ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O PODER MODERADOR COMO ORIGEM DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

MODERATOR POWER AS SOURCE OF CONSTITUTIONALITY CONTROL IN BRAZIL

José Herval Sampaio Júnior*

RESUMO: O trabalho busca demonstrar que a origem remota do Controle de Constitucionalidade no Brasil está no Poder Moderador, da Constituição de 1824. Em razão do desprestigio da Supremacia Constitucional, e por circunstâncias peculiares da época, não houve, efetivo controle. Desta forma, abordam-se características da Constituição de 1824, analisando o uso do Poder Moderador como órgão de controle. Examinam-se, também, as Constituições Republicanas, para demonstrar que as situações aí delineadas eram distintas, correlacionadas com o Poder Moderador, que se assemelhava muito aos Tribunais Constitucionais. Procura-se demonstrar, ao final, a originalidade do Poder Moderador, como possibilidade de forma de controle da constitucionalidade das leis imperiais, bem como sua adoção desvirtuada das idéias de Benjamin Constant.
Palavras-chave: Poder Moderador. Constituição Imperial. Controle de Constitucionalidade. Originalidade

ABSTRACT: The work seeks to demonstrate that the remote source of Judicial Review in Brazil is the moderating power of the Constitution of 1824. Because of the prestige of Constitutional Supremacy, and by the peculiar circumstances of the time, there was no effective control. Thus it was discussed features of the Constitution of 1824, analyzing the use of the moderating power as an organ of control. It also examines the Republican Constitutions to demonstrate that the situations outlined here were different, correlated with the moderating power, which looked a lot like the Constitutional Courts. It seeks to demonstrate, in the end, the originality of the moderating power as a possible way to control the constitutionality of the imperial laws as well as its adoption of distorted ideas of Benjamin Constant.
Keywords: Moderating Power. Imperial Constitution. Judicial Review. Originality.

* Especialista em Processo Civil e Penal pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte e Universidade Potiguar – UnP. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. *Email*: hervaljunior@tjrn.jus.br.

1 TÓPICOS INICIAIS. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A formação do Estado Brasileiro ocorreu em um momento em que o cenário político mundial passava por uma grande transformação, que incidiu diretamente nas linhas jurídicas. Tais mutações tinham por objetivo limitar o poder do monarca, por meio da positivação jurídica. Nesse contexto, a maioria das monarquias absolutas passou a ser monarquias constitucionais. A Revolução Francesa foi o ápice de tal mudança, que, na prática, fez com que houvesse a submissão de todos à vontade da lei, inclusive a do próprio Monarca.

No Brasil, a situação era similar, pois, com a independência, D. Pedro I não tinha outra opção a não ser realizar uma Assembléia Constituinte que viesse a reger, não só a forma, sistema, regime e de modo geral o governo brasileiro recém-constituído, mas até a disciplina dos direitos e deveres do povo. A Assembléia foi constituída, mas, logo depois, dissolvida pelo Monarca, que, dentre outros motivos, alegou a inexperiência dos legisladores, contendas internas entre os estes e, principalmente, a ausência do Poder Moderador, tendo mandado, até mesmo prender alguns deputados, o lhe que denotou o caráter autoritário.

Registre-se, por conveniente, a efetiva contradição entre o discurso teórico e prático, ou seja, os defensores do liberalismo, em Portugal e, posteriormente, no Brasil, propagavam, as transformações advindas da ideologia dos movimentos nos Estados Unidos e na França, onde, de modo incipiente, se vislumbrava a soberania popular, fato que não ocorreu, em momento algum, no Brasil, em que pese à transição de monarquia absolutista para constitucional.

Em nosso país, os interesses da classe agrária e escravista continuaram prevalecendo e dando suporte ao novo regime que se instalara, sob o total controle do Imperador D. Pedro I, que, como dito, dissolvera a Assembléia Constituinte, deixando, patente, a forma despótica que implantara em seu governo. Daí que os primeiros juristas, não só por serem monarquistas, mas também por serem céticos em relação à mudança, construíram um pensamento paradoxal, que serviu de pano de fundo para a criação do Direito

Público Nacional e da organização do Estado[1].

Alguns historiadores, perfilharam, até, o entendimento de que o espírito que lastreava os juristas daquele período, era, o liberalismo-autoritário, como se denotou, de modo cristalino, na própria Constituição Outorgada de 1824.

Os juristas desse período tinham, como antecedentes, os seguintes movimentos: o constitucionalismo, que no Brasil foi acolhido em sua inteireza, ficando o costume e as ordenações portuguesas marginalizados, bem como a Ilustração e o Direito Natural Moderno, que lhe serviram de alicerce, pelo menos no aspecto teórico, pois suas premissas básicas nunca se materializaram no período analisado.

Todo esse cenário marcou a transição do direito colonial para o direito nacional, que, na essência, tem um misto, muito peculiar, de ruptura e continuidade, ao mesmo tempo, das bases jurídicas. Ressalve-se, ainda, que antes da instauração do Estado Nacional, o Brasil viveu por sete anos a condição de Reino Unido, o que acabou facilitando a transgressão para a monarquia legitimista.

Desta forma, podemos concluir que nem o Jusnaturalismo nem a Ilustração implicaram o liberalismo, pois nem todos os substratos ideológicos das transformações enunciadas ocorreram, na prática, no Brasil Imperial, com exceção da separação de poderes, de forma mitigada, da centralização e do monopólio das fontes de direito e de sua codificação. Estes últimos, de extrema importância para delinear o primeiro momento da possibilidade de controle da constitucionalidade das leis imperiais, ou Jurisdição Constitucional, em sentido amplo, principal objetivo desse trabalho.

Com tal escopo, analisaremos, por igual, e de maneira superficial, as demais Constituições que se sucederam e evoluíram no tocante ao controle de constitucionalidade, com o fim de procurar mostrar as primeiras idéias e a própria normatização do controle difuso e concentrado, enaltecendo, quando for o caso, a originalidade do pensamento constitucional brasileiro.

1 Já na discussão da Constituinte surgiu a idéia contrária ao controle da constitucionalidade das leis conforme nos noticia Boris Fausto em seu livro História do Brasil, 8ª edição, Editora de São Paulo, 2000, p.148. *"Os constituintes queriam que o Imperador não tivesse o poder de dissolver a futura câmara dos Deputados, forçando assim, quando julgassem necessário, novas eleições. Queriam também que ele não tivesse o poder de veto absoluto, ou seja, o direito de negar validade a qualquer lei aprovada pelo Legislativo.* Grifo nosso. A interpretação a contrario sensu nos permite concluir, desde já, pela possibilidade, na CF DE 1824, de controle pelo Imperador".

2 OS PILARES DA CONSTITUIÇÃO DE 1824 E O SUBSTRATO TEÓRICO PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS IMPERIAIS

A Constituição de 1824 é uma das duas de nossas Cartas Magnas que foram outorgadas, e tal fato se revela de maior importância, não só pelo patente caráter antidemocrático, senão também, por ter se constituído uma forma de amenização da perda de poder, por parte do Imperador D. Pedro I, quando da passagem para a monarquia constitucional. Tanto é verdade que, ao dissolver a Assembléia Constituinte, fez ele questão de embutir instrumentos que lhe permitissem o total controle do governo.

A nação Brasileira era formada de dois segmentos: o Estado, devidamente representado pelo Imperador e pelo povo (Assembléia Geral). Desse modo, a vontade dessas duas metades formava a Vontade Nacional. Tal idéia só deve ser pensada sob o aspecto formal, pois o povo, na acepção da Constituição Imperial, era muito limitado e, em sua grande maioria, não teve qualquer participação, durante a vigência de sessenta e cinco anos, daquela Constituição, o que baliza o nosso pensamento numa inércia, quase que total, quanto à discussão da constitucionalidade das leis imperiais, apesar de sua indiscutível possibilidade, como tentaremos demonstrar.

É imperioso ressaltar que todos os Poderes Públicos eram delegados pela Nação Brasileira (Imperador + Povo), conforme enunciava o seu artigo 10, o qual levou em consideração a doutrina da formulação quatripartida de Benjamin Constant, sendo, pois, interessante anotar que o Imperador estava presente em todos os Poderes[2].

No livro "História Geral da Civilização Brasileira, tomo II, Brasil Monárquico – O processo de emancipação", organizado por Sérgio Buarque de Holanda, os autores, ao comentarem a doutrina do Poder Moderador, enfatizaram, que Benjamin Constant separara o Poder Executivo do Moderador, os quais não podiam ser exercidos pelo Monarca. Nas suas

2 Essa foi a grande deturpação da Doutrina do pensador francês, pois, em nenhuma de suas obras, principalmente Cours de Politique, havia previsão de que o titular do Poder Executivo fosse o mesmo do Poder Régio (Moderador), o que descaracterizou, até mesmo, a idéia inata do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Moderador, que deveria ser um órgão totalmente estranho e independente dos demais, como atualmente, se vislumbra nos Tribunais eminentemente Constitucionais (Controle Político por excelência).

concepções, citando, até mesmo, Clemonrt-Tonnerre, o Poder Executivo deveria ser exercido pelos Ministros, e não mais através deles[3].

Diante desse novo quadro de previsão de um quarto Poder, defendido, doutrinariamente, como neutro e conservador, grassou uma discussão, polêmica, sobre a natureza e os limites de tal Poder. O Poder Moderador, como previa a nossa Constituição, foi, sem sombra de dúvida, o pilar central de todo o período monárquico, com diversos estudos sobre o seu espectro de atuação, sendo, portanto, praticamente o pai da sociedade da época, pois garantia a harmonia e, principalmente, o equilíbrio entre os demais Poderes Políticos, alicerçando, até mesmo, a conhecida Teoria do Estado Imperial.

Ocorre que, no Brasil, apesar de ter sido o pioneiro e o único em materializar as idéias de Benjamin Constant, em uma Constituição - pelos menos é o que se noticia com mais freqüência-, houve um desvirtuamento do exercício do Poder Moderador e do Executivo pela mesma pessoa, ou seja, pelo Imperador. Segundo o pensador, o Poder Moderador deveria ser exercido pelo Rei, que, apesar de reinar, não governaria, o que não era o caso de nossa Constituição, pois, consoante o art. 102 da CF 1824 [4], o Imperador era o chefe do Poder Executivo e o exercitava através de seus Ministros de Estado.

