

HISTÓRIA CONTEXTUAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA CRÍTICA À TRADICIONAL NARRATIVA DOUTRINÁRIA BRASILEIRA

Marcelo Casseb Continentino¹

Resumo

O presente artigo realiza uma investigação histórica sobre a formação do controle de constitucionalidade no Brasil, desde a Constituição do Império de 1824 até a Constituição de 1967-69, que antecedeu a atualmente em vigor. Mais especificamente, objetiva oferecer uma crítica à narrativa do discurso constitucional brasileiro, que concebe o modelo vigente de controle judicial como produto de uma gradual evolução legislativa, cujo marco inicial se deu na Constituição de 1891. Em seu desenvolvimento, o ensaio parte de duas premissas elementares: o controle de constitucionalidade é fruto de uma decisão política, o que significa reconhecer não tratar-se de uma atribuição inerente à função do juiz ou do Poder Judiciário; em segundo lugar, a história do controle de constitucionalidade no Brasil, de certa forma, foi mistificada, de modo que se tornou hegemônica uma tradicional narrativa da linearidade de sua evolução legislativa no tempo, cuja conclusão é admitir a naturalidade de seu exercício pelo Poder Judiciário. À luz do contextualismo histórico, a pesquisa se desenvolve mediante o exame de importantes fontes históricas de cada um dos períodos constituintes, para concluir que a definição da autoridade legitimada para dizer o direito em última instância decorre de uma constelação de fatores políticos e jurídicos.

Palavras-chave: História Constitucional Brasileira; Controle de Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por tema a história do controle de constitucionalidade no Brasil. Antes de detalhá-la, cabe inicialmente destacar que escrever sobre história constitucional é sempre uma tentativa de empreender uma visão crítica em torno da realidade jurídica de determinada comunidade no tempo e no espaço, como também de refletir sobre as possibilidades e as alternativas que se desenham em relação a cada comunidade no presente. Uma investigação de natureza histórica, portanto, decorre da disposição de realizar um diálogo entre as gerações do passado e do presente com a perspectiva de desenvolver uma compreensão mais ampla e crítica da própria sociedade atual e de sua forma de organização política.

Considerando-se que o controle de constitucionalidade faz aflorar um dos momentos mais expressivos da tensão entre os sistemas político e jurídico, dado o acoplamento estrutural entre direito e política que se enraíza

¹ Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília/Università degli Studi di Firenze. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Líder do Grupo de Pesquisa "Teoria e História do Pensamento Constitucional Brasileiro" (UFPE). E-mail: macasseb@gmail.com

na Constituição (LUHMANN, 1996, p. 83-128), este artigo propõe-se a apresentar o contexto histórico em que ocorreram as principais modificações do sistema de controle ao longo das Constituições que antecederam à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ele visa a oferecer uma narrativa constitucional distinta daquela evolução linear e progressiva usualmente reproduzida nos manuais, que se limitam a indicar as principais modificações normativas ocorridas em cada novo texto constitucional sem problematizá-las, isto é, sem discutir as motivações e as finalidades subjacentes de cada proposição, o que, implícita e subliminarmente, configura um discurso legitimador da prática do controle judicial no Brasil, tornando a jurisdição constitucional infensa a críticas e, até mesmo, a aperfeiçoamentos.

Para o desenvolvimento do tema, adotam-se duas premissas. A primeira assume que o desenho institucional através do qual será previsto o modo de realização do controle de constitucionalidade é fruto de uma decisão política decorrente de circunstâncias políticas específicas, não se traduzindo, por consequência, em prerrogativa inerente à função do juiz.

A segunda premissa, conectada à primeira, acolhe a ideia de que a elaboração de uma história do controle de constitucionalidade precisa desmitificar a tradicional narrativa da linearidade de sua evolução legislativa, segundo a qual o controle foi introduzido no Brasil com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e, Constituição após Constituição, foi ampliado e consolidado na Constituição de 1988, em que teria atingido sua forma mais bem elaborada.

A estrutura do presente artigo está dividida em seis itens, nos quais serão analisados os momentos políticos fundamentais, que deram origem a novas Constituições, desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Seu objetivo específico é demonstrar que a definição da autoridade legitimada para proferir a “última palavra” em matéria de direito constitucional depende dos interesses e concepções predominantes das forças políticas hegemônicas que ocupam o poder, não sendo, pois, como faz crer a narrativa tradicional da doutrina constitucional brasileira, fruto de uma paulatina maturação e capacitação institucional do Poder Judiciário.

Considerados tais parâmetros, convém ressaltar que a proposta não objetiva realizar mera descrição normativa linear de cada modelo de controle positivado, mas justamente criticá-la desde o ponto de vista da metodologia do contextualismo histórico, o que permitirá compreender alguns dos fundamentos jurídicos e políticos do controle de constitucionalidade brasileiro no tempo.

À luz da corrente historiográfica do contextualismo histórico, cujos expoentes no campo da política e do direito são Quentin Skinner (2010, p. 103-127), John Pocock (2009, p. 106-119) e Pietro Costa (2006b, p. 158-182), serão analisadas fontes históricas concernentes a cada uma das Constituições objeto deste estudo (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967-69). Em consequência, procurar-se-á compreender pensamentos, ideias e normas à

luz do contexto político específico de cada período, a fim de explicitar a intenção dos constituintes quando moldaram os respectivos arranjos institucionais do controle de constitucionalidade.

Desse modo, espera-se formular uma narrativa histórica reflexiva e alternativa àquelas que presentemente hegemonizam o discurso constitucional, bem como destacar as razões e as circunstâncias que estiveram por detrás dos momentos constituintes fundamentais na definição do arranjo institucional, que viabilizaram a previsão do controle de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro.

A CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL (1824)

É comum afirmar-se que a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, não conheceu a prática do controle da constitucionalidade das leis. Ainda que esse controle (que não se confunde com o controle judicial) tenha ocorrido sob a vigência do sistema constitucional imperial, considerados os estreitos limites desta investigação, mais importante do que rastrear evidências da sua existência se revela compreender como as ideias e as instituições se relacionavam no sistema constitucional imperial, segundo os próprios juristas e políticos que nela teorizaram e atuaram.

São três as razões normalmente apontadas para se concluir pela inexistência do controle de constitucionalidade à luz da Constituição de 1824 (CONTINENTINO, 2015, p. 29-47): (i) o controle das leis era exercido pelo Poder Legislativo, tendo em vista que a Carta do Império atribuía expressamente à Assembleia Geral a competência para interpretar as leis e para zelar na guarda da Constituição; (ii) o consenso em torno de uma atuação dos juízes limitada à simples aplicação da lei; (iii) a existência do Poder Moderador revestido de funções próprias de uma corte constitucional.

É verdade que a Carta do Império conferiu à Assembleia Geral o poder de interpretar as leis e velar na guarda da Constituição². Porém, para evitar-se a má compreensão do real sentido e alcance dessas normas, incorrendo-se em anacronismos (SKINNER, 2010, p. 57-89), convém cercar-se de alguns cuidados historiográficos. De fato, comentaristas de hoje, a exemplo dos constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes (2016, p. 1108-1126), Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 80-81) e Luís Roberto Barroso (2004, p. 57-62), defendem a inexistência do controle de constitucionalidade, como se os conceitos de “interpretação” e de “velar na guarda da Constituição”, positivados na Carta de 1824, detivessem o mesmo campo semântico de hoje.

Ocorre, entretanto, que o conceito de interpretação era extremamente complexo e multifacetado, englobando tanto atos praticados pelo legislador quanto pelo juiz. Destacando um entre tantos juristas que sobre

² O art. 15, incisos VIII e IX, ostentava a seguinte redação: “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação” (BRASIL, 2017c).

tal temática se detiveram no século XIX³, entrevê-se a inadequação da conclusão segundo a qual ao juiz não cabia interpretar leis, porquanto tal poder era tolerado até certo ponto pela comunidade jurídica do Império.

