação à Constituição Imperial ao Surgimento de um Discurso Constitucional Crítico

A vigência da Constituição de 1824 demarcou um ambiente político de inicial euforia. E o entusiasmo não era para menos. O sucesso do constitucionalismo no Brasil simbolizava, aos olhos da elite, a vitória de um empreendimento que, embora disfarçado em uma retórica liberal, consolidava um projeto de concentração de poderes quase ilimitados em mãos do imperador.

As ideias que circulavam à época cingiam a um modelo de separação de poderes que gravitava em torno da soberania e da proeminência do monarca como dimensão máxima e superior de legitimação da ordem jurídica.

Não fosse a voz isolada de Frei Caneca, único, se não um dos poucos que se opuseram à Constituição outorgada em geral, e ao exercício do Poder Moderador, em particular, a quase totalidade do mundo jurídico assumiu uma postura de ufanismo e de apologia ao novo regime.

[4] "É bem provável que este poder neutro tenha inspirado a formulação do Poder Moderador brasileiro. Os comentários sobre a Carta Imperial, outorgada em 1824, sempre aludem a influência de Constant sobre seus redatores. Há, no entanto, uma diferença considerável, pelo menos ao longo do Primeiro Reinado. O Poder Moderador não era separado do Executivo. É apenas com D. Pedro II que, ao se estabelecer um regime parlamentarista, o Ministério se distingue do Monarca" (GHELERE, 2008, p. 49).

É de considerar, em todo caso, que os espaços dialógicos para expressão de ideias praticamente não existiam à época. Após dissolver a Constituinte e restringir amplamente o acesso à liberdade de imprensa, em novembro de 1923, Dom Pedro I pôs em prática uma estratégia de repressão e de perseguição a possíveis inimigos, chegando mesmo a instituir políticas e estratégias de premiação e de recompensa material em favor de delatores voluntários (LUSTOSA, 2000).

Por essa razão, a fotografia do pensamento constitucional brasileiro no período posterior ao advento da Carta de 1824 ilustrou um cenário contido e quase silencioso que, talvez pelo temor a represálias, ou em virtude de conveniências diversas, evitou fazer críticas ou investigar os antecedentes políticos e históricos de nosso constitucionalismo recém-inaugurado, a não ser para enaltecer o novo regime ou para corroborar e reafirmar sua legitimidade.

Não destoaram desse padrão meramente expositivo e conservador juristas e escritores como José da Silva Lisboa, José Paulo Nabuco de Araújo, Lourenço José Ribeiro, José Maria de Avellar Brotero e Pedro Autran da Matta Albuquerque.

Em comum a eles, além da exaltação à monarquia e à ideia do poder moderador, a convicção de que o poder judiciário seria uma instituição inferior, vinculada a ou resultante de uma ramificação do poder executivo e sem qualquer aptidão para exercer um controle de constitucionalidade das leis.

Paralelamente à posição ufanista da crítica brasileira, uma voz dissonante se erguia e ecoava nas veredas do constitucionalismo de Portugal. No início dos anos de 1830, Silvestre Pinheiro Ferreira (1988), um filósofo e político lusitano publicou ensaio em que criticava fortemente a Constituição Portuguesa de 1826, cujo conteúdo foi, em grande parte, inspirado na Constituição Brasileira de 1824.

Dentre outras questões que não frequentemente eram alvo de críticas, Silvestre Ferreira (1988) foi um defensor radical de independência do Poder Judiciário. Para ele, os agentes da Justiça não deveriam ser nem nomeados, nem promovidos, nem demitidos por agentes de outros poderes, sob pena de se estabelecer vínculos políticos entre autoridades que deveriam guardar autonomia umas em relação às outras.

Já no que tange ao papel institucional dos órgãos da Jurisdição, Silvestre Ferreira (1988) não desbordou ou divergiu com igual intensidade do discurso convencional de sua época. Em que pese tenha admitido uma compreensão orgânica do conceito de separação de poderes – aspecto teórico em que se diferencia da maior parte dos pensadores brasileiros daquela geração, incluindo todos os que acima citados – ele se fiou à tese de

que os tribunais de cúpula não estariam aptos a exercer o monopólio da interpretação do direito. Deveriam juízes, nesses termos, cingirem-se à tradição constitucional técnico-dedutiva, limitando-se à condição de meros aplicadores dogmáticos da lei, sem espaço para outro método de apreciação.