No primeiro Império, de forma ainda mais discrepante do modelo preconizado pelo pensador, D. Pedro I acabou abusando do exercício de tal Poder, desnaturando-lhe os objetivos, ratificando, ainda mais, a idéia de que sua previsão, na Constituição, tinha um caráter autoritário e compensador da perda de poder com a monarquia constitucional. [5]Na prática, nes-

3 *"Diria o Visconde de Uruguai que, se não fosse a parte doutrinal do texto, o artigo 98 não suscitaria tantas apreensões. O que se deveria lamentar, entretanto, é que a parte doutrinal levasse endereço errado, isto é, não constasse de um artigo estatuindo expressamente a separação entre os poderes executivo e moderador. Para que este existisse efetivamente era indispensável que a pessoa a encarná-lo renunciasse ao exercício de qualquer dos outros poderes, sobretudo, renunciasse ao poder "ativo" por excelência."* (Grifo nosso). Texto extraído da obra História Geral da Civilização Brasileira, tomo II, Brasil Monárquico – O processo de emancipação, sob a direção de Sérgio Buarque de Holanda, Difel / Difusão Editorial S.A, São Paulo, 1976, p.259.

4 "Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado".

5 *"Desvirtuaram-lhe por igual a aplicação, quando o primeiro Imperador o exercitou em termos absolutos de exceção. Feriu ele desse modo o espírito da Carta, sobretudo a legalidade e a constitucionalidade do regime, ao fazer das Comissões Militares o instrumento repressivo, por excelência, das agitações anti-imperiais e que impopularizou o monarca nas províncias do Nordeste e do extremo Sul. Tudo isso precedeu as manifestações populares mais agudas e ostensivas ocorridas em solo mineiro, e que tiveram por desfecho o ato da Abdicação"* Reflexão de Paulo Bonavides em artigo publicado na Internet, Estudos Avançados, Evolução Constitucional no Brasil.

se período, valia a máxima de Itaboraí, "o rei reina, governa e administra".[6]

Destarte, seu teórico sucesso não resplandeceu em nosso país e acabou trazendo inconvenientes políticos, e até mesmo jurídicos, que somente não ocasionaram sua extirpação precoce, em razão da postura comedida e ideal - como verdadeiro poder de controle e inspeção dos demais Poderes – que lhe deu o Imperador D. Pedro II, em seus quase cinqüenta anos de governo[7] [8].

A questão nodal residia em precisar se o exercício de tal Poder, como disciplinavam os artigos 98 e 99 da CF de 1824[9], sofria algum tipo de limitação, nos moldes da prática inglesa – tese defendida pelos Liberais – ou, se, de outra forma, lhe caberiam atribuições de chefe de Governo e Estado, com amplos Poderes, nos moldes de uma interpretação mais literal dos dispositivos da Constituição, como defendiam os conservadores.

Tal discussão, em que pese a ser importante para o aspecto da responsabilidade da execução dos atos do Poder Moderador, para fins de nosso

6 *"O primeiro Reinado não conheceria, portanto, uma autoridade suma e venerável(não pelos anos mas pelas atribuições) que se distinguisse do poder executivo ou do poder tout court como em épocas clássicas diferençara-se a auctoritas e a potestas e como ainda no século XIX viriam a dessemelhar-se o reinar e governar, nas monarquias constitucionais, ou as funções de chefe de Estado e chefe do governo em qualquer sistema parlamentarista. A Constituição de 1824 era, com efeito, "presidencialista"sobretudo na medida em que fora infiel à doutrina de Benjamin Constant, a qual, embora ainda não sujeitasse o governo diretamente ao Congresso, seria a fonte principal do parlamentarismo, a fonte aliás, onde ainda poderá buscar corretivo para eventual deterioração ou insuficiência.* Grifo nosso. Texto extraído da obra História Geral da Civilização Brasileira, tomo II, Brasil Monárquico – O processo de emancipação, sob a direção de Sérgio Buarque de Holanda, Difel / Difusão Editorial S.A, São Paulo, 1976, p.260.

7 *"A criação, entretanto, do poder moderador, embora simples rótulo errado no contexto da lei magna, contribui muito para que funcionasse mais tarde um regime aparentado com o ideal dos quatro poderes e que daria ao império uma posição de ilustre companhia, ao lado do leão britânico. Para tanto contribuiria também a personalidade de D.Pedro II, tão venerado que tendo começado a reinar muito moço recebe apenas em geral, inclusive dos historiadores e as vezes descabidamente, a referência que se faz a um ancião.Mas dessa personalidade o melhor que se poderá dizer é que a ela se ajustavam como luva as atribuições do poder neutro – o qual por outro lado acabou encontrado no país atrasado que era o Brasil um excepcional campo de teste... Com D.Pedro II tendia-se naturalmente para a separação de poderes, na prática; e em tese poder-se-ia tender afinal para a compreensão da verdadeira natureza do poder neutro".*Grifos nossos. História Geral da Civilização Brasileira, tomo II, Brasil Monárquico – O processo de emancipação, sob a direção de Sérgio Buarque de Holanda, Difel / Difusão Editorial S.A, São Paulo, 1976, p. 261.

8 Segundo o relato apaixonado na obra A Democracia Coroada Teoria Política do Império Brasileiro, de João Camilo Oliveira Torres, 1964, páginas 451 e 452, "*D.Pedro II considerava como sua principal atribuição como chefe de Estado a defesa da constituição e orgulhava-se de sua fidelidade a lei." São palavras do próprio Imperador em documento oficial: Estimo ter acabado de escrever estas considerações no dia de hoje; porque minha consciência não me acusa de ter deixado de respeitar a Constituição. Terei errado; mas involuntariamente.* 25 de março de 1876. (Grifos nossos).

9 Dentre eles: "**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 Políticos. e **Art. 99.** A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma."

estudo, somente revela que tanto uma quanto a outra posição balizam o entendimento de que cabia, ao Poder Moderador, controlar diretamente a constitucionalidade das Leis confeccionadas pela Assembléia Geral e Assembléia Provincial.

Por conseguinte, o Poder Judiciário não tinha tal competência e, na realidade, não havia qualquer tipo de formação jurídica que habilitasse o entendimento dessa natureza; diferentemente da já existente construção, nesse sentido, nos EUA, ao interpretar-se a supremacia da Constituição, até mesmo sobre o Poder Legislativo, em contrapartida ao modelo inglês, de soberania do Parlamento.

Por fim, torna-se imperioso, ainda, registrar quanto a Constituição de 1824, e sua originalidade era advinda da plasticidade da carta, pois sua maior parte poderia ser reformada, da mesma maneira que as leis ordinárias, ficando tão-somente as disposições materialmente constitucionais previstas em seu artigo 178 [10] para um processo diferenciado. Na prática, isso só ocorreu, uma vez, com o ato adicional de 1834, que, por sua vez, tem estreita relação com o tema ora discutido.

3 A QUESTÃO DO PODER MODERADOR COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Não existia, na Constituição de 1824, dispositivo expresso que contivesse previsão de qualquer tipo de controle sobre a constitucionalidade das leis imperiais por um dos Poderes; todavia, tal situação não autoriza a simples conclusão literal de que não havia possibilidade do processo de Jurisdição Constitucional, em sentido amplo, naquele período.

Primeiro, porque a existência, por si só, de uma Constituição escrita, como era a nossa, já autorizava a inflexão de que esta precisa ser defendida e cumprida por todas as entidades e órgãos públicos (Supremacia da Constituição). Segundo, porque, historicamente, a Constituição de 1824 surgiu em consonância com a limitação do poder do monarca, à qual este devia respeito,

10 "Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias."

como às leis. Terceiro, porque o Poder Moderador, não só como efetivo controlador dos demais Poderes – o qual lhe autoriza a inserção na competência dos outros Poderes –, tem atribuição de expressar e sancionar as leis [11], o que nos autoriza, a partir de uma interpretação, a "contrário sensu", que também podia vetá-la, exercendo factualmente um controle de constitucionalidade preventivo, de natureza eminentemente política[12].

Por outro lado, também é importante asseverar que a Assembléia Geral - por suas duas Câmaras, Senado e Câmara dos Deputados - tinha como atribuição expressa, prevista no artigo 15, inciso IX da CF 1824, o dever de velar sobre a guarda da Constituição, bem como o corolário normal de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, o que também nos autoriza a concluir que deveria ter havido, mesmo que de modo incipiente, o controle da constitucionalidade das leis.

Entretanto, isso não ocorreu na prática, porque tudo, àquela época, era muito novo, e as discussões tinham muito mais um tom político do que propriamente jurídico, pois todo o pálio jurídico ainda estava em plena formação o próprio Poder Judiciário[13], inclusive.

11 "Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43. II. Convocando a Assembléia Geral extraordinariamente nos intervalos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império. **III. Sancionado os Decretos, e Resoluções da Assembléia Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.** IV. Aprovando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciais: Arts. 86, e 87. V. Prorrogando, ou adiando a Assembléia Geral, e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demitindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réus condenados por Sentença. IX. "Concedendo Anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado". **Negrito Nosso**

12 "*No Brasil, o Poder Moderador não foi tão claramente separado do Executivo. Disso resultou uma concentração de atribuições nas mãos do imperador. Pelos princípios constitucionais, a pessoa do imperador foi considerada inviolável e sagrada, não estando sujeita a responsabilidade alguma. Cabia a ele, entre outros pontos, a nomeação dos Senadores, a faculdade de dissolver a Câmara e convocar eleições para renová-la e o direito de sancionar, isto é, aprovar ou vetar, as decisões da Câmara e do Senado*" (Grifo nosso). (FAUSTO, Boris, **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora de São Paulo, 2000, p. 152).