Pimenta Bueno estudou a fundo a natureza da função judicial e, também, do ato de interpretar leis, sem descuidar da sensibilidade política que o tema secularmente despertava⁴. Ao lado daquela interpretação reservada ao Legislativo, havia a interpretação judicial, ou por via de doutrina, que seria realizada individualmente, por meio do estudo dos fundamentos da lei, a fim de chegar com segurança a suas conclusões, diante da impossibilidade real de as leis previrem todas as circunstâncias dos casos regradados. Consistia na “faculdade que a lei deu ao juiz, e que por isso elle tem, de examinar o verdadeiro sentido, o preceito da lei, ou dos principios do direito, e de applica-lo á questão ante elle agitada tal qual o comprehende, e sob sua responsabilidade” (BUENO, 1857, p. 78).

Para o “jurista do Império”⁵, a interpretação pelo juiz era concebida como verdadeira delegação legislativa, de modo que seu escopo devia ser restrito ao caso concreto e controlado pelo legislador, jamais podendo fixar regra geral obrigatória para outros juízes ou tribunais.

Similar preocupação deve-se reservar à compreensão da cláusula “velar na guarda da Constituição”, que conceitualmente conferia ao Poder Legislativo a função de interpretar, observar e cumprir a Constituição (BUENO, 1857, p. 38-39). A guarda da Constituição impunha o dever de respeitá-la e fazer respeitá-la da maneira por ela estabelecida, afirmava Pimenta Bueno à luz do direito comparado⁶. Impunha, ainda, o dever de examinar e de fiscalizar o cumprimento da lei pelo governo, representando uma grande força contra eventual arbitrariedade do Poder Executivo.

A cláusula “velar na guarda da Constituição”, diferentemente de hoje, era interpretada como prerrogativa genérica que autorizava a Assembleia a inspecionar e a examinar se as leis eram fielmente observadas (BUENO, 1857, p. 105-108), não significando, propriamente, a previsão normativa para o exercício do controle da

³ A opção pelo jurista Pimenta Bueno justifica-se pelo impacto que sua obra seminal, “Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio”, exerceu na comunidade jurídica e política do Império. Sobre ela, quinze anos após sua edição, Tobias Barreto (2012, p. 140) afirmou, não sem ironia, ser a fonte em que “a mocidade estudiosa costuma embeber-se” bem como não existir, no Brasil da época, “coisa melhor, nem mesmo igual no gênero”. Para aprofundar o tema, sugere-se consultar ainda: ALBUQUERQUE, 1849, p. 22-23; SOUSA, 1867, p. 104 e ss; CONTINENTINO, 2015, p. 350 e ss.

⁴ Sua advertência (BUENO, 1857, p. 69-70) inicial quanto ao tema da interpretação das leis sintetiza formidavelmente a delicadeza do assunto: “O assumpto da interpretação das leis é muito valioso, é uma questão fundamental que joga com importantes materias do Direito Publico, com a divisão e independencia dos poderes, e que por isso mesmo demanda idéas bem assentadas e exactas”. O “jurista do Império” defendia existirem duas espécies de interpretação: “por via de autoridade” ou “por via de doutrina”. A interpretação por via de autoridade, ou via legislativa, pertencente exclusivamente ao Poder Legislativo, seria aquela autêntica, geral e abstrata, determinando o verdadeiro sentido da lei e afastaria qualquer dúvida em sua aplicação, não só porque a Constituição assim o dispunha, mas sobretudo por causa da divisão e limites dos poderes. Além dela, poderia haver a interpretação judicial.

⁵ Segundo Haroldo Valladão (1948, p. 176-190), Pimenta Bueno foi o “grande publicista e constitucionalista do Império”. Seu “Direito Publico Brasileiro”, de 1857, foi a primeira grande reflexão sobre o direito constitucional positivo brasileiro e teve significativo impacto no cenário nacional. Tamanha foi sua relevância, que teria se tornado “livro de cabeceira” de dom Pedro II (KUGELMAS, 2002, p. 37).

⁶ O art. 25 da Constituição da Bélgica, segundo afirmou o “jurista do Império” (1857, p. 39), previa que “os poderes politicos devem ser exercidos pela maneira estabelecida pela constituição”.

constitucionalidade das leis.

O terceiro aspecto a ser analisado reside no fato de que alguns estudiosos⁷ argumentam que o Poder Moderador seria a causa da inexistência do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro. Essa afirmativa, contudo, precisa ser melhor discutida.

Um simples cotejo analítico entre o “Projeto de Constituição para o Império do Brasil de 1823”, elaborado pela Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império (BRASIL, 2003, Tomo II, p. 689-700), que foi dissolvida por dom Pedro, e a Carta de 1824 (BRASIL, 2017c) fragiliza tal justificativa, haja vista que, no Projeto de 1823, diferentemente da Carta de 1824, não havia menção ao Poder Moderador; por outro lado, a configuração institucional do Poder Judiciário em ambos os textos era substancialmente similar (CONTINENTINO, 2015, p. 165-185). Em nenhum deles, havia qualquer menção à função judicial de fiscalização da constitucionalidade das leis, o que implica dizer que foi adotada uma configuração tímida para o Poder Judiciário, inspirada sobretudo em Montesquieu (2011, p. 305-317), segundo quem ao juiz cabia tão-somente a aplicação da letra da lei, sendo-lhe vedado recorrer a qualquer recurso de natureza interpretativa ou discricionária.

Por mais que coubesse ao Moderador velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos⁸, não fazia parte do espectro de suas atribuições exercer o controle da constitucionalidade das leis, tornando inválida e inaplicável uma lei por incompatibilidade com a Constituição, nos moldes hoje existentes⁹. O Poder Moderador fazia do imperante o responsável por conservar as boas relações entre os poderes políticos e impedir eventuais abusos.

Por isso, Tobias Barreto (2012, p. 96-97) não tolerava o sistema constitucional brasileiro, que, em sua visão, penava com “prejuízos teológicos e metafísicos”. No constitucionalismo imperial, prevalecia imagem da própria ordem jurídico-constitucional segundo a qual o imperador ocuparia o ápice do aparato estatal e normativo, tornando-se uma figura sagrada e mítica, infalivelmente voltado para realizar o interesse coletivo e o bem-estar da sociedade, de sorte que a validade de leis e atos não encontraria seu limite na Constituição, mas em sua vontade sempre justa e legítima e, por isso mesmo, constitucional.

Não seria difícil perceber que, nesse contexto político, não haveria ambiente propício ao

⁷ Para aprofundamento da análise, vide: CONTINENTINO, 2015, p. 27-47 e p. 165-185.

⁸ O art. 98 da Carta do Império ostentava a seguinte redação: “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos” (BRASIL, 2017c).

⁹ À luz do art. 101 da Constituição de 1824 (BRASIL, 2017c), as atribuições do Poder Moderador eram: (1) nomeação de senadores; (2) convocação extraordinária da Assembleia Geral; (3) sanção e veto dos atos legislativos com força de lei; (4) aprovação e suspensão interinamente dos atos e resoluções dos Conselhos Provinciais; (5) prorrogação ou adiamento da Assembleia Geral, bem como dissolução da Câmara dos Deputados, quando o exigir a salvação do Estado; (6) livre nomeação e

desenvolvimento do controle judicial, já que a majestade imperial sobrepassava os demais poderes e funcionava como suprema inspeção da nação.

Com o advento da reforma constitucional veiculada através da Lei n.º 16 de 12 de agosto de 1834 (“Ato Adicional de 1834”), que “faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império” (BRASIL, 2017l), introduziu-se procedimento específico de tutela da Constituição de 1824, tornando-se, pois, inquestionável que a ordem constitucional imperial passou a abrigar a prática do controle de constitucionalidade (embora não judicial). Atribuiu-se formalmente aos presidentes de Províncias e à Assembleia Geral (e provinciais) a competência para oporem-se às leis contrárias à Constituição.

