

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**HISTÓRIA DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS
LEIS NO BRASIL: PERCURSOS DO PENSAMENTO
CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XIX (1824-1891)**

MARCELO CASSEB CONTINENTINO

**Brasília
2014**

MARCELO CASSEB CONTINENTINO

**HISTÓRIA DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS
LEIS NO BRASIL: PERCURSOS DO PENSAMENTO
CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XIX (1824-1891)**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de doutor em Direito.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo

Brasília
2014

SUMÁRIO

RESUMO	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO	12
1. O DISCURSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO SOBRE AS ORIGENS DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE	17
1.1. Sobre a “origem” do controle da constitucionalidade das leis no direito constitucional brasileiro.....	19
1.2. Nossa proposta de compreensão da formação histórica do controle da constitucionalidade.....	37
2. HISTÓRIA, DIREITO E PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: APONTAMENTOS METODOLÓGICOS	44
2.1. Sobre a definição de pensamento jurídico ou pensamento constitucional.....	47
2.2. É possível trabalhar com a categoria pensamento constitucional brasileiro?.....	50
2.3. Pensamento constitucional brasileiro, metodologia e fontes de pesquisa.....	53
3. PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUINTE DE 1823	57
3.1. A convocação da Constituinte de 1823.....	59
3.2. A Assembleia Constituinte de 1823: tensão, paradoxo e limites.....	65
3.2.1. <i>Legitimidade e supremacia do imperador</i>	67
3.2.2. <i>A ideia de separação de poderes e de controle da constitucionalidade</i>	74
3.2.3. <i>Imagem dos juízes e o Poder Judiciário no Projeto da Assembleia de 1823</i>	78
3.3. Influências intelectuais no Projeto de Constituição de 1823.....	87
3.3.1. <i>Ideias e pensadores</i>	87
3.3.2. <i>Modelos constitucionais</i>	97
3.3.2.1. <i>Pensamentos na experiência constitucional francesa</i>	99
3.3.2.2. <i>Pensamentos na experiência constitucional espanhola</i>	110
3.3.2.3. <i>Pensamentos na experiência constitucional portuguesa</i>	114
4. PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1824	121
4.1. O contexto de dissolução da Constituinte e de outorga da Constituição de 1824...122	
4.2. Influências intelectuais na Constituição de 1824: o legado de Benjamin Constant.....	130
4.3. A Constituição de 1824 e a recepção da teoria do Poder Neutral.....	140
4.4. O Projeto de Constituição de 1823 e a Constituição de 1824: o problema de sua natureza “liberal”.....	148

4.5. A estruturação do Poder Judiciário no Projeto de 1823, na Constituição de 1824 e noutros textos constitucionais.....	159
---	-----

5. PENSAMENTO CONSTITUCIONAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1824.....168

5.1. Fase preliminar: crítica à Carta por Frei Caneca e defesa da Constituição por Cairu	169
5.2. Primeira fase do pensamento constitucional brasileiro (1827-1850): apologia à Constituição	176
5.3. Segunda fase do pensamento constitucional (1850-1870): experiência institucional à luz da Constituição.....	190
5.3.1. <i>A doutrina do direito administrativo e o pensamento constitucional</i>	206
5.3.2. <i>Debate sobre o Poder Moderador: a crítica no pensamento constitucional (1860-1870)</i>	223
5.4. Terceira fase do pensamento constitucional (1870-1889): crítica à Constituição..	240
5.4.1. <i>A luta pela Constituição do Império e seu sistema de governo</i>	241
5.4.2. <i>Crítica e crise: pensando e propondo novas bases para o direito constitucional</i>	254

6. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO IMPÉRIO..264

6.1. O controle da constitucionalidade	264
6.1.1. <i>Controle da constitucionalidade pelo presidente de província</i>	274
6.1.2. <i>Controle da constitucionalidade pela Assembleia Geral</i>	276
6.1.3. <i>Controle da constitucionalidade pelo governo imperial</i>	280
6.2. O controle judicial no Império.....	286
6.2.1. <i>Controle judicial da constitucionalidade das leis</i>	287
6.2.2. <i>Controle judicial da legalidade das normas infralegais</i>	299
6.3. Discurso de afirmação do Poder Judiciário	304
6.3.1. <i>Independência judicial</i>	305
6.3.2. <i>Interpretação judicial</i>	322
6.3.3. <i>Semântica da separação dos poderes à luz do contexto jurídico-político</i>	352