Segundo Silvestre Ferreira (1988), a intenção de alguns jurisconsultos de que as decisões das Cortes Superiores tivessem uma eficácia de cassação, ou vinculasse os demais poderes, tomava como pressuposto uma hipótese insustentável. Em suas instâncias, ou se partia do princípio de que a lei é clara, e, portanto, dispensaria interpretação, ou se admitiria que a lei é obscura, e, em assim sendo, somente quem a criou poderia identificar o sentido de sua normatividade. Nesses termos, em ambos os casos, portanto, a possibilidade de controle judicial restaria categoricamente excluída.

Sem embargo, ante a já referida aproximação semântica entre as Constituições Brasileira de 1824 e Portuguesa de 1826, as cogitações de Silvestre produziram impacto também por aqui. Não à toa sua obra e suas ideias serviram como referenciais teóricos em escritos de autores nacionais como José Antônio Pimenta Bueno (2002) e Paulino José Soares de Sousa (2002).

Sob essa ênfase, mesmo não tendo avançado para além de compreender as estruturas de demarcação e de desvinculação dos espaços institucionais entre os Poderes Judiciário e Executivo, a originalidade de seus aportes conferiu uma perspectiva diferente ao debate, fomentando o início de uma mudança paradigmática no horizonte do pensamento constitucional brasileiro, cuja repercussão nas décadas que se seguiram será o assunto discutido e abordado na próxima seção.

3.3 A Crise do Constitucionalismo Imperial e a Proposição do Controle Judicial de Constitucionalidade como Alternativa Válida

Nas duas chamadas primeiras fases do pensamento constitucional brasileiro predominava entre os comentadores uma defesa apologística da Carta de 1824, fundada nas concepções de que o imperador, além de possuir poderes ilimitados, era um ser quase metafísico, onisciente e preexistente à própria ideia de Constituição. Nessa qualidade – assim compreendia o enfoque intelectual majoritário – cumpria-lhe velar pelo equilíbrio e pela harmonia do Estado mediante o exercício do Poder Moderador, o qual situava-se ao mesmo tempo acima e na intersecção entre os demais como uma espécie de “juiz” ou de mediador geral da institucionalidade e da ordem político-jurídica.

Sob essas premissas era de fato impossível se cogitar, àquela altura, um controle judicial de constitucionalidade como técnica de salvaguarda da Constituição. Conquanto se admitisse a existência de mecanismos de defesa constitucional no Brasil-Império, seu desempenho não se processava no âmbito do Poder Judiciário, mas se dava a cargo ou da Assembleia Geral (conforme o art. 15, IX), ou do próprio Poder Moderador que detinha atribuições para vetar a promulgação de leis (art. 101, III), para dissolver a Câmara dos Deputados (art. 101, V) e para conceder perdão ou amenização de penas (art. 101, VIII).[5]

Nessa direção, aliás, eram as concepções de Pimento Bueno (2002)[6], para quem o Poder Moderador seria a mais elevada instância de contenção de abusos e de preservação dos poderes políticos, das garantias fundamentais e das instituições do

[5] Art. 20 do Ato Adicional de 1834: "Art. 20. O Presidente da Provincia enviará á Assembléa e Governo Geraes copias authenticas de todos os Actos Legislativos Provinciaes que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem a Constituição, os impostos geraes, os direitos de outras Provincias ou os Tratados; casos unicos em que o Poder Legislativo Geral os poderá revogar" (*sic*). Verifica-se, daí, que o controle de constitucionalidade das leis provinciais no Império era competência do legislativo, especificamente da Assembeia Geral, portanto, uma fiscalização de constitucionalidade político-parlamentar. Na prática, "Os ministros, no exercício do Executivo, podiam apresentar projetos e pedir medidas para a Câmara, como a declaração de inconstitucionalidade de uma lei provincial. Em geral, essa iniciativa era precedida por uma consulta ao Conselho de Estado, cujo parecer ambasava a proposta ministerial, mas a palavra final era do Parlamento, que podia ou não aprovar o projeto ou tomar a medida requerida, inclusive contrariando o parecer do Conselho" (DOLHNIKOFF; MAIA, SAEZ, SALES; GREGÓRIO, 2012, p. 127). Os autores ainda destacam que o Executivo tinha baixa capacidade para desfazer leis provinciais que contrariassem à Constituição de 1824, visto que o controle de constitucioonalidade "dependia da anuência da Assembleia Geral, única habilitada a revogar as leis consideradas inconstitucionais, e da negociação com deputados que não esqueciam suas origens provinciais" (IBIDEM, p. 127). Aditam, ainda, que outro instrumento utilizado pelos ministros do Império para operar o controle político de constitucionaidade "era orientar o presidente da província a vetar determinadas leis. Recurso também limitado na medida em que o veto podia ser derrubado pelos deputados provinciais" (IBIDEM, p. 127).