Tratava-se de mecanismo de controle de constitucionalidade das leis provinciais, cujo objetivo era contrabalancear a competência legislativa atribuída às Províncias por meio da criação das Assembleias Legislativas Provinciais, o que ficou posteriormente explicitado com a edição da Lei n.º 105 de 12 de maio de 1840 (“Lei de Interpretação do Ato Adicional”), que “interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional” (BRASIL, 2017m). À luz do marco constitucional alterado pelo Ato Adicional de 1834, estabeleceram-se três procedimentos distintos para o controle das leis¹⁰, o que documenta a existência de tal prática institucional no tempo do Império.

Durante a vigência da Carta do Império, portanto, a definição política quanto à autoridade legitimada para dizer o direito em última instância não recaiu sobre os juízes ou o Poder Judiciário. A salvaguarda da higidez da Constituição foi reservada para as instâncias políticas, Executivo e Legislativo.

O que se faz necessário compreender é por que a previsão do controle (não judicial) de constitucionalidade foi substancialmente modificada com o advento da República, adotando-se, a partir de então, o controle judicial na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, o que acarretou a redefinição da autoridade legitimada para dizer o direito em última instância.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1891)

A recepção do controle judicial na ordem jurídica brasileira foi o resultado de uma complexa conjuntura de fatores; jamais, pode ser vista como fruto da decisão de um único homem que optara por introduzi-lo na Constituição de 1891 à semelhança do modelo norte-americano, como decorrência natural da transição da Monarquia para a República. A modificação na trajetória constitucional do Brasil pode ser explicada em face da

demissão dos ministros de Estado; (7) suspensão de juízes; (8) perdão e moderação de penas impostas; (9) concessão de anistia em casos urgentes, quando a humanidade e o bem do Estado assim aconselharem.

¹⁰ De acordo com o Visconde do Uruguay (1865, p. 261 e ss), a primeira modalidade de controle ocorreria por ato do presidente da Província caso se recusasse a sancionar o projeto de lei por ofensa à Constituição. O segundo modo de controle ensejava o encaminhamento do projeto de lei vetado, diante da irrisignação da Assembleia Provincial em face do veto presidencial, ao Governo Geral e à Assembleia Geral, a quem tocava decidir definitivamente sobre a questão constitucional. O terceiro

experiência político-jurídica obtida durante o Império e, além dela, das causas que ocasionaram a referida transformação histórica¹¹.

A chegada da República trouxe maior autonomia política e administrativa para os Estados (antigas Províncias), o que foi contrabalanceado com o poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal (e aos juízes, em geral) para, por meio do controle de constitucionalidade, preservar as competências administrativas e legislativas da União bem como manter a integridade política nacional¹².

Adotou-se novo modelo constitucional de referência; a fonte de inspiração e de comparação dos políticos e constitucionalistas brasileiros tenderia a ser encontrada no sistema constitucional norte-americano, e não mais no modelo constitucional europeu franco-ibérico (BARBOSA, 2004, p. 11-19; CASTRO, 1918, p. III-IV e p. 139-168; MAXIMILIANO, 2005, p. 102-103). Como disse Rui Barbosa (2004, p. 19), “nossa lâmpada de segurança será o direito americano” e a “Constituição brasileira é filha dele”.

O Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, “que organiza a Justiça Federal”, em seu artigo 386, encarregou-se de expressar a mudança pretendida no rumo do pensamento constitucional e na prática judicial brasileira, ao definir parâmetros distintos para a aplicação e a interpretação do direito¹³.

A concepção do Poder Judiciário investido de maior protagonismo institucional foi assimilada pelo Governo Provisório, pela Comissão que elaborou o Projeto de Constituição e pelo Congresso Constituinte de 1890-1891, já que imprescindível à manutenção da nova forma de Estado (MAXIMILIANO, 2005, p. 555)¹⁴. Parcela dos constituintes entendia que tal atribuição seria vital para assegurar o federalismo brasileiro, assim como

procedimento de controle se verificava ao se constatar a inconstitucionalidade da lei provincial já sancionada e publicada, possibilitando-se à Assembleia Geral cassá-la (art. 20) (BRASIL, 2017l).

¹¹ Para as causas da decadência da Monarquia e da opção pelo regime republicano, vide: HOLANDA, 2008; COSTA, 2007, p. 387-492.

¹² A *Exposição de Motivos* do Ministro de Justiça, Campos Salles, ao Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça federal, expressamente atribuiu ao Poder Judiciário novas competências no que tange à defesa da Constituição e à prerrogativa de declaração da inconstitucionalidade das leis, evidenciando a ruptura parcial com a anterior concepção relativa ao Poder Judiciário: “Mas, o que principalmente deve caracterizar a necessidade da imediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderância que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social. A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso declarar que ellas são nullas e sem effeito” (BRASIL, 1890, p. 2737-2738).

¹³ O Art. 386 do Decreto n.º 848, de 1890 (BRASIL, 2017i), previa: “Art. 386. Constituirão legislação subsidiaria em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal”.

¹⁴ A formalização dessa transformação constitucional foi assim traduzida no texto da Constituição de 1891: “Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas” (BRASIL, 2017d).

a Suprema Corte dos Estados Unidos mantivera com firmeza o federalismo norte-americano (BRASIL, 1891; BRASIL, 1924). Além do mais, muitos recordavam suas experiências concretas dos tempos imperiais; tendo em vista o aprendizado político do Império, em que as Assembleias Legislativas locais foram pródigas na edição de leis, especialmente de natureza tributária para incrementar a própria arrecadação, usurpando a competência do Governo Central, achava-se que os novos Estados da Federação adotariam igual expediente especialmente para incrementarem sua receita orçamentária, em detrimento dos interesses e da competência da União (CONTINENTINO, 2015, p. 399-414).

À toda evidência, teceu-se uma sutil redefinição quanto à autoridade legitimada para dizer o significado do direito em última instância, distinta daquela dos tempos imperiais. A propósito do novo sistema, Carlos Maximiliano (2005, p. 555) anotou que “o espírito” do “código supremo”, em consonância com o direito positivo e o norte-americano, determinava que a constitucionalidade das leis e dos atos do Executivo deveria ser julgada pelo Supremo, nos termos do art. 59, §1º, da Constituição. Aristides Milton (1898, p. 275), sintonizado com os novos rumos, em seus comentários à Constituição de 1891, sintetizou com precisão a mudança institucional por que passaria a função judicial: contemplado com a atribuição de interpretação da Constituição, inspirada na Suprema Corte dos Estados Unidos, o Poder Judiciário revelaria toda sua competência e força.

É verdade que opositoristas ao projeto republicano e federalista do governo revolucionário preocupavam-se com a gama de poderes que seria conferida ao Supremo Tribunal Federal, instituição que sofria o risco concreto de ser cooptada pelo Poder Executivo, convertendo-se em órgão auxiliar do Presidente da República, já que lhe competia indicar unilateralmente os membros da corte¹⁵. Diversos constituintes antigovernistas manifestaram-se contra o fortalecimento institucional do STF, que se espelhava na Suprema Corte dos Estados Unidos e que rompia com a tradição monárquica do seu “antecessor”, o Supremo Tribunal de Justiça do Império¹⁶.

Por essa razão, a proposta de Rui Barbosa consistente na introdução do princípio da *stare decisis* no

¹⁵ O senador José Hygino Duarte Pereira (BRASIL, Vol. II, 1924, p. 80-87 e p. 148 e ss), que se tornaria ministro do Supremo Tribunal Federal, contestou os novos poderes que se atribuiriam ao Supremo Tribunal: “será a salvaguarda ou a perda da República”. O tribunal se tornaria “a chave da abobada do novo edifício político” e estaria nas mãos do Presidente, que “poderá compor aquele Tribunal com creaturas suas e lançar a sua espada de Brenno na balança dos poderes públicos”.