CONCLUSÃO: O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL DO IMPÉRIO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....369

REFERÊNCIAS.....390

RESUMO

A presente tese objetiva formular uma crítica historiográfica à teoria do direito constitucional brasileiro, que tem notoriamente ignorado a história da formação do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. Nela, contesta-se a escassa história constitucional que se sedimentou sobre o mito de que o controle da constitucionalidade não se teria configurado na vigência da Constituição do Império de 1824 e somente teria sido introduzido na ordem constitucional brasileira com a instauração da República por força da intervenção de Rui Barbosa nos trabalhos constitucionais.

Afirma-se que a prática do controle da constitucionalidade configurou-se sob a vigência da Constituição de 1824 além de ter expressa previsão constitucional; a competência para exercê-la, porém, não pertencia ao Poder Judiciário. A prática do controle pressupunha uma decisão política sobre quem seria a autoridade investida de poder para dizer o significado do direito em última instância. Desse modo, reconhece-se que a inexistência do controle judicial da constitucionalidade não afastou a instituição de um complexo mecanismo jurídico-constitucional de controle das leis no Império.

Em consequência, o problema da pesquisa evoluiu para a compreensão das transformações constitucionais no período de 1824 a 1891, as quais acarretaram o deslocamento da autoridade de dizer o direito em última instância para o Poder Judiciário por meio da previsão que lhe conferiu a atribuição de exercer o controle da constitucionalidade das leis. Parte-se do pressuposto de que, a partir do estudo contextual do pensamento constitucional brasileiro do século XIX, particularmente daquele produzido no período entre as Constituições de 1824 e de 1891, é possível elaborar outra explicação histórica bem diversa da tradicional narrativa constitucional sobre a formação do controle da constitucionalidade no Brasil, considerados três pressupostos complementares: (a) a independência judicial; (b) a interpretação das leis; (c) a semântica do princípio da separação dos poderes à luz do contexto histórico-político.

Conclui-se que o controle da constitucionalidade foi uma prática existente à luz da Constituição do Império e que a introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis na Constituição de 1891 decorreu de uma conjunção de fatores configurados no curso de um processo histórico-político altamente complexo, que vão muito além da genialidade, do conhecimento ou da vontade de um homem só.

ABSTRACT

This thesis aims to establish a historiographical critique of Brazilian constitutional theory, which has significantly disregarded the history of constitutional review in Brazil. It challenges the scarce literature on the subject that was built upon the myth that the idea of constitutional review did not emerge during the imperial constitution but rather at the beginning of the Republic, during the crafting of the new constitution, by the hands of Rui Barbosa.

It is argued that the idea of constitutional review arose under the Imperial Constitution. Such idea was literally established in the written text of the Constitution, notwithstanding the courts had no power to review the constitutionality of legislation. The idea of constitutional review presupposes a political decision on who has the authority to say the last word on matters of legislation. Such decision was clearly taken in the Imperial Constitution. Henceforth, contrary to what many constitutional theorists have argued, a complex mechanism of constitutional review was created during the years of the Brazilian Empire.

Taking that picture into account, my research focused on the process of constitutional transformation from 1824 to 1891. During those years, the authority to say the last word on matters of legislation shifted from the Parliament to the courts, by conferring the latter the power of constitutional review. This way, another historical explanation, deeply different from the traditional one, can be deployed to understand the origins of the idea of constitutional review in Brazil. It is based upon three inter-dependent elements: (a) judicial independency; (b) legal interpretation; (c) the semantics of the separation of powers principle according its political-historical context.

By way of conclusion, it is argued that constitutional review was an institutional practice that came out under the Imperial Constitution. The introduction of constitutional review in the Republican Constitution of 1891 is better explained as a complex sum of factors that happened in the course of a complex political process. Such explanation goes far beyond that one that insists on resting the origins of Brazilian constitutional review upon the genius, the knowledge and the will of a single man.