13 "Art. 15. E' da atribuição da Assembléia Geral- I. Tomar Juramento ao Imperador, ao Príncipe Imperial, ao Regente, ou Regência. II. Eleger a Regência, ou o Regente, e marcar os limites da sua autoridade. III. Reconhecer o Príncipe Imperial, como Sucessor do Trono, na primeira reunião logo depois do sem nascimento. IV. Nomear Tutor ao Imperador menor, caso seu Pai o não tenha nomeado em Testamento. V. Resolver as duvidas, que ocorrerem sobre a sucessão da Coroa.VI. Na morte do Imperador, ou vacância do Trono, instituir exame da administração, que acabou, e reformar os abusos nela introduzidos.VII. Escolher nova Dinastia, no caso da extinção da Impetrante.**VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las. IX.Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.** X. Fixar anualmente as despesas publicas, e repartir a contribuição direta.XI. Fixar anualmente, sobre a informação do Governo, as forças de mar, e terra ordinárias, e extraordinárias.XII. Conceder, ou negar a entrada de forças estrangeiras de terra

Um dos publicistas da época, José Antônio Pimenta Bueno, em seu Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, comentando a relevância do nono artigo da CF 1824[14], o qual enuncia que a separação de poderes é o meio mais propício para fazer efetivas as Garantias que a Constituição oferece - do mesmo modo que a Jurisdição Constitucional -, assim se posicionou: "A separação real e efetiva dos poderes, e de suas atribuições, e não a divisão puramente nominal, é quem constitui o grande principio conservador dos direitos sociais"(Grifo nosso)

Em outra passagem de seu livro, e ainda de modo mais veemente, ao comentar os inconvenientes da intromissão dos Ministérios na função legislativa, Pimenta Bueno assevera:

> Enfim tal abuso pode mesmo preparar questões difíceis e odiosas. Suponha-se, ao menos por hipótese, que mudanças, de ministério, ou uma outra circunstância qualquer fez com que o governo decretasse uma lei ofensiva das liberdades públicas e que a assembléia geral quisesse revogá-la, ou cassar a autorização quem nesse caso assegura que o seu ato será sancionado, Não sendo continuará essa lei, como lei, a sociedade sofrerá e a assembléia geral seria cobert de pejo e de pezar perante toda a nação, que por certo não teria por que elogiá-la! Ela teria defraudado sua missão, comprometido as liberdades, cuja guarda lhe foi confiada, teria sido uma comissão ministerial, uma verba não só inútil no orçamento, mas sumamente prejudicial.

Se não devessem prevalecer a fidelidade aos princípios, a segurança da previsão, e só sim a consideração das altas virtudes da coroa brasileira, então não precisaríamos de uma constituição escrita; esta, porém, existe, e não

e mar dentro do Império, ou dos portos dele.XIII. Autorizar ao Governo, para contrair empréstimos. XIV. Estabelecer meios convenientes para pagamento da divida publica. XV. Regular a administração dos bens Nacionais, e decretar a sua alienação.XVI. Criar, ou suprimir Empregos públicos, e estabelecer-lhes ordenados. XVI. Determinar o peso, valor, inscrição, tipo, e denominação das moedas, assim como o padrão dos pesos e medidas. **Negritos Nossos.** Essa previsão, por si só, não autoriza a inflexão de que nesse período havia a Soberania do Parlamento, como no Sistema Inglês, ante a existência do Quarto Poder, que até mesmo teoricamente anulava a possibilidade de tal soberania."

14 "Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos, é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece."

para a atualidade somente, senão para todos os tempos e circunstâncias; nós a juramos, é mister que sejamos conseqüentes, que sejamos fiel ao dever e à honra." Grifos nossos e Redação Original.

Nesse sentido, percebemos, com clareza solar, a idéia da necessidade imanente da manutenção dos princípios e regras constitucionais vigentes àquela época, da mesma forma que hodiernamente. Ocorre que, como já enunciado, não havia qualquer instrumento de jurisdição constitucional exercida pelo Poder Judiciário, e a defesa da Constituição se dava pelo Próprio Poder Legislativo, pelo Executivo, na figura do Imperador, como seu chefe e defensor perpetuo da Carta e, principalmente, no nosso entender, pelo Poder Moderador.

O Poder Moderador, conhecido também como Real e Imperial - tem como caracteres essenciais a neutralidade e conservação, daí porque ainda, é nominado como Poder Neutro ou Conservador [15]-, possui , nesse viés, a necessidade de garantir, de forma harmoniosa, o equilíbrio entre os demais Poderes, a fim de que mantenha a vontade da Constituição, ou seja, conserve os princípios basilares que conduzem o ordenamento jurídico[16]. Foi essa a idéia de Benjamin Constant, pois o monarca, àquela época, titular de tal poder, possuía, pelo menos formalmente, as virtudes imprescindíveis ao exercício de um Poder que tinha de ser neutro.

Benjamin Constant, sobre a atuação do Poder Moderador,[17] assim se expressou:

> Se a ação do poder executivo torna-se perigosa, o rei des-

15 "O Poder Moderador não tem por fim, nem tem nas suas atribuições meios, para constituir nada de novo. Não é poder ativo. Somente tem por fim conservar, moderar a ação, restabelecer o equilíbrio, manter a independência e harmonia dos mais poderes, o que não poderia fazer se estivesse assemelhado, refundido e na dependência de um deles". (Grifo Nosso). SOUZA, Paulino José Soares de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Visconde de Uruguai: [s.n.], 1997. p. 271.

16 "Por isto, a Constituição de 1824 definiu a atividade do Poder Moderador como um - incessante velar sôbre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos -; as atribuições do Poder Moderador são todas de caráter geral, de acabamento, de coroamento das atividades dos demais poderes. Reinar, em suma, consiste em presidir à realização do bem comum de caráter geral. Mas não realizá-lo". (Grifo Nosso). (TORRES, João Camilo Oliveira. **A Democracia Coroada Teoria Política do Império Brasileiro.** 2.ed. rev. Petrópolis: Vozes Limitada, 1964. p. 58).

17 BENJAMIN CONSTANT. **Princípios Políticos Constitucionais:** princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814). São Paulo: Editora Líber Júris, 1989. p. 75.

> titui os ministros. Se a Câmara de Lords torna-se inconveniente, o rei lhe dá um novo rumo mediante à instituição de novos pares. Se a Câmara dos Comuns se mostra ameaçadora, o rei usa seu veto ou dissolve essa Câmara. Enfim, se a própria atividade do Poder Judiciário é perniciosa aplicando a atos individuais penas gerais demasiadamente severas, o rei modera mediante o exercício de seu direito de graça. (grifo nosso)

Relevante explicitar, no mesmo sentido, a douta observação de Paulo Bonavides, em artigo publicado na Internet, no site Estudos Avançados, intitulado Evolução Constitucional no Brasil, sobre o pensamento de Benjamin Constant:

> O pensamento central de seu autor - o publicista Constant - era fazê-lo uma espécie de poder judiciário dos demais poderes, investido claramente nessa tarefa corretiva para pôr cobro às exorbitâncias e aos abusos suscetíveis de abalar a unidade política do sistema. Mas tanto na letra constitucional como na execução, os políticos do império lhe desvirtuaram o sentido e a aplicação. (grifo nosso)

Com o propósito de sufragar a tese de responsabilidade dos Ministros do Império, pelos atos exercidos pelo Poder Moderador, o Conselheiro Zacarias de Góis e Vasconcelos, em seu livro "Da natureza e limites do Poder Moderador" (1860), bastante criticado por Tobias Barreto, em seu ensaio sobre a "Questão do Poder Moderador - O Governo Parlamentar no Brasil", assim se expressou, sobre a relevante atividade de tal Poder, no sentido da intervenção com o escopo de velar sobre a Constituição:

> Isto posto, o poder moderador, por isso mesmo que é a chave da organização política, assim como está no caso de fazer grandes benefícios valendo sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos, é capaz de causar os maiores danos, se não velar como determina a Constituição, ou se velando, não apreciar devidamente as circunstâncias, em que a sua eficaz intervenção se

torne precisa.

Noutro quadrante, é importante analisar a essência da atividade moderadora, e dos diversos debates sobre os limites do Poder Moderador, ocorridos no Senado, àquela época, podemos depreender como bem observou o Senador Alves Branco, que o seu escopo maior é a conservação das situações estabelecidas constitucionalmente, e não um Poder de ação. Se não, vejamos[18]:

> De minha parte, declaro que acho tudo isto muito justo e necessário, porque considero o Poder Moderador não como um poder de partido, um poder de movimento, como é ordinariamente o Poder Executivo, expressão da maioria da Câmara de Deputados, mas um poder de conservação, de neutralidade, expressão de necessidades fundamentais, direitos adquiridos, interesses criados, tradições glórias. Depois de a lei passar, assim, para os aplicadores, o Executivo e o Judiciário, o Poder Moderador fica sempre vigilante, como fiscal e conservador da lei, pois que os dois poderes que a aplicam podem ou violá-la ou aplicá-la com severidade a circunstâncias que não poderão ser previstas e excetuadas. (grifos nossos)

A expressão "lei", mencionada pelo senador, deve ser compreendida, a par de uma interpretação sistêmica da Carta Magna, em sentido amplo, ou seja, com referência também à Constituição. A menção só se referia aos demais Poderes, e não à sociedade em geral, pela falta de efetiva cidadania, àquela época, motivo pelo qual a questão do controle de constitucionalidade das leis imperiais não tinha previsão expressa, nem mesmo importância nos debates políticos e jurídicos, o que já ocorria nos Estados Unidos e em alguns países da Europa.

A idéia da função do Poder Moderador nas monarquias constitucionais, associada à de jurisdição constitucional, em sentido amplo, nas democracias modernas, fora vislumbrada por Hans Kelsen[19], o que incrementa, ainda mais, a total possibilidade do controle da constitucionalidade das leis

18 SOUZA, 1997, p 239.

19 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Martins Fontes, 1998. p. 401.

imperiais ante a existência de uma Constituição escrita e que precisava ser suprema e devidamente obedecida na prática.