¹⁶ Nesse sentido, é significativa a advertência do magistrado e constituinte, Amphilophio Botelho Freire de Carvalho (BRASIL, Vol. II, 1924, p. 86-87 e p. 167), que chamara a atenção dos colegas na Constituinte em relação à quantidade de poder conferido ao STF, órgão “que em si concentra a maior somma do poder político da nova forma de governo, porque tem a faculdade de corrigir os erros do Executivo e do Legislativo, firmando a intelligencia da lei constitucional, e que é o tribunal que ha de julgar o Presidente da Republica nos crimes comuns”. Diante do passado imperial fortemente presente na experiência dos constituintes de marcada intervenção do Executivo nos assuntos do Judiciário, a criação do STF com “mais função politica do que função propriamente judiciaria”, em que seus membros seriam arbitrariamente nomeados pelo Presidente da República, poderia transformar o Brasil em uma “Singular Federação!”.

sistema constitucional brasileiro¹⁷ acabou rejeitada pela “Comissão Especial dos 21”, criada no seio da Constituinte para avaliar o mérito do Projeto de Constituição do Governo Provisório (BRASIL, 1891, p. 102). A Comissão dos 21 manifestou receio de que o STF se tornasse um órgão submisso ao chefe do Poder Executivo e, por consequência, por meio da vinculação obrigatória dos tribunais, todo o Judiciário fosse cooptado pelo Presidente da República, que indiretamente teria a autoridade da última palavra (CONTINENTINO, 2015, p. 400-414).

É interessante observar, a partir do embate havido na Constituinte de 1890-1891, que a construção da competência judicial do controle é fruto de um cálculo político mais ou menos controlável, de modo que não se pode entendê-lo, tal qual tradicionalmente se concebe, como fruto de uma atribuição inerente e natural do Poder Judiciário (PONTES DE MIRANDA, 1932, p. 394 e ss).

Deu-se a redefinição da autoridade legitimada para dizer o direito em última instância, estabelecendo-se marco fundamental a ensejar uma profunda ruptura na cultura jurídica brasileira.

Tanto que, de início, a prática do controle judicial, ainda que expressa e constitucionalmente autorizada, suscitou questionamentos diversos, sujeitando inclusive juízes a processos criminais, a exemplo dos “crimes de hermenêutica” (REPOLÊS, 2010, p. 113-127)¹⁸, o que permite concluir, principalmente em comparação com outras democracias onde historicamente não foi acolhido esse modelo (v.g. Inglaterra e França), que o *judicial review* decorre sobretudo de uma decisão política fundamental em torno da definição da autoridade legitimada para dizer a última palavra. Não constitui, pois, *conditio sine qua non* à existência de um sistema constitucional democrático e republicano.

A República brasileira, embebida no sonho de institucionalizar o federalismo no Brasil, operou essa mudança de autoridade. Foi necessário, em consequência, reduzir o poder do Congresso Nacional, de modo que o antigo art. 15 da Constituição do Império, que atribuía à Assembleia Geral poderes amplos, inclusive o de interpretar as leis, não foi reproduzido na Constituição de 1891 (CAVALCANTI, 2002, p. 49). A competência de interpretar as leis e a Constituição foi implicitamente transferida ao Poder Judiciário. O Supremo, então, surgiu fortalecido.

A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1934)

O novo período que se inaugurou após o final da República Velha, do ponto de vista da formação do controle de constitucionalidade, também se caracterizou pela cautela com que se cuidou dos poderes e

¹⁷ Ao artigo 34 do Projeto, Rui Barbosa (1946, p. 40) ofereceu a seguinte emenda: “Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) § 18. Criar tribunais subordinados ao Supremo Tribunal Federal”.

¹⁸ Sobre as dificuldades enfrentadas pelo STF, ver ainda: MAXIMILIANO, 2005, p. 592-593.

competências do Supremo Tribunal Federal¹⁹.

Existia entre os constituintes um sentimento refratário à atribuição de maior envergadura institucional ao Supremo, o que influenciou em sua molduragem. O momento histórico é importante para compreender a engenharia constitucional de 1934, pois a formação do STF guarda relação íntima com os patamares democráticos do Estado de Direito.

Sabe-se da instabilidade política vivenciada no Brasil agravada nos idos da década de 1920, que chegou ao nível crítico com a Revolução de 1930, a qual, somada ao maior protagonismo do STF na seara política através da denominada “doutrina do *habeas corpus*”, induziu a formação de um movimento de refreamento institucional²⁰, que condicionou significativas alterações ocorridas no Judiciário suspeitando-se, inclusive, de “vingança” contra o STF por haver proferido decisões contrárias aos revolucionários da década de 1920-30 (COSTA, 2006, p. 68 e ss).

Após a Revolução de 1930, o Estado brasileiro iniciou sua jornada rumo ao autoritarismo que culminou com a decretação do Estado Novo, em 1937. Até lá, vários expedientes foram adotados que, sem dúvida alguma, contribuíram para o enfraquecimento do Poder Legislativo e do Judiciário, em particular da Suprema Corte, o que terminou por refletir em sua configuração nas Constituições de 1934 e de 1937²¹.

À luz desse contexto adverso ao Judiciário, explica-se melhor o papel do Senado Federal na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que foi transformado em “Conselho Federal” com atribuições bastante limitadas, dentre elas a de exercer a função de calibração institucional (BRASIL, 2017e). A nova função, que lhe foi confiada no sistema de controle de constitucionalidade, explica-se pela larga experiência acumulada com o controle difuso previsto na Constituição de 1891.

De um lado, entendia-se que o modelo de controle judicial (difuso/incidental) das leis era “falho” porque os efeitos das decisões do Supremo eram limitados às partes do processo e não obrigavam aos demais órgãos²². Identificou-se que o modelo de controle, conforme institucionalizado em 1891, não tinha o condão de

¹⁹ Segundo Emília Viotti da Costa (2006, p. 65-104), essa foi uma época de muita intervenção no STF pelo Poder Executivo: “Entre 1930 e 1945, o Supremo Tribunal Federal viveria um dos mais difíceis períodos de sua história, quando foi obrigado a assistir passivamente à demissão de ministros, à alteração de seu funcionamento e à invasão de suas prerrogativas pelo Executivo”.

²⁰ Nesse sentido, convém lembrar a Reforma Constitucional de 1926 que, na visão de José Duarte (Vol. 2, 1947, p. 319-320), ocorreu por motivação de natureza política, vez que seu objetivo foi reduzir o escopo do *habeas corpus*, cuja concepção foi amplamente alargada pelo Supremo Tribunal Federal nas décadas iniciais do século XX, ao assegurar seu cabimento na tutela das liberdades e garantias em geral do cidadão.

²¹ Nesse contexto de medidas autoritárias, dentre outras ações restritivas, foram suspensas garantias constitucionais, foram excluídos da apreciação judicial decretos e atos do Governo Provisório e foi prevista a criação de um tribunal especial para julgamento de crimes políticos e funcionais, tudo conforme o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Além disso, uma das medidas mais simbólicas do viés autoritário, que marcaria a Era Vargas, viria com a criação do Tribunal de Segurança Nacional, em 1936 (COSTA, 2006, p. 68 e ss).

²² A constatação de Góes Monteiro (AZEVEDO, 2004, p. 536), membro da Comissão que elaborou o Anteprojeto que deu origem à Constituição de 1934, volta-se precisamente contra a “anomalia” de “uma lei condenada pelo Poder Judiciário”

reduzir o volume de processos no STF e no Judiciário em geral nem de tornar a justiça mais célere, barata e efetiva na tutela dos direitos dos cidadãos. A decisão do Supremo configuraria uma espécie de “voto sem força obrigatória” ou, ainda, de um voto “com força obrigatória puramente platônica” (ALENCAR, 1978, p. 223-328). Sob tal ponto de vista, seria imprescindível instituir-se algum procedimento que fizesse com que a declaração de inconstitucionalidade se revestisse de efeitos contra todos os destinatários da lei.

De outro lado, confiar ao STF a competência para julgar nulas leis com eficácia *erga omnes* ensejaria o grave risco de criar-se uma “ditadura judiciária no País”, conforme opinião do constituinte Nilo de Alvarenga (ALENCAR, 1978, p. 236 e ss), ou uma “República Judiciária no Brasil”, de acordo com Oswaldo Aranha (AZEVEDO, 2004, p. 536). A solução encontrada foi conferir ao Conselho Federal (antigo Senado Federal) a prerrogativa de estender os efeitos da decisão do STF, quando assim julgasse conveniente e oportuno. Antes dessa definição, porém, chegou-se até mesmo a considerar a criação de um tribunal político, à semelhança da corte constitucional austríaca como alternativa aos “inconvenientes do judiciarismo” e de eventual ditadura do Judiciário²³. A proposta inovadora, contudo, cedeu à força da tradição do sistema difuso, então em vigor há mais de quarenta anos.