[6] Bueno (2002) era um defensor da independência do judiciário e admitia a possibilidade de os juízes não só interpretarem as leis como, em face destas, fazerem controle judicial de atos administrativos. Nesse panorama, em que pese Bueno tenha sido um defensor do poder moderador e da centralização de poderes políticos em prol do monarca, suas reflexões permitem vislumbrar fragmentos de uma embrionária proposta de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, confira as palavras de Arno Wehling a respeito da originalidade de Pimenta Bueno sobre a defesa da fiscalização judicial das leis no Império: "Talvez a maior originalidade do autor [...] esteja na sua interpretação do Poder Judicial, ao considerá-lo como poder distinto e independente que emanava 'da autoridade soberana da nação', contra a opinião de alguns publicistas (franceses) que o enetendiam como ramo do executivo. Defende a independência dos juízes da influeência política e destaca o papel do Superior Tribunal de Justiça como corte de cassação. O mecanismo institucional tinha necessidade, em sua opinião, de um órgão de interpretação e defesa em tese, não como terceira instância. Assim, o STJ tinha atribuições mestas, políticas e judiciais, como guardião das leis, juiz dos juízes, e 'conseho nacional conservador das leis'" (WEHLING, 2012, p. 144). Não é demais registrar também a ideia altamente avançada – do ponto de vista democrático – de José Bonifácio de Andrada e Silva, apresentada nas "*Notas sobre a Organização Política do Brasil, Quer como Reino Unido a Portugual, Quer como Estado Independente*", nas quais o autor propunha a criação de um quarto poder, formado por um corpo de cidadãos eleitos pelo voto popular para supervisionar a atuação dos três Poderes clássicos, de maneira a "impedir que invadissem a competência dos demais, além de revogar medidas por eles tomadas que fossem inconstitucionais" (DOLHNIKOFF, 2012, p. 120). No documento escrito por José Bonifácio, lê-se: "Além das Cortes, um conselho dos censores que vigiem sobre os três poderes, Executivo, Legislativo e Judicial, e sejam acusadores de qualquer ato inconstitucional perante o grão-jurado nacional. Todos estes corpos serão eleitos pela nação" (SILVA, 2002, p. 122).

Império, e de Paulino José Soares de Sousa (Visconde do Uruguay), cuja estratégia retórica concentrava-se ora em exaltar a figura do Imperador e a legitimidade da Constituição, ora em expor os conflitos federativos enfrentados pelos Estados Unidos em decorrência de sua adesão a um modelo de descentralização política, os quais, em sua ótica, foram a principal causa que desencadeou a chamada Guerra da Secessão (1861-1865) em solo yankee.

Coube à Zacharias Góes e Vasconcelos (1978), não obstante, fundar as bases de um contraponto crítico. A mais importante, talvez, de suas contribuições para a evolução da racionalidade constitucional dos tempos do Império, foi a de romper com a tradição da apologia incondicional à figura do imperador, trazendo-o de volta à condição de um ser humano como outro qualquer, passível de erros e de equívocos e capaz, por seus atos, de violar as leis, os interesses do Estado e a própria Constituição.

Vasconcelos (1978), nesses termos, passou a recusar ao imperador sua reivindicada natureza metafísica e supraconstitucional, inovando às cogitações de sua época por sugerir que se compreendesse o Poder Moderador mediante o filtro da Constituição e não como uma entidade que preexistisse ou que estivesse acima dela.