É oportuno, mais uma vez, esclarecer que, no período imperial, a soberania popular não existia de modo concreto, em razão da concentração de Poder pelo Imperador, e da restrição da participação popular, através do voto censitário e indireto[20], bem como do sistema escravista, o que dificultou, sobremaneira, o florescimento da idéia de controle da constitucionalidade das leis feitas naquela época. Além do mais, a própria idéia de democracia era muito tímida, ou quase inexistente; situação totalmente distinta da dos Estados Unidos, onde a idéia se consolidou com a célebre decisão do Juiz Marschall, em 1803.

Outra reflexão importante sobre essa ausência efetiva de controle de constitucionalidade, no Brasil Imperial, ocorreu em virtude da inexistência de um Poder Judiciário forte e independente.[21] Por outro lado, a incipiente formação da classe de Juristas brasileiros, a maioria extremamente ligada aos interesses da Corte - fenômeno este que ficou conhecido como a profissionalização da política pelos Bacharéis em Direito, em todos os cargos do governo, principalmente os de Juízes -, também não propiciou que houvesse uma ação dos Magistrados no controle dos atos do Poder Legislativo, como ocorreu nos Estados Unidos.

Essas assertivas podem ser ratificadas através da análise do 'judicial review of legislation', nos Estados Unidos, onde como no Brasil, também não havia previsão expressa em sua Constituição de 1787 quanto ao controle de constitucionalidade; todavia, as circunstâncias tanto políticas quanto jurídicas eram outras, havendo principalmente uma participação efetiva do

20 "O voto era indireto e censitário. Indireto, porque os votantes, correspondentes hoje à massa dos eleitores, votavam em um corpo eleitoral, nas eleições chamadas de primárias; esse corpo eleitoral é que elegia os deputados. Censitário, porque só podia ser votante, fazer parte do colégio eleitoral, ser deputado ou senador quem atender a alguns requisitos, inclusive de natureza econômica, chamados de censo. Fausto, Boris. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora de São Paulo, 2000, p.151.

21 "O Supremo Tribunal, instituído em janeiro de 1829 e formado por dezessete Ministros(Lei de 18-9-1828), tinha competência limitada, que se restringia, fundamentalmente, ao conhecimento dos recursos de revista e à competência para julgar os conflitos de jurisdição e as ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos.(art. 164). O Tribunal jamais fez uso da competência para proferir decisões com eficácia *erga omnes*, que lhe outorgava a faculdade de interpretar, de forma autêntica o direito civil, comercial e penal (Dec. Legislativo n.2.684, de 23-10-1875 e Dec. n 2.142, de 10-3-1876) . (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 23-24).

Poder Judiciário na defesa da supremacia constitucional, até mesmo em detrimento da função legislativa, com a interpretação do art. (VI, 2) da Constituição citada.[22]

Se a nossa Constituição de 1824 for analisada com mais palmar, na idéia de supremacia de seus dispositivos sobre os atos do Poder Legislativo, subtraídas as condições desfavoráveis já mencionadas, podemos, com certeza, depreender, não só a observância, por todas as autoridades, de seu conteúdo, bem como a própria existência da possibilidade de controle, pelo menos, da parte do Poder Moderador. Reza o art. 102, alínea XIV sobre as atribuições do Poder Executivo:

> XIV. Conceder, ou negar o Beneplácito aos Decretos dos Concílios, e Letras Apostólicas, e quaisquer outras Constituições Eclesiásticas que se não opuserem á Constituição; e precedendo aprovação da Assembléia, se contiverem disposição geral. (grifo nosso).

Evidentemente que o dispositivo supra não tem a mesma abrangência da chamada cláusula de supremacia da Constituição Norte-Americana, que, na realidade, foi uma construção jurisprudencial; todavia, se tivéssemos tido um Poder Judiciário sem ligação com a Corte, e um corpo de Juristas sintonizados com o novo pensamento mundial da supremacia constitucional, o Controle de Constitucionalidade teria florescido à época da Constituição Imperial, não só pelo Poder Moderador, mas também pelo Poder Judiciário.

Para fins deste trabalho, é importante a análise das atribuições do Poder Moderador em relação ao Poder Legislativo e, principalmente, à função de sancionar e, conseqüentemente, desaprovar os atos das assembléias gerais e provinciais. O norte estava contido no Art. 13 da CF 1824 – "O Poder Legislativo é delegado à Assembléia Geral com a sanção do Imperador"[23].

22 "Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos elaboradas de acordo com ela, bem como os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a suprema lei do país; os juízes de todos os Estados ficam sujeitos a ela, não devendo prevalecer qualquer disposição em contrário na Constituição de qualquer dos Estados ou nas suas leis." Este artigo ficou conhecido como clausula da supremacia.

23 O Imperador chegou a suspender por algum tempo a aplicação de lei que reputou inconveniente até que se confirmasse ser aquela a vontade do povo. Informação obtida do livro Democracia Coroada, de João Camilo de Oliveira

Desta forma, percebe-se, claramente, que ao Imperador, único titular do Poder Moderador - afora a regular inspeção e controle dos demais poderes - cabia a atribuição de analisar a compatibilidade dos atos emanados da Assembléia com a Constituição, pois também tinha a incumbência de garantir-lhe a fiel observância[24].

O dever de obediência do Imperador aos dispositivos constitucionais e a conseqüente guarda de seu conteúdo, em relação aos atos dos demais Poderes, através do exercício do Poder Moderador, mostra-se, evidentemente, não só nos dispositivos esparsos já citados e analisados, mas também e principalmente, no preâmbulo da Carta Magna[25].

Segundo João Camilo de Oliveira Torres, o Imperador era o guardião da nação brasileira. São suas as seguintes palavras:

> O imperador era um representante da Nação, o primeiro deles. Cabia-lhe representar as supremas Razões Nacionais, aquilo que a Nação possui de uno, permanente, de estável. Representava a ordem jurídica, a unidade de todos os brasileiros, além das variações de região, classes, partido, raça, representava a Nação em sua totalidade unificada, no tempo e no espaço.[26] (grifo nosso).

Vislumbra-se, de modo incontestável, que, apesar de não ter havido previsão expressa do controle de constitucionalidade das leis imperiais, tal fato não pode ser atribuído, como pensam alguns, ao fato de haver a soberania do Parlamento, nos moldes do sistema inglês e, por conseguinte, em contradição com a própria jurisdição constitucional em sentido amplo.

Torres e pode ser confirmada nos atos oficiais do Governo Imperial e Assembléia Geral (Câmara dos Deputados).

24 "Art. 103. 0 Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Câmaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Católica Apostólica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Império; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Império, e prover ao bem geral do Brasil, quanto em mim couber. Grifo nosso.

25 "Fazemos saber a todos os nossos súditos que tendo-nos requerido os povos deste Império, juntos em Câmaras, que nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o Projeto de Constituição que havíamos oferecido às suas observações para serem depois presentes à nova Assembléia Constituinte; mostrando o grande desejo, que tinham, de que ele se observasse já como Constituição do Império, por lhes merecer a mais plena aprovação, e dele esperavam a sua individual, e geral felicidade Política: Nós juramos o sobredito Projeto para a observarmos e fazermos observar, como Constituição, que de ora em diante fica sendo deste Império; a qual é do teor seguinte:" (Grifo nosso).

26 TORRES, 1964, p.78.

Ocorre que, na realidade, também não existe qualquer dispositivo na Constituição Imperial que legitime a supremacia do Legislativo, bem como alguma situação prática nesse sentido; pelo contrário, o que sempre houve foi a predominância do Poder Moderador, que, segundo Braz Florentino Henrique de Souza - árduo defensor da importância do mesmo -, era absoluto:

> Ora o Poder Moderador tem por súditos, em um certo sentido e até um certo ponto, os outros três poderes políticos, - legislativo, executivo e judiciário, - pois exerce sobre eles a sua ação moderadora, nos termos e segundo a medida preestabelecida pela Constituição; logo o Poder Moderador é e deve ser absolutamente independente deles; logo e deve ser um poder absoluto, um poder definitivo, um poder absolutamente irresponsável perante os homens e só responsável perante Deus.

Não obstante, a posição extremada de Braz Florentino não deve ser aceita, até mesmo pela singular inferência de que nenhum Poder possa ser absoluto; contudo, em que pese à ferrenha discussão sobre a responsabilidade dos atos executados pelo Poder Moderador, nunca houve discrepância quanto à sua independência.

Noutra diretriz, todavia, com respingo no raciocínio ora desenvolvido, o jurista Francisco Campos, um dos mantenedores do regime ditatorial implementado com a Constituição de 1937, quando da justificativa de adoção da permissividade de o Parlamento cassar a declaração de inconstitucionalidade do STF, registrou que a atuação do Poder Judiciário, sem qualquer controle, equivaleria à sobrevivência do Poder Moderador. Vê-se logo que tal pensamento ratifica nossa posição quanto à ampla possibilidade - do controle político sobre os atos dos demais poderes - que havia quando da Constituição do Império. São firmes as palavras do Ministro:

> É como se vê, uma sobrevivência do poder moderador da monarquia, um resíduo monárquico que se enquistou nas instituições democráticas com o fim de embaraçar os seus

> movimentos naturalmente orientados no sentido das inovações, das experiências e de uma concepção criadora e liberal da vida, exatamente o oposto da filosofia própria aos interesses criados, que postulam a conservação, a permanência, a continuidade, a duração das situações adquiridas[27].

É cediço que tal característica marca, atualmente, todos os órgãos legitimados para o exercício da Jurisdição Constitucional, o que ratifica, ainda mais, a posição de que o Poder Moderador foi o nosso germe de controle de constitucionalidade das leis e, ao mesmo tempo, a originalidade genuína de nosso pensamento constitucional.

4 O PENSAMENTO DA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA QUANTO AO PODER MODERADOR COMO GERME DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A idéia de que o Poder Moderador foi a origem do controle de constitucionalidade no Brasil não é uníssona, apesar de todas as ponderações já expostas, o que nos impõe o dever de externar as diversas posições dos doutos, nesse tema, e de modo dialético, traremos, inicialmente, a tese de impossibilidade do controle por esse Poder.