Destaque-se que, na Constituição de 1934, o Conselho Federal era um órgão colaborador da Câmara dos Deputados no exercício do Poder Legislativo além de exercer o papel de “coordenação dos Poderes”²⁴, o que ajuda a compreender o porquê de haver sido o órgão escolhido para exercer o juízo político consistente na generalização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF. Estava presente o objetivo de evitar o receado expansionismo judicial, impondo-se o contrabalanceamento político à força do direito, que poderia exceder-se com a gama de poderes concentrados na alçada do Supremo.

A orientação de que as decisões do Supremo deveriam ter eficácia *inter partes* prevaleceu no contexto histórico-jurídico de 1891 e de 1934, ocasionando mais uma vez a rejeição da adoção do princípio da *stare decisis*. Houve a decisão política fundamental de não se atribuir ao STF tamanho poder ao ponto de autorizá-lo a, decidindo casos individuais, proferir decisões com efeitos *erga omnes*, que valessem igualmente para todos os destinatários da lei, arriscando-se implantar a temida “juristoracia”.

Pela mesma razão, na Constituinte de 1933-1934 (AZEVEDO, 2004, p. 537 e ss), não se aceitou a proposta de Themistocles Cavalcanti de se reservar ao STF a função de julgar em tese a constitucionalidade das

permanecer produzindo efeitos para os julgamentos futuros: “... não se pôde compreender que, depois de ter o Supremo Tribunal julgado uma lei inconstitucional, ella continue em vigor”.

²³ A influência do modelo austríaco de controle de constitucionalidade e, sobretudo, do pensamento de Hans Kelsen foi marcante sobre os constituintes de 1933-1934. Sobre o tema, vide: SIQUEIRA, 2015, p. 348-374.

²⁴ Os artigos 22 e 88 da Constituição de 1934 previam respectivamente: “Art. 22. O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal. (...) Art. 88. Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”.

leis, revogando-as. Segundo Afrânio de Melo Franco, a previsão de mais essa “perigosa” faculdade ensejaria a subversão do regime da separação dos poderes e a instituição de uma “dictadura do Poder Judiciário no Brasil”.

A competência do Senado como instância adequada para realizar o juízo de generalização dos efeitos da decisão do STF, nesse contexto, consumou a própria negação do princípio da *stare decisis* em prol da manutenção da tradição institucional do STF de sempre decidir em concreto bem como a rejeição à atribuição de julgar em abstrato a constitucionalidade das leis.

Verifica-se, portanto, que, em tal época, a paradoxal relação entre política e direito influenciou de forma contundente a engenharia institucional do controle de constitucionalidade e a definição da autoridade legitimada para dizer o significado do direito em última instância.

A hesitação por parte dos constituintes de empoderar o Supremo Tribunal Federal, que se tornou uma das questões fundamentais debatidas ao longo processo de elaboração da Constituição de 1934, reflete como a configuração do controle está intrinsecamente ligada ao contexto político de cada momento, em que se desenvolvem distintas compreensões sobre a relação e o funcionamento de cada um dos poderes.

A “POLACA” E O DITO RETROCESSO DO CONTROLE (1937)

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, outorgada por Getúlio Vargas ao instituir o Estado Novo, fixou bases significativas à hipertrofia do Poder Executivo e ao crescente autoritarismo governamental a pretexto de realizar a “salvação nacional”, abalando o caráter democrático do Estado de Direito.

Francisco Campos (2001), o jurista responsável pela elaboração da referida Carta, ao longo de escritos e discursos proferidos, esforçou-se por ressignificar o conceito de “democracia”, tentando mostrar que o projeto do Estado Novo pretendia realizar o ideal de uma “democracia substancial”, em que o bem comum constituiria o grande valor a ser promovido. Ainda que tal bandeira acarretasse a limitação de direitos individuais ou de prerrogativas dos demais poderes, em especial do Poder Legislativo, o interesse coletivo e a identidade nacional deveriam prevalecer sobre os interesses e direitos individuais (e egoísticos) de cada um.

O Supremo Tribunal Federal também sofreu o impacto da mudança de regime, tendo em vista que a Carta de 1937 previu que as decisões de inconstitucionalidade poderiam ser revistas pelo Parlamento (BRASIL, 2017f)²⁵, mantendo-se a validade da lei não obstante o julgamento desfavorável do STF, o que, na prática, equivaleu à redefinição da competência da autoridade legitimada para dizer o significado do direito em última

²⁵ Eis o teor do art. 96 da Polaca: “Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República

instância. Na raiz desse novo desenho institucional, apesar do viés autoritário do governo instalado, entrevia-se uma razão democrática²⁶, já que o poder de interpretar a Constituição envolvia, em certo sentido, o poder de (re)formulá-la, conforme justificara o idealizador do novel instituto, Francisco Campos (1942, p. 365-371)²⁷.

Contudo, em face do contexto político-jurídico marcadamente centralizador, aquele mecanismo institucional, que em outras realidades constitucionais é fruto de uma decisão política consensual e legítima, assumiu feição antidemocrática. Porque o Parlamento foi dissolvido pelo Presidente da República, a prerrogativa prevista no parágrafo único do art. 96 da Carta de 1937, privativa do Parlamento, foi direta e pessoalmente exercida pelo próprio Presidente²⁸. Não obstante o discurso favorável à soberania popular, o poder de reverter as decisões do STF se transformou em potencial instrumento de cooptação e de controle da corte.

É verdade que ainda não se tem plena dimensão de sua repercussão na prática institucional ao longo do Estado Novo, havendo, porém, notícia de que o Presidente da República chegou a valer-se do poder conferido pela Carta para reverter decisão do STF, malgrado as reações contrárias (BITTENCOURT, 1949, p. 139). Tal experiência permite concluir que, no Brasil, o caráter alegadamente democrático do parágrafo único da Carta de 1937 foi instrumentalizado em prol da concentração ilegítima de poder. Não por outra razão, na visão de Paulo Bonavides (2012, p. 340), a Polaca gerou um eclipse na evolução do controle de constitucionalidade ao sujeitar a decisão judicial de inconstitucionalidade ao reexame do Parlamento²⁹.

Com efeito, ao fechar o Congresso Nacional e assumir inteiramente suas atribuições, o Presidente da República desvirtuou completamente o singular procedimento de controle de constitucionalidade previsto na Carta de 1937. Coube-lhe, destarte, a competência de discutir e de alterar as decisões do Supremo³⁰, o que evidenciou sua influência e hegemonia sobre os demais poderes³¹.

Desse modo, pode-se delinear duas importantes conclusões quanto à Polaca. Em primeiro lugar, ela

submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” (BRASIL, 2017f).

²⁶ Esse modelo de controle judicial, atualmente, denomina-se de “*weak-form judicial review*” (controle judicial fraco), cuja característica essencial é relativizar o caráter vinculante e irreversível da interpretação constitucional realizada pela corte suprema. Está presente em sistemas democráticos contemporâneos, a exemplo do canadense e do inglês, segundo analisado pelo constitucionalista Mark Tushnet (2003, p. 2781-2802). Para uma análise geral sobre o *weak-form judicial review* e eventual recepção no direito brasileiro, vide: CONTINENTINO, 2008, p. 174-194.

²⁷ Para o jurista do Estado Novo (CAMPOS, 1942, p. 365-371), “em matéria essencialmente política, não apenas por ser política, mas por nela envolver-se grave interesse nacional, a Constituição de 37 dá a última palavra aos órgãos representativos da Nação”.

²⁸ Era o que previa a Carta de 1937, em seu art. 180: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União” (BRASIL, 2017f).