Na contramão das aparências, contudo, Vasconcelos não se assumiu como um republicano. Malgrado tenha difundido as bases para uma distinção entre os conceitos de monarquia absoluta e de monarquia constitucional, ele jamais questionou – pelo menos não explicitamente – nem a figura político-jurídica do imperador, nem a manutenção institucional do regime monárquico.

Essa empreitada, com efeito, cumpriu a dois outros teóricos contemporâneos do jurista carioca: Tobias Barreto e Aureliano Cândido de Tavares Bastos. Tobias Barreto foi um opositor enfático da Constituição de 1824 e das instituições constitucionais do Império em sentido amplo. De modo original e contundente, ele antagonizou as fragilidades do constitucionalismo brasileiro, a ilegitimidade da Carta outorgada (1824) e a insustentabilidade do próprio sistema imperial, criticando de modo severo o que chamou de "um sedimento de ortodoxia e uma dose de fé católica nos milagres da Constituição e na superioridade moral da realeza" (BARRETO, 2000, p. 94).

Barreto denunciou, igualmente, os desserviços epistemológicos prestados ao pensamento constitucional brasileiro pela doutrina apologista. Em suas cogitações, disse ele, ao comentar sobre autores que dedicaram sua verve e suas biografias à exaltação de supostas virtudes sobre-humanas do imperador:

> Não há dúvida que esses homens, habituados a bordar o manto imperial de pontos de admiração, produzem mal maior do que talvez se supõe. Filhos da ocasião e do sucesso, elevados a uma posição menos conquistada por seus talentos, do que outorgada pela destra régia, eles não se mostrem somente destituídos do gênio criador, iniciador, dirigente; falta-lhes, ainda, falta-lhes ainda, uma certa firmeza de inteligência. Eles servem à realeza por instinto, fingem aceitar a liberdade, sem gostar dela, nem, compreendê-la; e para dar uma satisfação aos tempos, que vão se tornando cada vez mais exigentes, dizem crer piamente na possibilidade de tornar-se a monarquia brasileira um governo realmente livre, pelo menos que propõem (BARRETO, 2000, p. 381).

No que tange à questão do poder moderador, Barreto a entendia como uma decorrência da dimensão metafísica atribuída ao texto constitucional. Para ele, mais importante do que discutir a legitimidade ou cabimento de uma instituição como o Poder Moderador – sem embargo de criticá-la duramente como ele fez em quase toda a extensão de sua obra – seria debater e indagar sobre suas origens, sobre seus pressupostos implícitos, e sobre seus elementos estruturantes. Afinal, em sua concepção "instituições que não são filhas dos costumes, mas produto abstrato da razão, não aguentam por muito tempo a prova da experiência" (BARRETO, 2000, p. 383).

Já Tavares Bastos, por sua vez, via a concentração de poderes na pessoa do imperador como o maior de todos os males do constitucionalismo brasileiro. Como conhecedor e admirador do direito constitucional estadunidense – menos por sua forma republicana e mais em razão de sua opção pela descentralização política – criticou a organização judicial no Brasil a partir das instituições do judiciário norte-americano, mas se limitou a abordar as questões da independência dos juízes e de sua aptidão como garantidores das liberdades individuais, sem aparentemente avançar no que concerne a uma proposição ou a um alinhamento teórico quanto ao tema do controle jurisdicional de constitucionalidade (BASTOS, 1997)

Não obstante, as reflexões desses últimos três autores – sobre os quais recaiu uma escolha metodológica não arbitrária, mas em certa medida óbvia pela importância e influência de seus escritos – foram determinantes e de inestimável valia para a construção de uma nova ordem político-jurídica e para a reformulação das bases do pensamento constitucional brasileiro da última metade do século XIX.

A despeito dos distanciamentos e das particularidades teóricas de cada um, suas ideias não apenas movimentaram ou impuseram desconforto e sobressalto às elites políticas de sua época. Elas contribuíram decisivamente para estimular novos conteúdos e para fomentar de uma espécie de "caldo de cultura" que encaminhou um paulatino e

gradual processo de erosão do constitucionalismo monárquico, a desaguar em um revolvimento de suas estruturas e de seus alicerces fundantes.