Antes, porém, é de mister esclarecer, na conformidade do que até o momento foi expendido, que, na prática, infelizmente, não houve o desencadeamento do controle de constitucionalidade das leis imperiais pelo Poder Moderador; todavia, essa constatação, por si só, não nos pode conduzir ao simples raciocínio de que não havia essa possibilidade, pois a pureza do sistema idealizado por Benjamin Constant trazia esse Poder, à semelhança dos Tribunais Constitucionais modernos, no que tange ao controle dos atos do Poder Legislativo.

Gilmar Ferreira Mendes, ao comentar sobre a Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e sobre o Controle de Constitucionalidade das Leis, acredita que, na época da Constituição Imperial, havia a intitulada Supremacia do Parlamento, pois somente a este cabia a possibilidade de

27 CAMPOS, Francisco. Diretrizes constitucionais do novo Estado Brasileiro. **RF,** n.73, p. 229- 248.

desfazer os seus atos. Em parceria com Ives Gandra da Silva Martins, no livro "Controle Concentrado de Constitucionalidade, Comentários à Lei 9868/99", enunciando a sua parte histórica, assim se posicionou:

> A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição "fazer leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las", bem como "velar na guarda da Constituição" (art.15, n. 8º e 9º) [...] Era a consagração de dogma da soberania do Parlamento [...] Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade.

Gustavo Binenbojm, em seu livro "A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira, Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização", seguiu a mesma trilha, expressando-se, da seguinte forma, ao falar sobre o escorço histórico:

> A Existência do Poder Moderador, "chave de toda a organização política", como proclamava a Constituição de 1824, longe de atenuar, antes agravava o desprestígio institucional da Lei Maior. Isto porque, nos termos do seu art. 98 – e refletindo a influência das idéias de Benjamin Constant, já aqui expostas(v. capítulo II, supra) - , ao Imperador cumpria resolver os conflitos entre os Poderes, tarefa levada a cabo, evidentemente, no terreno político, e não jurídico. Portanto, durante o período imperial, não se reconhecia aos juízes o poder de recusar aplicação aos atos do Parlamento que contraviessem ao texto constitucional.

Clèmerson Merlin Clève, em seu livro "A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro", também entende que, no período imperial, não havia qualquer possibilidade de controle, em razão da Soberania do Parlamento. Vejamos-lhe as palavras:

> O dogma da Soberania do Parlamento, a previsão de um Poder Moderador e mais a influência do direito público eu-

> ropeu, notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explicam a ausência de um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do império.

Trazidas ao debate essas considerações, sobre a inexistência formal de controle de constitucionalidade das leis imperiais, verificamos que - consoante as ponderações já externadas no capítulo anterior - não há controvérsia quanto a tal fato. Em momento algum, defendemos a posição de que, na Constituição Imperial, o Poder Judiciário exerceu o controle de constitucionalidade, nos moldes atuais.

Pelo contrário, constatamos a ausência de previsão constitucional nesse sentido, o que significa, defendemos, tão-somente, que o germe da Jurisdição Constitucional, em sentido amplo - a partir do pensamento teórico do Poder Moderador, associado à Monarquia Constitucional, permitia a matiz do controle das leis pela idéia, já inata, de Supremacia da Constituição[28], e não do Parlamento, tendo como defensor maior da Constituição o próprio Imperador, por sua titularidade exclusiva do Poder Moderador.

Na realidade, analisando criteriosamente os fatos, não existe discrepância. Estamos falando de uma situação incontroversa; todavia, a análise desses autores é dissociada dos elementos políticos e culturais daquele período, principalmente da fragilidade do Poder Judiciário, da falta de solidez jurídica de nossos operadores do direito, da ausência de conscientização dos direitos existentes, e da restrição da participação do povo na ingerência pública.

Tudo isso influenciou diretamente, e como a idéia da compatibilidade da lei com a Constituição também era nova, não se cogitou, naquele período, o controle da lei, pois até esta era novidade, o que justifica a ausência formal e, principalmente material, da Jurisdição Constitucional, até mesmo no plano prático, pelo Poder Moderador, que somente tinha atuação no plano político.

No sentido do que foi exposto no capítulo anterior, André Ramos Tavares, em seu livro "Tribunal e Jurisdição Constitucional", vislumbra a ligação do Poder Moderador, na acepção teórica, com a idéia de Jurisdição

28 A genialidade de Hans Kelsen já tinha vislumbrado tal ligação, consoante suas lições em Teoria Geral do Direito e do Estado. (KELSEN, 1998, p. 401).

Constitucional, em que pese à acreditar que a tese do Monarca, de ser o defensor da Constituição, é apenas uma ideologia para perpetuação de seu poder, e não a defesa da Lei Maior. São estas suas digressões:

> Na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, como se sabe, encontrar-se-á a não pouco intrigante previsão de um "poder" moderador, que funcionava na inspeção dos demais poderes. Não havia, porém, o reconhecimento ao "poder" judiciário da atribuição de declarar a inconstitucionalidade de atos do legislativo ou do executivo. O "poder" moderador servia, de certa forma, ao preenchimento dessa função.

Paulo Bonavides, em artigo publicado na Internet, e já citado neste trabalho, ao comentar a evolução constitucional no Brasil, assevera de maneira clara, que o Poder Moderador poderia ter sido o germe da Jurisdição Constitucional, como aqui defendemos. O mestre assim nos ensina:

> Com efeito, a Carta enfeixava numa só pessoa - o Imperador - a titularidade e o exercício de dois Poderes. De tal sorte que a Lei Maior criava assim um monstro constitucional. Não criava um órgão legítimo, distinto e capacitado, como seria de sua vocação, a promover a harmonia e o equilíbrio dos Poderes; um órgão que pudera ter sido - e nele lhe vislumbramos essa virtude ou possibilidade - o germe de uma espécie de judicatura política, capaz de antecipar na práxis e na teoria, por sua ação, preventiva de controle de conflitos, os tribunais constitucionais a quem o século seguinte entregaria os freios de constitucionalidade. (grifo nosso)

Com um enfoque direcionado à defesa da Constituição, através do controle de constitucionalidade, e sua estreita relação com o Poder Moderador, José Luiz de Anhaia Mello, no livro "Da separação de poderes à guarda da Constituição", assim se manifestou:

> Entendemos ser mais lógico que esse tipo de julgamento seja proferido por órgão fora do Judiciário e fora dos três poderes

> clássicos. Daí a idéia de Poder Moderador. Esse tipo de atividade por ser muito mais completo e insinuante, aproxima-se mais dos poderes que têm o governo e o legislador. É uma atividade discricionária ligada à Constituição e eqüitativa, presa ao ambiente político, o que não se coaduna bem com as atribuições e competências do Poder Judiciário, ainda que se necessite, como se reconhece sempre, dos ritos e dos atos comuns à justiça em geral. (grifo nosso)

No livro "Teoria da Justiça Constitucional", de André Ramos Tavares, este autor, mais uma vez, agora de modo mais enfático, ressalta a identidade de caracteres do Poder Moderador com o controle de constitucionalidades das leis por um Tribunal Constitucional, que deve exercer uma atividade neutra e conservatória, pela moderação de suas intervenções. Se não, vejamos:

> A idéia de Poder Moderador sufraga, portanto, as pautas aqui defendidas para o Tribunal Constitucional, não se tratando, pois, de tese excludente daquela aqui apresentada. Chamar-se "Poder Moderador" ou Tribunal Constitucional, nessa perspectiva estrita, é apenas um problema terminológico, que não é capaz de causar maiores comprometimentos quando devidamente esclarecido. (grifo nosso)

A reflexão do professor André é interessante, pois, na sua visão do que venha a ser compreendido como Tribunal Constitucional, não há o enquadramento na teoria tripartida de poderes. Desta forma, apesar da nomenclatura Tribunal, há necessidade do surgimento de um novo órgão - como de fato atualmente existe no modelo de controle europeu – o que não ocorre, hodiernamente, no Brasil; contudo, a idéia de Poder Moderador, pelo menos teoricamente, se lhe amolda às considerações, sendo irrelevante, portanto, o nome, e sim a nobre função de controle, dos demais poderes, por uma atividade neutra e que conserve os pilares constitucionais.

José Afonso da Silva também comunga com a idéia de que a função hodierna das Cortes Constitucionais Européias tem sua origem assentada no Poder Moderador. São incisivas suas colocações: "elas exercem hoje um papel de verdadeiro equilíbrio entre os demais poderes, uma espécie de po-

der moderador, atualizado e sem predomínio".[29] Grifo nosso.

Na época da Constituição Imperial, só não se materializou o efetivo controle, em razão das ponderações já feitas. Entretanto, seguindo o raciocínio dos Mestres citados acima, o Poder Moderador, àquela época, dentro do contexto jurídico ali existente, porém nunca percebido pelos Juristas do período, poderia ter controlado a constitucionalidade das leis imperiais, como se fosse, atualmente, um Tribunal Constitucional, nos moldes idealizados por Hans Kelsen, que também fazia tal associação.

De forma também incisiva quanto à origem do controle de constitucionalidade dos atos normativos em geral, Lenio Luiz Streck, em seu livro "Jurisdição Constitucional e Hermenêutica", mais precisamente, no capítulo atinente à construção de mecanismos e instrumentos aptos a controlar a constitucionalidade das leis – o percurso de um longo caminho, assevera que as idéias de Benjamin Constant influenciaram os atuais modelos de controle. São estas suas lições:

> Ao mesmo tempo na França, que, no auge da Revolução, desencadeia um processo de desconfiança dos juízes, ocorre um movimento que toma um outro rumo a partir da Restauração, onde nem a lei nem a norma fundamental vão representar a vontade popular, estando o Chefe de Estado em uma posição de privilégio que faz dele o garantidor da Constituição frente às leis e, inclusive, representa esse mesmo papel em outro tipo de conflitos como os denominados "conflitos entre órgãos constitucionais". Essa idéia terá sua construção teórica calcada nas idéias de Benjamin Constant, sendo que um dos postulados concebia a Chefia do Estado como "poder neutro" e influirá em modelos posteriores de defesa constitucional (veja-se o exemplo do Brasil Imperial, onde não havia controle jurisdicional de Constitucionalidade e um Poder Moderador), inclusive nos regimes republicados. (grifos nossos)

Em outra passagem desse mesmo livro[30], ressalta-se que, sob a égide

29 SILVA, José Afonso da. Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos,** v. 60, 61, jan./jul. p.520, 1985.

30 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: 2004. p.411.

da Constituição Imperial, fora confeccionado o Código Criminal, que tinha alguns de seus dispositivos flagrantemente inconstitucionais, no que tange à pena de açoite. Entretanto, persistiram, até a abolição da escravatura, o que vem a corroborar, em que, apesar de possível, até mesmo pelo Poder Judiciário, através de construção, como ocorreu nos Estados Unidos (Caso Marbury x Madison), o controle não fora exercido por questões políticas, e não porque, teoricamente, não havia juridicidade, ou melhor, viabilidade constitucional, principalmente da parte do Poder Moderador.