²⁹ Sobre o tema, ver ainda: BITTENCOURT, 1949, p. 30; MENDES & BRANCO, 2016, p. 1114-1116; CLÈVE, 2000, p. 85-86.

³⁰ Exemplo do uso dessa atribuição do Parlamento pelo Presidente da República foi o Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939, que “confirma os textos de Lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais” (BRASIL, 2016).

³¹ Ademais, a Carta de 1937 vedava ao Poder Judiciário conhecer das “questões exclusivamente políticas” bem como dos atos editados na vigência do estado de emergência ou estado de guerra, tolhendo ainda mais a independência e a soberania do Poder Judiciário, conforme previsto respectivamente nos artigos 94 e 170.

acarretou um retrocesso em relação ao arranjo institucional de defesa constitucional até então existente (1891 e 1934), já que, contrariando a lógica historicamente sedimentada à luz do princípio da separação dos poderes, promoveu excessiva centralização de poderes no Executivo, que foi contemplado com a competência de criar, modificar, revogar e interpretar as leis, inclusive para reafirmar a validade e a eficácia de lei considerada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, em tempos de autoritarismo, nenhum órgão, mesmo os do Judiciário que são independentes e em princípio mais insensíveis à volatilidade da política, consegue exitosa e duradouramente conter as violações ao direito perpetradas pelos governantes e pela política em geral.

A CONSTITUIÇÃO DA “REDEMOCRATIZAÇÃO” DO BRASIL (1946)

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, o Brasil aderiu aos “Aliados” por pressão norte-americana. O discurso de sustentação do Estado Novo perdeu sensivelmente sua força. Getúlio Vargas foi pressionado pelo fim do regime e terminou deposto da presidência antes mesmo do fim do seu mandato. Iniciou-se o período de transição de volta à democracia e de muita instabilidade política, marcado pelo suicídio de um presidente, por deposições presidenciais, por mudanças de regime de governo (presidencialismo e parlamentarismo), que chegou ao fim com o golpe de 1964.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 surgiu, portanto, em momento de muita efervescência política em torno da redemocratização³². Relativamente à tradição histórica constitucional brasileira, a nova Carta foi fruto de uma síntese das garantias individuais previstas na Constituição de 1891 e das conquistas sociais consagradas nas Constituições de 1934 e de 1937 (ANDRADE, 1986, p. 11), bem como do esforço de instituir mecanismos efetivos de limitação ao arbítrio, dada a experiência política autoritária antecedente (BALEEIRO, 1968, p. 80-81). Havia largo consenso sobre a necessidade de imposição de rígidas restrições ao Poder Executivo (DUARTE, 1947, Vol. 1, p. 600; Vol. 2, p. 135).

Em relação ao Poder Judiciário, procurou-se livrá-lo do jugo do Poder Executivo, restabelecendo as garantias da independência e da inamovibilidade dos juízes que foram substancialmente relativizadas³³, e restaurar as prerrogativas de autogestão, a exemplo da escolha de seus presidentes e vice-presidentes, a qual na ordem

³² Para uma apreciação crítica geral sobre a “redemocratização”, ver: SILVA, 2011, p. 71-76.

³³ É válido o depoimento dos constituintes Rafael Cincurá e Aloísio de Castro. O primeiro registrara (NOGUEIRA, Tomo I, 2006, p. 219-238): “Forte, como arbítrio definitivo, anulando atos do Executivo ou negando validade às leis inconstitucionais, exercia o Supremo Tribunal papel preponderante nas Constituições anteriores, como cúpula do regime federativo. Este papel foi-lhe retirado”. O segundo, sr. Aloísio de Castro (*Idem*, p. 375-385), em seu discurso sobre o Poder Judiciário, constatou: “Da coação mais ou menos disfarçada à prática de expedientes ostensivos e gritantes, por parte dos agentes do Executivo e do Legislativo, não excetua sequer o Supremo Tribunal Federal que, como os demais Tribunais Federais e estaduais e Juízes da instância inferior, tem sofrido, para tristeza nossa, duros golpes de desacato, de desapareço e de desconsideração que importam na sua diminuição e no seu rebaixamento em face daqueles outros poderes”.

constitucional anterior foi tomada e exercida pelo chefe do Poder Executivo (COSTA, 2006, p. 105 e ss). De igual modo, eliminou-se a atribuição da Câmara dos Deputados de manter a validade de ato normativo julgado inconstitucional (parágrafo único do art. 96 da Carta de 1937), reafirmando-se a competência soberana do Supremo Tribunal Federal.

O STF, durante os quase vinte de anos de seu funcionamento sob a vigência da Constituição de 1946, atravessou períodos de grave crise política, econômica e jurídica. Do ponto de vista jurídico e da administração da justiça, um dos grandes desafios foi lidar com o problema de processos que o assolava. Cogitou-se criar um tribunal de reclamações e aumentar o número de ministros integrantes do STF. E, à semelhança do instituto introduzido sob a égide do ordenamento jurídico do Império na esteira do constitucionalismo francês e lusitano, conferir ao STF a prerrogativa de editar “assentos”, isto é, autorizar que suas decisões possuam força de lei com eficácia geral e contra todos; mas tal opinião não prevaleceu³⁴. Instituiu-se o Tribunal Federal de Recursos que foi contemplado com diversas atribuições recursais, reservando-se ao STF a apreciação quase exclusiva das questões federativas e constitucionais (COSTA, 2006, p. 110).

No arranjo institucional da redemocratização, tornou-se o STF órgão fundamental à efetivação do novo regime democrático brasileiro. Havia consciência de seu poderoso papel institucional como baluarte da democracia e como intérprete último da Constituição, buscando-se, assim, restaurar-lhe a independência perdida bem como revesti-lo de garantias que não mais possibilitassem sua submissão ao Poder Executivo.

Porém, outra ruptura sofreria a ordem constitucional brasileira, o que veio a alterar o equilíbrio de forças entre os poderes, e, por conseguinte, trazer nova mudança de perspectiva em torno da autoridade legitimada para dizer o significado do direito em última instância.

AUTORITARISMO CONSTITUCIONAL (1964, 1967 E 1969)

Com o movimento de tomada do poder pelos militares deflagrado na madrugada do 31 de março de 1964, uma nova ordem jurídica de cunho profundamente autoritário e centralizador, que fazia lembrar os tempos do Estado Novo, firmou-se no cenário político nacional. A hipertrofia do Poder Executivo foi sendo desenhada

³⁴ O Decreto n.º 2.684, de 23 de outubro de 1875, que “Dá força de lei no Imperio a assento da Casa de Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros”, estabeleceu a competência do Supremo Tribunal de Justiça para editar assentos com força de lei, e previa: “Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada. § 1º Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações. § 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remettidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo. § 3º Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal” (BRASIL, 1876, p. 183-184). Para uma visão geral sobre o tema, inclusive quanto à sua não aplicabilidade prática, vide: LEAL, 1922, p. 1143-1158.

através de diversos atos normativos, que se seguiram à destituição do governo de João Goulart.

Foi editado o Ato Institucional nº 1 (AI 1), de 9 de abril de 1964, que “dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 (...) com as modificações introduzidas pelo poder constituinte originário da revolução vitoriosa”, que estabeleceu diretrizes iniciais do novo governo e suspendeu diversos direitos e garantias constitucionais e políticos. De início, o Supremo Tribunal Federal ainda conseguiu exercer sua atividade com independência e altivez, consoante se pode observar por alguns julgamentos de grande repercussão, a exemplo do *habeas corpus* do professor Sérgio Cidade de Resende e dos governadores Miguel Arraes, de Pernambuco, e Mauro Borges, de Goiás (GODOY, 2008, p. 267-294; COSTA, 2006, p. 162 e ss). No entanto, suas decisões começaram a desagradar o comando revolucionário, de modo que foram apresentadas propostas legislativas com o objetivo de “adequar” o STF e o Poder Judiciário aos novos tempos (KOERNER, 2013, p. 527-568; COSTA, 2006, p. 159-188).