4. DESCONSTRUÇÃO DE MITOS. EXPERIMENTOS DE UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS TEMPOS DO IMPÉRIO

Em 1860, Visconde do Uruguay, como relator da Resolução de 14 de Julho, do Conselho de Estado, reconheceu aos juízes a atribuição e a possibilidade de, em casos concretos, não aplicarem decretos ou atos do Governo que reputassem contrários à Constituição. Todavia, dois anos mais tarde, em sua obra Ensaio sobre o Direito Administrativo, Uruguay (2002) defendeu orientação contrária, ao sustentar que, em situações como tais, não caberia ao poder judiciário, ante o óbice da separação de poderes, revogar atos governamentais eventualmente ilegítimos, mas tão somente processar o agente público responsável por excesso ou abuso de autoridade.

Embora não se saiba exatamente o que levou Uruguay a mudar de posição – estima-se que o tenha feito em razão de um temor de que seu entendimento anterior resultasse em um fortalecimento do Judiciário, em prejuízo da centralização política – fato é que esse episódio revelou um sinal evidente de que a experiência prática do controle judicial de constitucionalidade já se apresentava no imaginário e no horizonte teórico do pensamento constitucional brasileiro[7].

A guinada de Uruguay lançou luzes para uma outra percepção: a de que a ideia de se ter, ou não, um sistema de controle judicial de constitucionalidade de leis configurava, essencialmente, uma questão de escolha política; a saber, de se decidir politicamente quem ou qual será a instituição ou a autoridade legitimada a dizer a última palavra em matéria de interpretação da Constituição e do direito.

No caso específico do Brasil, duas explicações ou dois fatores estruturais impediam que essa decisão política recaísse sobre o poder judiciário ou sobre um tribunal de cúpula, como já se dava nos Estados Unidos: uma, porque demandaria uma substancial alteração em nossos sistemas judicial e administrativo, o que seria dispendioso e politicamente injustificável: duas, porque implicaria renunciar ou abrir mão de um

[7] Referindo-se a esse fato, Continentino (2015, p. 217-218) adverte: "Isso nos faz acreditar que a teoria e a prática do controle judicial de constitucionalidade já estariam em circulação dentre os juristas e estadistas brasileiros, só que não haviam ainda encontrado condições favoráveis para se estabelecerem. Eram, pois, pensadas e discutidas já no início de 1860, mas rejeitadas no modelo constitucional imperial em razão do receio em termos de redefinição da tormentosa questão sobre a quem pertencia a legitimidade e autoridade para dar a última palavra em matéria de dizer o significado do direito".

modelo de centralização de poder na pessoa do imperador, subvertendo a principal viga ideológica de sustentação do constitucionalismo imperial.

Havia, ainda, um outro fator que, de certo modo, se relacionava com o segundo. Acreditava-se que o aviltamento institucional da magistratura se devia a uma histórica desconfiança por parte das elites políticas. O receio cuja experiência parecia neutralizar a valorização dos juízes era de que estes, uma vez independentes e investidos em sua verdadeira missão constitucional, tomassem para si a atribuição de submeter ao império da lei inclusive os que, na prática, não se sujeitavam a ela, nem estavam inseridos nos domínios de sua regular incidência.

No entanto, a partir da segunda metade do século XIX, pôs-se em curso um processo de amadurecimento e de afirmação funcional do poder judiciário. Quatro circunstâncias tornaram isso possível. Primeiro, como dito no início desta seção, a Resolução de 14 de julho de 1860 reconheceu aos juízes, quando provocados no caso concreto, a prerrogativa de recusar a aplicação de leis que considerem contrárias à Constituição. Criava-se com isso um sistema de controle judicial de legalidade que, mesmo sendo alvo divergências, contribuiu para revitalizar a importância da Justiça pública como instituição de combate ao arbítrio do poder político (CONTINENTINO, 2015).

Segundo, como é intuitivo, o reconhecimento do controle judicial de atos infralegais habituou o Poder Judiciário a uma prática institucional mais crítica e mais reflexiva, cuja consequência imediata despontou na maior qualificação de seus membros para a realização de uma atividade argumentativa levada a sério que, em médio prazo, os tornariam aptos ao exercício da atribuição de interpretar o direito em derradeira instância (CONTINENTINO, 2015).