Nagib Slaib Filho, em seu site oficial, discorrendo no artigo Breve História do Controle de Constitucionalidade, chama a atenção, consoante já externado, para a possibilidade de veto do Imperador, na faculdade lhe atribuída pelo Poder Moderador, de desaprovar atos da assembléia, o que vem sedimentar a incipiente idéia de controle de constitucionalidade. São essas as suas digressões:

> Importante também constar que o papel institucional do Imperador, exercendo o Poder Moderador, dito a chave da abóbada do sistema jurídico, com poder de veto suspensivo sobre os atos da Assembléia Geral e de até mesmo dissolvê-la, também servia de contraponto e freio às incursões do Parlamento nas áreas política e jurídica. (grifo nosso)

Feitas todas essas considerações doutrinárias sobre a origem mais remota, no Brasil, no tocante do controle de constitucionalidade, devemos fazer alguns esclarecimentos imprescindíveis. É cristalino que a Constituição Imperial não previu nenhum tipo de controle de constitucionalidade das leis confeccionadas à época, de modo expresso, como ocorreu nas demais Cartas, conforme será explanado no próximo tópico.

Ocorre que tal ausência, indiscutível por sinal, não autoriza a precitada conclusão de que havia a Soberania do Parlamento, ou seja, seu autocontrole, pois, em que pese a à patente inspiração de nossa Constituição nos modelos francês e inglês, nestes não havia a figura do Poder Moderador, cuja incumbência maior, era o controle e inspeção regular sobre as atividades dos demais poderes, inclusive o Legislativo, que, da mesma forma que

os outros, deveria ser subserviente à Constituição.

É extremamente sem sentido, com todo o respeito aos que pensam em contrário, acreditar que o Legislativo Imperial era o único órgão autorizado a controlar a constitucionalidade de seus próprios atos, quando, de modo categórico, havia outro órgão que o controlava, qual seja, o Poder Moderador.

Por outro lado, não se deseja defender que o Poder Moderador tenha agido, na época de sua vigência, como órgão efetivo de controle da constitucionalidade das leis imperiais, pois tal afirmação não condiz com os fatos. Entretanto, sua concepção teórica, lastreada nas idéias de Benjamin Constant, é o germe, não só da permissibilidade do controle das leis imperiais, senão também da própria semente da Jurisdição Constitucional, nos moldes do Tribunal, eminentemente Constitucional, ou seja, sem função jurisdicional propriamente dita.

Este modelo só existiu na época imperial; contudo, não se deu seu florescimento, o que é muito para lamentar, pois, talvez, a história da Jurisdição Constitucional no Brasil seria, hodiernamente, um Tribunal eminentemente Constitucional - quem sabe democrático em sua formação -, a que muitos Juristas aspiram; em contrapartida a esse modelo atual de controle abstrato, totalmente fechado e com uma concepção que não se amolda à soberania popular prevista na Constituição vigente.

5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL STRITO SENSU NAS DEMAIS CONSTITUIÇÕES

Após de ter tentado comprovar que havia a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis imperiais, pelo Poder Moderador, e até mesmo pelo Poder Judiciário, o que vem a determinar a origem mais remota da Jurisdição Constitucional, em sentido amplo, no Brasil, cabe-nos, agora, examinar, de modo perfunctório, as demais pontes do controle de constitucionalidade nas Constituições seguintes, tão-somente com o fito de ratificar a originalidade do pensamento constitucional brasileiro no tocante ao Poder Moderador, como possível órgão de jurisdição constitucional, no sentido político.

A partir da Constituição de 1891- eminentemente alicerçada nas idéias norte-americanas, republicana por excelência, e adotando o modelo federativo -, sufragou-se, de modo expresso, o controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, nos moldes do sistema americano, ou seja, o Juiz brasileiro, em sentido amplo, passou a ser um Juiz constitucional, que tinha como missão precípua assegurar a supremacia da Carta Magna em relação aos demais atos normativos.[31] [32]

Note-se que, à diferença do período de vigência da Constituição Imperial, a feição identificada na primeira Constituição Republicana está diretamente ligada à proteção dos direitos individuais. Por outro lado, mas dentro do mesmo liame, o Poder Judiciário começou a ser mais bem estruturado, tendo sido criado o Supremo Tribunal Federal, com quinze membros, com a competência, pela via do recurso extraordinário e, depois, pelo Mandado de Segurança, do controle difuso[33], exercendo, por conseguinte, Jurisdição Constitucional "strito sensu"[34].

31 "Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60; § 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"." (Grifo nosso).

32 É de se registrar que antes mesmo da Constituição de 1891, o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890 já traçava regras sobre o controle de constitucionalidade inspirado no sistema constitucional norte americano, como nos noticia André Ramos Tavares em obra já citada.

33 "Tal sistema é usualmente denominado incidental ou difuso, como se esses adjetivos fossem sinônimos, o que não é correto. Com efeito, nem todo sistema de controle incidental atribui difusamente aos órgãos jurisdicionais competência para decidir o incidente de inconstitucionalidade. Em vários países, como já visto precedentemente, os juízes têm o poder de apenas conhecer e suscitar o incidente, elevando-o à apreciação da Corte Constitucional; e a esta se reserva, em caráter concentrado, a competência para dirimir as questões de constitucionalidade(v.capítulo II, supra). Assim, o correto é dizer que com a Constituição republicana de 1891 foi introduzido no Brasil um sistema de controle judicial incidental e difuso da constitucionalidade das leis." (Grifo nosso). Gustavo Binenbojm A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira, Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização, Editora Renovar, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 2004, págs. 123 e 124.

34 "Com efeito, a aplicação da via de exceção, unicamente pelo recurso extraordinário, a princípio, e a seguir também pelo Mandado de Segurança, configura o momento liberal das instituições pátrias, volvidas preponderantemente, desde a Constituição de 1891, para a defesa e salvaguarda dos direitos individuais. Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político. Ficamos, portanto, de início, mais vizinhos do modelo americano, que nos serviu de espelho, que do padrão francês, inclinado, pelo seu teor político, a resguardar a inviolabilidade da soberania legislativa, e a desconhecer limitações à legislatura ordinária em nome da preservação do princípio da separação de poderes". (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 325).

Paulo Bonavides noticia, em seu "Curso de Direito Constitucional", citando, Buzaid, que o art. 13, § 10 da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, foi decisivo para o novo passo dado em nosso sistema de controle de constitucionalidade, ao prever, expressamente, a possibilidade de os Juízes e Tribunais deixarem de aplicar, aos casos concretos, leis manifestamente inconstitucionais[35].

Na realidade, podemos afirmar que no início e, ao mesmo tempo, que a consolidação do controle difuso e incidental de constitucionalidade atualmente se encontra estabelecido em concomitância com o concentrado, como sendo originalidade do nosso país.

Por fim, quanto ao modelo de controle implementado na Constituição de 1891, e até hoje ainda vigente, é imperioso que se registrem as observações de Lenio Luiz Streck[36]:

> Com o advento da República, importamos o sistema de controle difuso vigorante nos Estados Unidos. Lamentavelmente não se deram conta os republicanos brasileiros que os Estados Unidos possuíam uma fórmula advinda da tradição inglesa – o stare decisis – de conceder efeito erga omnes, pelo próprio sistema jurídico da common law, ás decisões da Suprema Corte julgadas em grau de recurso. Por incrível que possa parecer, em plena República, durante 43 anos ficamos sob os auspícios de um sistema de controle jurisdicional difuso que funcionava somente inter partes.

Já a Constituição de 1934, na esteira do preconizado pela anterior, reforçou o modelo difuso de controle, incrementando-o com alguns

35 "É do seguinte teor o art. 13, § 10 da Lei 221, de 20 de novembro de 1894: "Os Juízes e Tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição". Buzaid encareceu a importância dessa disposição do legislador, segundo ele, uma "síntese feliz" que em matéria de constitucionalidade "traduz o rigor dos princípios, marca o passo definitivo na evolução do Direito Brasileiro", ou assinala, em suma, "entre nós a doutrina da supremacia do Judiciário". Veja-se Alfredo Buzaid, "Da Ação Direta de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro". **Revista Forense** v.179, n. 18, set./out. 1958; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 16 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 327.

36 STRECK, Lênio Luiz. Quinze anos de constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas da concretização dos direitos fundamentais-sociais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 92, p. 217, dez. 2003.

avanços e sinalizando o início do controle concentrado, com a adoção da representação interventiva de competência exclusiva do STF, que, naquele momento, já procurava consolidar-se como guardião da Constituição.

Mais uma vez recorremos ao mestre Paulo Bonavides, que de modo sucinto assinalou os avanços da Carta Magna de 1934. São estas as palavras:

> Com efeito, quatro inovações básicas de teor constitucional configuram a relevante contribuição que a segunda Constituição republicana trouxe ao aperfeiçoamento do nosso modelo de controle de constitucionalidade. A primeira novidade foi o instituto da maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes, como requisito indispensável à declaração, pelos tribunais, da inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público. A segunda, a competência deferida ao Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, cuja inconstitucionalidade haja sido declarada pelo Poder Judiciário. A terceira, a provocação do Procurador Geral da República para que a Corte Suprema tomasse conhecimento da lei federal que houvesse decretado a intervenção da União no Estado-membro em caso de inobservância de certos princípios constitucionais, e lhe declarasse a constitucionalidade. A quarta, finalmente, a instituição do mandado de segurança "para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade." Negritos Nossos[37].