As modificações mais significativas foram aquelas promovidas pelo Ato Institucional nº 2 (AI 2), de 27 de outubro de 1965, que “mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas”, e pela Emenda Constitucional nº 16 (EC 16), de 26 de novembro de 1965, que “altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário”. O AI 2 (BRASIL, 2017b), entre outras intervenções, ampliou o número de membros do STF de onze para dezesseis, suspendeu garantias de ministros e impediu a apreciação judicial de atos governamentais baseados na “legislação revolucionária”, pós-1964. Essas alterações foram assimiladas como uma inaceitável interferência do Poder Executivo no Judiciário (COSTA, 2006, p. 166), gerando repúdio por parte dos ministros do STF (LEAL, 1965, p. 15-46).

A EC 16 (BRASIL, 2017k)³⁵, por sua vez, deu continuidade às modificações promovidas pelo AI 2 e atribuiu ao Supremo a competência de julgar a representação de inconstitucionalidade dos atos dos poderes federais, o que, segundo Aliomar Baleeiro (1968, p. 96), configurou uma “atribuição política delicada no equilíbrio dos outros dois Pôderes”. Com efeito, a partir da EC 16, foram lançadas as bases para a fiscalização concentrada e abstrata da constitucionalidade dos atos normativos, a qual, desde então, tornou-se a mais grave e sensível competência do STF.

O sistema de controle brasileiro, que se caracterizava como “difuso/concreto” por espelhar-se preponderantemente na tradição norte-americana do *judicial review*, começou a ser enquadrado como “misto”, ao haver incorporado elementos da tradição austríaca do controle “concentrado/abstrato”.

³⁵ A Exposição de Motivos da PEC 6/1965 (BRASIL, 1965, p. 9296), que deu origem à EC 16, registrava que se dava continuidade às modificações promovidas pelo AI 2: “Sobrevindo o Ato Institucional nº 2, a 27 de outubro do corrente ano, os pontos estruturais de reforma do Poder Judiciário, contido nas emendas aos artigos 94, 98, 103, 105 da Constituição, que passaram a nova redação, conforme proposta daquela mesma Comissão, foram de logo incorporados àquela edito constituinte, devendo-se destacar, como característica dominante dessa reforma, a restauração da justiça federal de primeiro grau, cuja competência ficou desde logo traçada, e o aumento de juízes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos e do Tribunal Superior Militar”.

Do ponto de vista jurídico-formal, a nova configuração do sistema de controle não mais sofreu alteração substancial até o advento da Constituição Federal de 1988, eis que tanto a Constituição de 1967 quanto a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (“Constituição de 1969”), que “edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967”, mantiveram, em linhas gerais, a estrutura desenhada sob a vigência da Constituição de 1946, com as modificações realizadas pelo AI 2 e pela EC 16³⁶.

Deve-se ressaltar, entretanto, que, na prática, a garantia do controle de constitucionalidade como instrumento de efetiva garantia dos direitos fundamentais e do regime federalista foi sensivelmente fragilizada, dada a característica geral desse período de grave concentração de poderes no Executivo, enquanto o Judiciário e o Legislativo foram paulatinamente despojados de condições institucionais mínimas para resistirem aos desmandos governamentais.

É razoável admitir, nesse contexto, que o AI 2 e a EC 16 serviram ao projeto político inerente à consolidação do governo autoritário, que buscava a centralização do poder e a eliminação de eventuais focos internos de resistência. As Constituições de 1967 e de 1969, por sua vez, davam continuidade ao desiderato governamental, em consonância com os princípios fundantes do regime antidemocrático.

Desse modo, não obstante a ampliação formal de competência com que se contemplou o Supremo, em particular mediante a introdução do controle concentrado/abstrato nos termos da EC 16, por força do contexto histórico-político, o STF não foi de fato definido como autoridade legitimada para dizer o significado do direito em última instância nem atuou como garantidor das liberdades constitucionais, funcionando mais propriamente como instrumento para avaliar o regime autoritário instaurado (KOERNER, 2013, p. 552 e ss).

CONCLUSÃO

Ao longo do desenvolvimento da pesquisa realizada, as premissas e hipóteses formuladas foram satisfatoriamente confirmadas. O controle de constitucionalidade não é uma prerrogativa inerente à função judicial. Por mais que se concorde com a noção de que o Judiciário seja o poder mais adequado para realizar a defesa da Constituição, isso não autoriza afirmar a regra de que o Judiciário teria a função inerente de fazê-lo.

A análise dos textos constitucionais, e seus respectivos avanços e retrocessos, mostra que a história constitucional brasileira não é fruto de uma evolução linear e ascendente na qual se tenha verificado que sempre

³⁶ A Constituição de 1967 manteve o sistema de fiscalização estruturado ao longo das Constituições que lhe antecederam. Pouco alterou a configuração instituída pela EC 16, salvo em relação a dois pontos específicos: eliminou a previsão anteriormente existente de interposição de representação de inconstitucionalidade genérica em âmbito estadual; transferiu para o Presidente da República a competência para suspender o ato estadual declarado inconstitucional pelo STF no âmbito da representação interventiva (BRASIL, 2017h). Ainda mais tímida, a Constituição de 1969 limitou-se a admitir a instituição pelos Estados da representação interventiva para censura de lei municipal em face dos princípios sensíveis da Constituição Estadual (BRASIL, 2017j). Sobre o tema, vide: CLÈVE, 2000, p. 88-90.

pertenceu ao Poder Judiciário a atribuição de realizar o controle de constitucionalidade. Antes, os procedimentos da jurisdição constitucional têm sido definidos com base em interesses e concepções das forças políticas hegemônicas que ocupam as posições de liderança no poder.

A decisão mais ampla sobre o modelo jurídico-formal de como idealmente se deve realizar a prática do controle de constitucionalidade ocorre no momento de discussão e de elaboração das Constituições (ou de sua reforma). É fortemente condicionada pela cultura jurídica e pela experiência dos constituintes que, a partir de suas vivências e interesses, projetam, no horizonte futuro, modelos políticos à luz dos quais imaginam a atuação perfeita do Poder Judiciário.

É verdade que todo o empenho oferecido durante o processo constituinte é relativo. A prática institucional e os costumes constitucionais poderão (ou não) confirmar as expectativas políticas veiculadas em cada uma das Constituintes. Eis, porém, um tema a merecer desenvolvimento em pesquisa específica. Por ora, interessa reafirmar a premissa de que a configuração do sistema do controle de constitucionalidade é muito mais condicionada pela história institucional e pela política do que propriamente por uma ontologia jurídica própria de funções ditas inerentes a cada um dos poderes políticos.

Nesse sentido, conforme discutido nos itens 1 e 2, constata-se que sua introdução na Constituição de 1891 não decorreu, em princípio, da necessidade de garantir os direitos fundamentais, mas de preservar o incipiente federalismo e as competências constitucionais da União em face de abusos cometidos pelos legislativos estaduais. Da mesma forma, a introdução do controle concentrado/abstrato por força da EC 16, que modificou a Constituição de 1946, não representou um reforço nos mecanismos de proteção das liberdades constitucionais dos cidadãos ou da manutenção do pacto federativo, de acordo com a análise empreendida nos itens 5 e 6. Ao revés, foi um instrumento de que lançou mão o governo para realizar seu projeto político autoritário e centralizador, procurando evitar ao máximo a interferência de outros poderes e órgãos.

Outra conclusão importante que se extrai da história contextual ora desenvolvida, que desmitifica a tradicional doutrina constitucional brasileira, é que o agigantamento de alguns dos poderes políticos, especialmente do Executivo, reflete direta e quase imediatamente no funcionamento dos institutos de garantia da Constituição. Lógico, porque, independente de quem seja o responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade (judicial ou não judicial), a Constituição em seu sentido mais elementar, de garantia e estruturação do poder político, destina-se a legitimar o exercício desse poder, o que autoriza a limitação da política pelo direito.

A hipertrofia do Executivo, Legislativo ou Judiciário, destarte, acarreta o exercício de suas funções para além do campo próprio de atuação legitimada, de modo a ensejar uma forma de exercício de poder à margem da Constituição e a impedir que os mecanismos de controle e de garantia constitucional tenham alguma eficácia.