Terceiro, várias medidas necessárias à autonomia, à independência e à profissionalização do Poder Judiciário foram adotadas e colocadas em vigor, tais como a Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, que concedeu aos magistrados direito à aposentadoria, e o decreto legislativo 2.114, de 1º de março de 1873, que definiu critérios de aferição da antiguidade dos juízes para fins de acesso, remoção e promoção de entrância para entrância.

Quarto e último, a produção e a disseminação de um vasto cabedal literário cujas ideias, estruturadas nas mais diversas frentes, questionavam e punham em xeque dentre outros aspectos, a dimensão supra-humana da figura do imperador, a legitimidade da Constituição outorgada, os limites e condicionamentos do poder moderador, a mecânica

da separação de poderes à luz do direito constitucional então vigorante, e a ideia de uma jurisdição estatal legitimada para interpretar o direito e para dizer a última palavra nas matérias de sua competência.

Essas condições, evolutivamente estabeleceram os pressupostos culturais, políticos, teóricos e jurídicos que permitem atualmente assimilar novas leituras e novas perspectivas sobre as instituições fundantes do controle de constitucionalidade no Brasil: dentre essas novas leituras e perspectivas, destacam-se as seguintes, à guisa de remate: a) o controle judicial de constitucionalidade no Brasil é órfão de pai e mãe; no máximo ele possui uma relação de multiparentalidade com as muitas ideias que fomentaram e sedimentaram seu reconhecimento; b) embora Rui Barbosa mereça ser lembrado por suas inegáveis contribuições, não é historicamente correto afirmar que o controle de constitucionalidade no Brasil é uma criação que se deve aos seus únicos e exclusivos esforços; c) é incorreto dizer que não existia controle de constitucionalidade no Brasil antes da Constituição Provisória de 1890. Como técnica de salvaguarda da Constituição, o controle de constitucionalidade circulou entre nós durante a monarquia, eis que, além das atribuições do poder moderador, tanto a Assembleia Geral quanto os presidentes provinciais eram autorizados a vetar leis anteprojetos que reputassem incompatíveis com a Constituição; e d) malgrado não houvesse, sob égide imperial, um sistema judicial de garantia da Constituição, o controle judicial de constitucionalidade, com maior ênfase e intensidade a partir dos anos de 1850, esteve presente nas discussões, nos debates, na crítica, na construção intelectual e na literatura, rompendo com o discurso tradicional, denunciando seus problemas, inconsistências e aporias, e estruturando os espaços e as condições necessárias para a introdução dessa prática no constitucionalismo brasileiro.

5. CONCLUSÃO

A historiografia do constitucionalismo brasileiro é, em suas origens, um tanto enigmática. Além de ressentida de fontes atuais e escassa de material mais sólida que permita uma pesquisa bibliográfica a fundo, sua arquitetura e sua formatação são repletas de clichês metodológicos que alimentam alguns mitos, cuja difusão acrítica e não adequadamente, condução à reprodução de estereótipos vazios de conteúdo.

A estética do controle de constitucionalidade na investigação de seu passado e de suas raízes epistemológicas é cercada de simplificações estruturais. Naturalizou-se, com efeito, que o controle judicial de constitucionalidade no Brasil: i) é uma cópia

artificializada do judicial rewiew norte-americano; ii) foi introduzido entre nós graças ao esforço genial e exclusivo de Rui Barbosa; e iii) não existia por aqui nos tempos do império e só foi admitido como prática institucional a partir da Constituição da República.

Ao examinar essa questão sob um olhar mais crítico robusto percebeu-se que, embora nenhuma das afirmações acima estejam de todo erradas, elas carecem de um background teórico mais consistente, capaz de expandir os domínios de verificação do objeto e viabilizar uma melhor e mais completa e adequada compreensão.

À luz dessa empreitada, obteve-se com base na literatura, que, apesar das narrativas históricas habituais, o sistema de garantia judicial da Constituição no Brasil não resultou de um transplante ou de uma recepção artificial do judicial rewiew norte-americano. Ele é fruto de um longo e gradual processo de reflexão sobre o papel das instituições constitucionais sobre o modo como o poder do Estado deve ser exercido e distribuído e sobre qual e quem é autoridade pública que detém legitimidade para guardar a Constituição e dar a última palavra sobre o sentido de sua normatividade.