É de destacar, como frisou José Afonso da Silva, que a inovação atinente à ação direta de inconstitucionalidade interventiva[38] afasta o controle de constitucionalidade do puro critério difuso, ao adotar um método concentrado, sem, contudo, aproximar-se do europeu, o que nos conduz à afirmativa da originalidade do pensamento constitucional brasileiro em conciliar dois sistemas que, em alguns países, são tidos como exclusos[39].

37 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 327.

38 "A chamada "representação interventiva", destinada ao controle da constitucionalidade da intervenção federal, foi introduzida na Constituição de 1934(art. 12, § 2º). Essa ação destinava-se à constatação de eventual afronta através de ação ou omissão contra os princípios fundamentais da ordem federativa (art. 12, § 2º. c/c art. 7º.,I, a a h).(MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.26).

39 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.52.

Interessante anotar que, na constituinte de 1934, houve uma proposta de instituição de um Tribunal Constitucional, à semelhança do modelo austríaco, porém rejeitada sem maiores discussões, como noticia Gilmar Ferreira Mendes. O conteúdo da proposta se adequava fielmente ao controle político, e era concentrado, com proximidade, pelo menos na essência, no Poder Moderador, nos moldes ponderados neste trabalho, quanto ao controle dos atos do Poder Legislativo[40].

Já a Constituição de 1937, a segunda outorgada, retrocedeu na questão do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, ao permitir que o Presidente da República submetesse a lei declarada inconstitucional ao Parlamento, o qual podia confirma-lhe a validade, ou seja, constitucionalizar a norma antes declarada inconstitucional[41].

A "Polaca", como era conhecida a Constituição, justificou tal atitude com o caráter antidemocrático da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário, devendo haver uma instância especial que corrigisse os atos em desconformidade com a Constituição.

Registre-se, também, por oportuno, que, como o Presidente era na prática um ditador, tal competência não era exercida pelo Parlamento, e sim por sua excelência, através de decreto-lei, alicerçado no art.180 da Carta[42], o que, lhe denotava o caráter antidemocrático.

Gilmar Ferreira Mendes, em seu livro "Jurisdição Constitucional", dá noticia do Decreto-lei 1564, de 5-9-1939, o qual revigorou uma lei do imposto de renda sobre os vencimentos dos funcionários, cassando, por conseguinte, a decisão do Pretório Excelso. Além do mais, a norma revigorada passava a ter força de emenda constitucional[43], e o STF, a partir de tal ratificação, teria que reconhecer "ipso jure" a sua validade.

O Ministro do STF, à época, Carlos Maximiliano, prolatou voto re-

40 MENDES, 1999, p. 27-29.

41 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 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.

42 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.

43 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p.63.

gistrando que essa permissividade de cassação da decisão do Poder Judiciário pelo Legislativo - inclusive fazendo menção ao Decreto supra – não encontrava paradigma no direito comparado, o que denota a originalidade de nosso pensamento constitucional, bem como a semelhança direta com o controle político do Poder Moderador, agora sobre o Poder Judiciário, mas com reflexo direto na atuação de confecção de leis. São dignas de nota suas palavras:

> A possibilidade de alteração do texto constitucional para permitir que determinada conduta ou norma, considerada inconstitucional, passasse a ser compatível com a Constituição não apresenta maiores novidades. A cassação da decisão judicial com eficácia retroativa e a preservação da lei inconstitucional outorgam ao modelo de 1937 uma configuração peculiar e, provavelmente, sem paradigma no modelo comparado[44]. (grifo nosso)

A Constituição de 1946 pôs fim ao retrocesso da Carta Anterior, reintroduzindo os dispositivos da Constituição de 1934, com poucas alterações, e o germe do controle concentrado, se materializava pela ação direta de declaração de inconstitucionalidade, regulamentada pela Lei 2.271/54; todavia, com o campo estreito, pois somente se referia às hipóteses de intervenção federal.

Neste período, também surgiu a Lei 4.337/64, que, do mesmo modo, tratava do processo de controle abstrato, restrito à intervenção, em conjunto com o Regimento Interno do STF, o qual, consoante disciplinava a Carta de 1967/69, tinha força de lei. Tais atos vigoraram até o surgimento das Leis 9.868/99 e 9.882/99, as quais tratam, hodiernamente, do processo do controle concentrado.

Profunda alteração no sistema de controle adveio com a Emenda Constitucional nº 16/65[45], que alargou o campo de incidência do inci-

44 Voto do Ministro Carlos Maximiliano no Mandado de Segurança n. 623 STF, extraído da obra de (MENDES, 1999, p. 33-36).

45 Com muita visão, Paulo Bonavides retrata essa inovação: "A via de ação tomou, em conseqüência, um perfil definido: toda lei de nosso ordenamento jurídico, a partir da publicação do novo dispositivo constitucional, poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar o ponto controverso. A lei em tese, abstratamente, desvinculada da via incidental era passível, portanto, de verificação de constitucionalidade, sendo competente para o exercício dessa ação o Procurador Geral da Republica". (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 330).

piente controle abstrato, de modo que o STF podia conhecer de qualquer representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, limitada a iniciativa do Procurador-Geral da República.

São profundas as colocações do Ministro Moreira Alves[46] quanto aos objetivos da referida Emenda Constitucional:

> [...] (esta) resultou se motivo eminentemente pragmático, o de diminuir a intensidade da denominada crise do Supremo Tribunal Federal que era mais propriamente a crise do recurso extraordinário pelo número crescente de recursos dessa natureza que chegavam anualmente à Suprema Corte (...) pretendeu-se que o Supremo Tribunal Federal, ao invés de ter de declarar centenas ou milhares de vezes, em recursos extraordinários, a inconstitucionalidade de um ato normativo, o fizesse de uma vez só na representação de inconstitucionalidade do ato normativo em abstrato com eficácia erga omnes. Como a finalidade desse controle concentrado que se introduzia ao lado do controle difuso era a de diminuir a carga de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal, não se estendeu essa representação de inconstitucionalidade de atos normativos municipais, dado que em face do grande número de municípios o remédio que se criava poderia piorar o mal que se prendia minorar.

A partir de tal ato, começa a consolidar-se o sistema híbrido atual, em que a inconstitucionalidade dos atos normativos pode ser declarada tanto de forma incidental quanto concentrada, com a distinção dos efeitos, fincando a peculariedade de nosso pensamento, ante os demais ordenamentos do Direito Estrangeiro.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, seguindo a mesma trilha, enxertaram dispositivos que mantinham ambos controles de constitucionalidade, tendo surgido, naquele período, controvérsias sobre a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República ofertar a representação, prevalecendo a tese de que a titularidade lhe era exclusiva, o que denotava o caráter antidemocrático.

46 ALVES, José Carlos Moreira. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República,** São Paulo, n. 09, p.127-140, jul./dez.1996.

É de ressaltar que, àquela época, o chefe do Ministério Público era praticamente subordinado ao Presidente da Republica, o que agravava a situação, manchando a via do controle abstrato, que só veio a se resolver com a Constituição Cidadã.

É importante que destaquemos as constantes intromissões executivas[47], através dos diversos atos institucionais, que, de algum modo, resvalavam no controle de constitucionalidade, conforme podemos constatar, facilmente, na história dos julgamentos do STF, no período, tendo alguns determinado, inclusive, a aposentadoria compulsória de Ministros. Tais acontecimentos acabaram por inibir o desenvolvimento das formas de controle, que somente vieram a florescer com a redemocratização.

Destarte, é relevante que se faça a ligação de tais intromissões com o possível uso do Poder Moderador, no tocante ao controle das leis, eis que, àquela época, da mesma forma que no período imperial, havia a preeminência de um dos Poderes. Nesse sentido, em que pese ao patente caráter antidemocrático das medidas, o controle se dava de modo político e "a priori", com o intuito de resguardar a Constituição, o que deve ser levado em consideração nesta defesa.

Com o fim da era militar no Governo e o surgimento de uma Constituição que valoriza os direitos fundamentais como verdadeiro primado, a incrementação do Sistema de Controle da Supremacia da Lei Maior torna-se um corolário natural dos novos valores ali preconizados.

Atualmente, possuímos uma Jurisdição Constitucional bastante original pela feliz conjunção dos modelos difuso e concentrado de controle pelo Poder Judiciário, além dos controles políticos do Executivo, através da sanção e veto, e do próprio Legislativo, por suas Comissões, sendo essa a

47 São lúcidas as ponderações de Gustavo Binenbojm em obra já citada, p. 128: "Para complementar esse quadro de autoritarismo institucional, a Emenda Constitucional nº 07, de 13.04.77(conjunto de medidas conhecidas como pacote de abril), instituiu, no art. 119, inciso I, da Constituição de 1967/69, a alínea "o", o instituto que ficaria conhecido como avocatória. Tal dispositivo permitia que o Supremo Tribunal Federal deferisse a avocação, a pedido do Procurador Geral da República, de causas envolvendo perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendessem os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe fosse devolvido. Tal expediente foi largamente utilizado, durante o regime de exceção, para suspender decisões jurídicas à luz de argumentos políticos, conforme a conveniência dos governantes de plantão". (BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira, Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 128-129).

característica peculiar de nosso ordenamento, e que pode ser intitulada de Nova Jurisdição Constitucional.

Quanto ao controle concentrado, a grande inovação da Carta Magna Cidadã se refere ao alargamento das pessoas autorizadas a acionar o STF através da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade), findando o ciclo de exclusividade do Procurador-Geral da República[48].

Noutro sentido, criou-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – com o fito de tornar efetivos dispositivos constitucionais - e a ação declaratória de constitucionalidade, acrescida pela Emenda Constitucional nº 03/93, com o objetivo de que o STF reafirme a constitucionalidade de uma lei, com efeitos erga omnes e vinculante, para os demais Poderes.

A recente Emenda Constitucional 45/2004, ainda, trouxe possibilidade de edição de Súmulas Vinculantes e constitucionalizou o efeito vinculante das ADINS[49]; e quanto ao recurso extraordinário, implementou o requisito de admissibilidade da repercussão geral.