Nos regimes autoritários, tende-se a restringir ou suprimir o âmbito de atuação dos procedimentos de garantia constitucional ou, então, cooptar os órgãos responsáveis por seu exercício, segundo exame realizado nos itens 4 e 6, a fim de que o poder responsável pela condução da política governamental não seja confrontado pelos demais poderes, mantendo-se, assim, a forma aparente da legalidade e constitucionalidade da ordem.

Também digna de nota é a constatação de que, superada uma experiência traumática e autoritária de governo, procura-se elaborar nova Constituição que adote as cautelas necessárias a fim de obstar-se a volta dos abusos governamentais cometidos na vigência da ordem política anterior. Este aspecto foi particularmente destacado nos itens 4 e 5, em que se analisou o impacto do parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937 no sistema de controle de constitucionalidade, alterando seu sentido histórico até então sedimentado.

Em suma, o objetivo geral da presente pesquisa consistiu em elaborar uma história contextual e crítica do controle de constitucionalidade das leis, a fim de identificar os limites da tradicional narrativa da doutrina constitucional brasileira. Mais especificamente, a partir de cada uma das principais experiências constitucionais no Brasil, procurou-se argumentar que a história desse controle no Brasil revela que as formas de defesa da Constituição decorrem de contingências determinadas por uma gama complexa de fatores, não se devendo, pois, conceber o controle de constitucionalidade como atribuição inerente à atividade judicial, a qual teria se consolidado em virtude de uma natural evolução e maturação institucional do Poder Judiciário.

CONTEXTUAL HISTORY OF THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: A CRITICAL TO THE TRADITIONAL BRAZILIAN NARRATIVE DOCTRINE

Abstract

This article realizes a historical investigation on the formation of Brazilian constitutional review, since Imperial Constitution of 1824 until the Constitution of 1967-69, which preceded the current Constitution of 1988. More specifically, it aims to offer a critique of the narrative of Brazilian constitutional discourse, which conceives the current model of judicial review as a product of a gradual evolution of legislation, whose start point was given in the Constitution of 1891. In order to develop it, this essay starts from two basic premises: constitutional review derives from a political decision, which means to recognize that it is not an inherent function of the judge or the Judiciary Power; secondly, from a certain point of view, the history of Brazilian constitutional review was so mystified that a traditional narrative of the linearity of its legislative evolution in time has become hegemonic, which, consequently, admits the naturalness of constitutional review by the Judiciary. From the historical contextualism approach, this research develops through the examination of important historical sources of each of the constituent periods, and it concludes that the definition of the legitimized authority to say the “last word” stems from a constellation of political and legal factors.

Keywords: Brazilian constitutional history; Constitutional Review.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta. **Elementos de direito publico**. Recife: Typ. Imparcial, 1849.
- ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**: a. 15, n. 57, jan./mar., 1978, p. 223-328.
- ANDRADE, Manuel Correia de (Org.). **A Constituinte de 1946**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1986.
- AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. **Elaborando a Constituição Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARBOSA, Rui. A Constituição de 1891. In.: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XVII. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946.
- _____. **Atos inconstitucionais (1893)**. 2. ed. Campinas: Russel, 2004.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito I**. Rio de Janeiro: Solomon; Sergipe: Diário Oficial, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. **Collecção das leis do Império do Brazil de 1875**. Tomo XXIV. Vol. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1876.
- _____. **Decretos do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brazil** (Décimo Fascículo, de 1 a 31 de outubro de 1890). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890.
- _____. **Annaes da camara dos srs. senadores**. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.
- _____. **Annaes do Congresso Constituinte da Republica (1890-1891)**. Vols. I a III. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924.
- _____. **Diário do Congresso Nacional (Seção I)**. Brasília: 5 de novembro de 1965.
- _____. **Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)**. Tomos I, II e III. Brasília: Senado Federal, 2003.
- _____. **Decreto-lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm>. Acesso em 24/09/2016.
- _____. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017a).
- _____. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017b).
- _____. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017c).
- _____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017d).
- _____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017e).
 _____ **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017f).
 _____ **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017g).
 _____ **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967 de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017h).
 _____ **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017i).
 _____ **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (Constituição de 1969).** Disponível em
 <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#nova redação](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#nova%20reda%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em
 13/01/2017 (2017j).
 _____ **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965.** Disponível em
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em
 13/01/2017 (2017k).
 _____ **Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834 (Ato Adicional de 1834).** Disponível em
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017l).
 _____ **Lei nº 105, de 12 de maio de 1840.** Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM105.htm>. Acesso em 13/01/2017 (2017m).
 BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império.** Rio de Janeiro:
 Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico.** Brasília: Senado Federal, 2001.
 _____ **O poder judiciário na Constituição de 1937.** In: **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1942, p.
 365-371.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira (1891): comentários.** Brasília: Senado
 Federal, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo:
 RT, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo. Casseb. **História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil:** percursos
 do pensamento constitucional no Século XIX (1824-1891). São Paulo: Almedina, 2015.

_____ **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira.**
 Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania.** 2. ed. São Paulo: UNESP,
 2006.

_____ **Da monarquia à república: momentos decisivos.** 8. ed. São Paulo: Unesp, 2007.

COSTA, Pietro. In search of legal texts: which texts for which historian? In.: **Reading Past Legal Texts** (Dag
 Michalsen ed.). Oslo: Unipax, 2006b, p. 158-182.

DUARTE, José. **A Constituição brasileira de 1946: exegese do texto à luz dos trabalhos da Assembleia
 Constituinte.** Vol. 1 a 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A história do direito entre foices, martelos e togas:** Brasil 1935-1965. São

Paulo: Quartier Latin, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Do Império à República. In.: **História Geral da Civilização Brasileira (Vol. 7)**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

KOERNER, Andrei. Sobre a 'evolução do controle da constitucionalidade no Brasil': uma análise crítica. In.: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **As Formas do Direito: Ordem, Razão e Decisão** (Experiências jurídicas antes e depois da modernidade). Curitiba: Juruá, 2013, p. 527-568.

KUGELMAS, Eduardo. Introdução. In.: BUENO, João Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 19-49.

LEAL, Aurelino. História judiciária do Brasil. In.: **Dicionário Histórico Geográfico Etnográfico do Brasil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922, p. 1107-1187.

LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. **Revista de Informação Legislativa**: Ano II, n. 7, 1965, setembro, p. 15-46.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In.: **Il Futuro della Costituzione** (A curia di Gustav Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro e Jörg Luther). Torino: Einaudi, 1996, p. 83-128.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MILTON, Aristides Augusto. **Constituição do Brazil**: noticia historica, texto e commentario. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis (1748)**. Trad. Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011.

NOGUEIRA, Octaciano (Org.). **Doutrina constitucional brasileira (Constituição de 1946)**. Tomos I a III. Brasília: Senado Federal, 2006.

POCOCK, John. **Political thought and history**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PONTES DE MIRANDA. **Os fundamentos actuaes do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Identidade do sujeito constitucional e controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 2010.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro (evolução institucional)**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. O parecer de Kelsen sobre a constituinte brasileira de 1933-1934. **Direito & Práxis**: Vol. 6, 2015, p. 348-374.

SKINNER, Quentin. **Visions of politics (regarding method)**. Vol. I. Cambridge: Cambridge University Press,

2010.

SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e commentario da Constituição Politica do Imperio do Brazil**. Vol. I. S. Luiz: Typ. B. de Mattos, 1867.

TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**: Vol. 101, Iss. 8, August, 2003, p. 2781-2802.

URUGUAY, Visconde do. **Estudos praticos sobre a administração das provincias no Brasil**. Tomos I e II. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1865.

VALLADÃO, Haroldo. Pimenta Bueno, grande publicista e constitucionalista do Império. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**: Vol. 199, Abr./Jun., 1948, p. 176-190.

Trabalho enviado em 21 de fevereiro de 2017.

Aceito em 04 de julho de 2017.