Inferiu-se, quanto ao mais, que Rui Barbosa, a despeito de sua importância como articulador influente cuja presença como membro do Governo Provisório foi certamente fundamental na estruturação do constitucionalismo republicano, ele não ostenta a paternidade intelectual do controle judicial de constitucionalidade. Este, reitera-se, decorreu de um longo e debatido processo, amadurecido na experiência das tensões políticas, que descortinou o paradigma da revisão judicial como o mecanismo apropriado para a salvaguarda institucional da Constituição.

Por fim, testando as hipóteses e enunciado que permeavam o questionamento central verificou-se que o controle de constitucionalidade sempre houve na Constituição imperial, mediante o exercício do Poder Moderador, ou mais adiante, por meio da Assembleia Geral e dos presidentes das províncias. No entanto, embora não existisse como prática judicial, sua concepção se fez presente no imaginário intelectivo da época a fomentar as bases e a criar condições institucionais para sua introdução, ocorrida, de fato, com o advento da Constituição Provisória de 1890.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Antônio Cândido Tavares. **A Província**. Brasília: Memória Brasileira, 1997.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito.** Campinas: Bookseller, 2000.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis.** Rio de Janeiro: forense, 1949.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, José Antônio Pimenta (Marques de São Vicente). **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. In: KUGELMAS, Eduardo (org. e introd.). José Antônio Pimenta Bueno. São Paulo: Editora 34, 2002). [Coleção Formadores do Brasil].

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1959.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil**: Percursos do pensamento constitucional no século XIX. São Paulo: Almedina, 2015.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do Judicial Rewiew: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 53, n. 209, jan./mar, p. 115-132, 2016.

DOLHNIKOFF, Miriam. **José Bonifácio**: o Patriarca vencido. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. [Coleção Perfis brasileiros].

DOLHNIKOFF, Miriam; MAIA, Francisleide; SAEZ, Herman Lara; SALES, Pedro Paulo Moreira; GREGÓRIO, Vitor. Representação política no Império: crítica à ideia do falseamento institucional. In: LAVALLE, Adrian Gurza (org.). **O horizonte da política**: questões emergentes e agendas de pesquisa. São Paulo: Editora Unesp: Cebrap: CEM, 2012, p. 97-141.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Manual do cidadão em um governo representativo, ou princípios de Direito Constitucional, Administrativo e das Gentes (1834)**. Reedição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1998. 3 tomos.

CORREA, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal**: Corte constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à República**: momentos decisivos. 6. Ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999. [Biblioteca básica].

GHELERE, Gabriela Doll. **A Liberdade Individual para Benjamin Constant**: 2008. 87f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo/SP, 2008.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na Política e a Política no STF**: poderes pactos e impactos para a democracia. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUSTOSA, Isabel. **Insultos Impressos**: A guerra dos jornalistas na independência (1821-1823). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

NEVES, Lucia Maria Bastos Pereira. **Corcundas e Constitucionais**: A cultura política da independência (1820-1822). Rio de Janeiro: Faperj, 2003.

PRADO, Maria Emília. Ordem liberal, escravidão e patriarcalismo: as ambiguidades do Império do Brasil. In: GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emília (org.). **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 163-189.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. "Notas sobre a Organização Política do Brasil, Quer como Reino Unido a Portugual, Quer como Estado Independente". In: CALDEIRA, Jorge (org. e introd.). José Bonifácio de Andrada e Silva. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 119-124. [Coleção Formadores do Brasil].

URUGUAI, Visconde do (Paulinho José Soares de Sousa). Ensaio sobre o Direito Administrativo. In: CARVALHO, José Murilo de (org. e introd.). São Paulo: Editora 34, 2002. [Coleção Formadores do Brasil].

VASCONCELOS, Zacarias de Góis e. **Da natureza e dos limites do Poder Moderador**. 3. ed. Introdução de Pedro Calmon. Brasília: Senado Federal, 1978.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **O Idealismo da Constituição**. 2.ed. São Paulo: Nacional, 1939.

WEHLING, Arno. **José Antonio Pimenta Bueno (1803-1878)**: Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. In: PRADO, Maria Emilia. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 141-146.