Tais mudanças refletem diretamente no já complexo sistema de Jurisdição Constitucional, em sentido amplo, de nosso ordenamento constitucional; contudo, não podemos afirmar, na esteira do já externado, que o STF possa ser considerado um Tribunal eminentemente Constitucional.

A par de todas essas considerações superficiais, porém delineadoras de uma visão ampla da evolução das constituições republicanas, no que tange ao controle de constitucionalidades das leis, podemos ratificar a nossa posição de possibilidade de controle, na época imperial, pelo Poder Mode-

48 "De fato, o florescente desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil se deveu, substancialmente, à ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. No regime constitucional anterior, o Procurador- Geral da Republica detinha o monopólio da deflagração do controle abstrato de constitucionalidade, mediante oferecimento de representação, para utilizar a designação então empregada." (BARROSO, Luís Roberto. Dez Anos da Constituição de 1988(Foi bom para você também?). **Revista de Direito Administrativo,** n. 214, 1998, p.15).

49 Havia uma discussão muito forte sobre a possibilidade de a legislação infraconstitucional prever um efeito que a Constituição não lhe dava. Nesse sentido a ponderação de Alexandre de Moraes, que entendia possível: "Dessa forma, seguindo orientação da EC n. 03 de 17 de março de 1993, que institui efeitos vinculantes à ação declaratória de constitucionalidade, a nova lei previu o obrigatório respeito das decisões do STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Assim, uma vez proferida a decisão pelo STF, haverá vinculação obrigatória em relação a todos os órgãos dos Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema, afastando-se, inclusive, a possibilidade de controle difuso por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário". (MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.627).

rador, dos atos da Assembléia Geral.

Ante as circunstâncias adversas ao efetivo controle no Império, verificamos que, no decorrer da evolução, as condições foram melhorando, e até mesmo o controle eminentemente político fora efetuado nos moldes de um Tribunal Constitucional pelo STF, em alguns momentos, e também pelo Executivo - mesmo que não legitimado -, o que reforça a nossa idéia de que o germe do controle se encontrava no Poder Moderador, apesar de nunca concretizado em termos de legislador negativo.

6 CONCLUSÃO

O Poder Moderador fora totalmente desvirtuado das idéias desenvolvidas por Benjamin Constant, na época do Imperador D. Pedro I, ante o seu caráter autoritário e acumulação indevida das funções do Executivo e Moderador, na sua pessoa, o que desestabilizou o próprio instituto, devendo, por conseguinte, ser considerados tais fatos no que tange à ausência efetiva, de seu uso módico e neutro, no controle de constitucionalidade das leis imperiais nesse período.

No segundo império, D. Pedro II exerceu o Poder Moderador de forma mais sintonizada com a idéia do controle político dos demais poderes; todavia, não houve registro de efetivo controle dos atos da Assembléia Geral e Provincial, por parte do Imperador, em razão da instabilidade política da época e dos diversos desentendimentos entre Liberais e Conservadores, o que ocasionou um verdadeiro ostracismo no que se refere à preocupação com o resguardo da Supremacia da Constituição, até mesmo nos seus aspectos substanciais.

A falta de controle das leis imperiais, na prática, não pode, por si só, autorizar a afirmação da impossibilidade jurídica do controle, não só pelo Poder Moderador, mas também pelo Judiciário, como afirmam alguns juristas.

A Constituição de 1824 não previu expressamente o controle dos atos normativos feitos à época, como fizeram as demais; contudo, esta tinha a peculiaridade de possuir a previsão de um quarto poder, cuja função precípua era a manutenção da harmonia e equilíbrio dos demais poderes, além de ser o mesmo totalmente independente.

São três os argumentos favoráveis à possibilidade de controle dos atos normativos confeccionados à época: primeiro, a existência de uma Constituição escrita; segundo, esta surgiu em consonância com a limitação do poder do Monarca, o qual lhe devia respeito e às leis; terceiro, o Poder Moderador, além de inspecionar os demais poderes, tem atribuição de expressar, de sancionar as leis e, conseqüentemente, de vetá-las, exercendo, na prática, um controle de constitucionalidade preventivo, de natureza eminentemente política.

O Poder Moderador como "fiel da balança", na acepção de Benjamin Constant, era um poder que devia conservar as situações constitucionais e regular a atuação dos demais poderes políticos, e não um poder de ação, de movimento.

Tais características, sintonizadas com as demais atribuições do Poder Moderador, que, até mesmo, de forma textual, era tido como a "chave de toda a organização política", são extremamente relevantes para denotar que podia, o Imperador, expurgar do ordenamento aquelas leis que não estivessem conformes à Carta Magna, que este jurou, e era obrigado a cumprir.

Apesar de o Brasil ter sofrido uma forte influência dos sistemas jurídicos de França e Inglaterra, onde a máxima do princípio da separação dos Poderes e a Soberania do Parlamento eram reinantes, é de considerar que nestes países, não havia a figura do Poder Moderador, que, à semelhança das hodiernas Cortes Constitucionais, exercia um poder eminentemente político, ou seja, baseado diretamente na Constituição.

O Poder Judiciário, na época do Império, era extremamente ligado aos interesses da Corte e sem as garantias de que a Magistratura precisa para desempenhar, com independência, suas funções. Destarte, não só a falta de previsão do controle expresso pela Constituição, através de tal Poder, mas também as condições amplamente desfavoráveis, como a desestruturação institucional, a inexistência de participação popular e a ausência de consciência de cidadania, são elementos importantes para justificar a apatia do Poder Judiciário, nesse período.

Nos EUA, também, não havia, de modo expresso, na Constituição a previsão de controle dos atos normativos pelo Poder Judiciário; contudo, as condições não eram desfavoráveis, como as nossas, o que favoreceu a interpretação de Supremacia da Constituição, devendo os Juízes resguardá-la. Tal fato poderia ter ocorrido, também, em nosso país, que, de igual modo, previa a necessidade

de que todas as autoridades preservassem o conteúdo da Carta Magna.

Hans Kelsen chegou a fazer uma associação da Jurisdição Constitucional, em seu modelo, com a idéia do Poder Moderador, o que reforça a tese de que tal poder possuía não só a preeminência sobre os demais, senão também a necessidade de inspecionar-lhe as atividades, incluídas as legisferantes.

Alguns juristas modernos, também, fazem a devida ligação do Poder Moderador, na esteira do idealizado por Benjamin Constant, com a de um Tribunal Constitucional nos moldes do sistema europeu, ressaltando, justamente, a idéia de um controle político, através de um órgão estranho aos demais, independente e neutro por excelência, com características de conservação das situações constitucionais estabelecidas.

Talvez, se o controle de constitucionalidade das leis imperiais tivesse ocorrido na prática, através do Poder Moderador, como demonstramos que era amplamente possível, juridicamente, teríamos hoje um Tribunal Constitucional, porque nossa tradição seria outra e, quem sabe, com viés efetivamente democrático, permiti um leque maior de legitimados ativamente para propositura da ação perante o Tribunal.

Nas Constituições republicanas, havia, de modo expresso, a previsão do controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário, o que somente vem reforçar nossa defesa, pois, em diversos momentos, destacamos um tipo de controle eminentemente político, à semelhança do que podia ter sido exercido pelo Poder Moderador.

Por outro lado, constatamos que as condições sociais e políticas que fizeram florescer o controle pelo Poder Judiciário, na República eram totalmente distintas das da época imperial, o que vem a reforçar a efetiva ausência do controle, naquele período, em razão das questões políticas.

A nova Jurisdição Constitucional brasileira possui a originalidade de conjugar dois modelos distintos de controle exercido pelo mesmo órgão, Poder Judiciário, que não possui formação de Tribunal Constitucional, mas que, às vezes, age como tal, o que deve ser considerado como pensamento genuíno de nosso ordenamento.

Sem dúvida alguma, podemos afirmar que o Poder Moderador foi uma originalidade de nosso pensamento constitucional brasileiro, justa-

mente por ter-se desvirtuado do modelo preconizado por Benjamin Constant, ratificando, por conseguinte, a nossa afirmativa de ampla possibilidade de controle dos atos imperiais de uma forma ou outra, pois nossa Constituição Imperial, pelo menos em parte, robustecia-lhe a tese da Supremacia.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República,** São Paulo, n. 09, jul./dez. 1996.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1991. v.1.

BARROSO, Luís Roberto. Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). **Revista de Direito Administrativo**, n. 214, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Evolução Constitucional no Brasil**. Artigo publicado na Internet no site Estudos Avançados.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1956.

CALMON, Pedro. **História do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1961. v.4.

CAMPOS, Francisco. **Diretrizes constitucionais do novo Estado Brasileiro**. RF, n.73, 1938.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**: a elite imperial; Teatro de Sombras: a política imperial. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais**: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França. [S.l.]: Líber Júris, 1814.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação para o Desenvolvimento da Educação, 2000. (Didática; 1).

HOLANDA, Sérgio Buarque. **História Geral da Civilização Brasileira**. Brasil Monárquico: 1 O processo de emancipação. 4.ed. São Paulo: Difel / Difusão Editorial S.A, 1976. t.2.

JACNSÓ, István (Org.). Brasil: Formação do Estado e da Nação. São Paulo: Hucitec, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade Comentários à Lei nº 9868, de 10-11-99**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva,1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998.

SILVA, José Afonso da. Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, jan./jul., 1985.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SLAIB FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://<www.slaibfilho.com>.

STRECK, Lênio Luiz. Quinze anos de constituição: Análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas da concretização dos direitos fundamentais-sociais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre n. 92, dez. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 2004.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, João Camilo Oliveira. **A Democracia Coroada:** Teoria Política do Império Brasileiro. 2. ed. rev. Petrópolis: Vozes Limitada, 1964.

URUGUAI, Visconde. Paulino José Soares Souza. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

VASCONCELOS, Zacarias de Góis. **Da natureza e limites do Poder Moderador (1860)**. Cecília Helena de Salles Oliveira (Org.). São Paulo: Editora 34, 2002. (Coleção: Formadores do Direito).

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.