

I CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO, DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

ANALÍTICOS

JUS SCRIPTUMS
INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW

a. 18 • v. 7 • dossiê • 2023

- 07 **Ana Flávia Pedroso Silva**
A proteção de refugiados, na perspectiva dos direitos humanos
- 21 **André Soares Oliveira e Mariana Caroline Scholz**
As encruzilhadas do constitucionalismo no Brasil: elementos para uma leitura crítica a partir da constituição política do Império do Brasil de 1824
- 41 **Gabrielle Amanda Novak**
A pandemia do Covid-19 e o tráfico de pessoas: a invisibilidade das populações vulneráveis
- 56 **Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira**
A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a violência contra a mulher: o caso Barbosa de Bouza e outros versus Brasil
- 72 **Rodrigo Portão Puzine Gonçalves**
Os imigrantes e a proteção internacional dos direitos humanos: uma análise a partir dos casos de violação envolvendo a Grécia

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ano 17 • Volume 7 • Edição Especial • 2023

Analíticos do I Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB

Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum

Jordano Paiva, Diretor Científico do NELB

Alysson Bezerra Miranda, Diretor Científico do NELB

Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Caio Guimarães Fernandes

Camila Franco Henriques

Leonardo Castro de Bone

Maria Amélia Renó Casanova

Maria Vitória Galvan Momo

Paulo Gustavo Rodrigues

Samara Machado Sucar

Suelen Augusta da Cunha

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)

Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)

Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)

Francisco Rezek, Francisco Rezek Sociedade de Advogados (BRA)

Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)

Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)

Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)
Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Pedro Romano Martinez, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

AS ENCRUZILHADAS DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: ELEMENTOS PARA UMA LEITURA CRÍTICA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824

The crossroads of constitutionalism in Brazil: elements for a critical analysis based on the political constitution of the Brazilian Empire of 1824

André Soares Oliveira*
Mariana Caroline Scholz**

Resumo: O constitucionalismo é um movimento político, jurídico e filosófico, ocorrido nas margens norte do Atlântico, que promove a limitação do poder por meio do direito positivo sintetizado em um documento solene: a Constituição. O constitucionalismo nasce em sua versão liberal, prezando pela separação de poderes e a consagração de direitos individuais. Este artigo objetiva contrastar os objetivos do constitucionalismo com aquilo que a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, consagrou em seu texto e como isso, de alguma maneira, ainda pode repercutir no constitucionalismo brasileiro. Adotou-se o método histórico-crítico para a exegese do texto constitucional, identificando continuidades históricas entre a primeira constituição e a própria experiência que se seguiu.

Palavras-chave: constitucionalismo; América Latina; constitucionalismo colonial; constituição política do Império do Brasil.

Abstract: Constitutionalism is a political, legal, and philosophical movement, which took place on the northern shores of the Atlantic, which promotes the limitation of power through positive law synthesized in a solemn document: the Constitution. Constitutionalism is born in its liberal version, valuing the separation of powers and the consecration of individual rights. This article aims to contrast the objectives of constitutionalism with what the Political Constitution of the Empire of Brazil, of 1824, enshrined in its text and how this, in some way, can still have an impact on Brazilian constitutionalism. The historical-critical method

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande

** Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com parte dos estudos na Strathclyde Centre for Environmental Law & Governance/UK. Bacharela em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville

was adopted for the exegesis of the constitutional text, identifying historical continuities between the first constitution and the experience that followed.

Keywords: constitutionalism; Latin America; colonial constitutionalism; political constitution of the Empire of Brazil.

Sumário: 1. Introdução; 2. Delineamentos conceituais do constitucionalismo do século XIX; 3. O Constitucionalismo crioulo na América Latina; 4. A Constituição Política do Império do Brasil no contexto do constitucionalismo dominante: aspectos destacados; 5. Considerações finais; 6. Referências

1. Introdução

O constitucionalismo é um movimento político, jurídico e filosófico que ocorre no contexto do nascimento do capitalismo e cujo destinatário são as classes burguesas das margens norte do Atlântico. Os arranjos institucionais que se delineiam a partir de tais revoluções terão como objetivo a limitação do poder do Estado por meio de restrições funcionais – separação de poderes –, um catálogo mínimo de direitos fundamentais – liberdades fundamentais – que assegura que o Estado respeite o âmbito privado e, tudo isso, operacionalizado mediante governo representativos eleitos pelo povo – um conceito que, no século XVIII e XIX era, em sua essência, excludente da maior parte das populações.

Com exceção da experiência constitucional inglesa, esse arranjo institucional estava contido em um documento escrito, solene, com pretensão racional e estável, fruto de uma assembleia e a cujo governantes juravam se submeter: a Constituição.

No Brasil, a primeira constituição será aquela outorgada por Dom Pedro I, em 1824, denominada de Constituição Política do Império do Brasil. Considerando as peculiaridades do Brasil – diferentemente dos Estados Unidos, uma colônia

essencialmente de exploração; uma independência proclamada por um príncipe europeu herdeiro do absolutismo lusitano; e a ausência de uma burguesia urbana ilustrada disposta a processos revolucionários e a necessidade de se adequar ao contexto político-jurídico europeu – de que forma a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, absorveu os elementos estruturais do constitucionalismo?

O objetivo da presente pesquisa foi, com isso, contrastar os objetivos principais do constitucionalismo com aquilo que a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, consagrou em seu texto e como isso, de alguma maneira, ainda pode repercutir no constitucionalismo brasileiro. Adotou-se o método histórico-crítico para a exegese do texto constitucional, identificando continuidades históricas entre a primeira constituição e a própria experiência que se seguiu.

2. Delineamentos conceituais do constitucionalismo do século XIX

O constitucionalismo é um movimento político, jurídico, filosófico e econômico que surge nas margens norte do Atlântico ao longo dos séculos XVII e XVIII e que pode ser resumido no pleito pela limitação do poder. Falar de constituição é falar sobre limitação do poder. Ao longo de mais de três séculos de constitucionalismo, é claro que esse conceito passou por várias metamorfoses, mas sem nunca perder o seu sentido original de limitação do poder.

Porém, assinale-se o seguinte: o pleito de limitação do poder não é algo original do constitucionalismo. Na história das ideias políticas, o pleito por limitação do poder sempre esteve presente. Platão e Aristóteles ao se deterem sobre

as formas de governo, bem salienta Bobbio¹, desejaram arquitetar, em termos ideais ou práticos, uma forma de governo onde o poder pudesse ser exercido de forma racional (república platônica) ou mesmo que os interesses em jogo pudessem ser acomodados de forma pacífica (politeia aristotélica). Essas duas formas representam um poder limitado.

Cite-se como exemplo o próprio Estado absolutista, a quem se deve o conceito de Estado moderno. O Estado absolutista jamais representou, como bem assinalam Singer, Araújo e Belinelli², um Estado em que o poder fosse efetivamente exercido de forma absoluta, ou seja, sem nenhum controle ou dependência de outros poderes. Segundo os autores, com base em Perry Anderson, o uso do termo ‘absolutismo’ para designar o modo de governo prevalecente na Europa até o século XVIII foi cunhado pelos que lhe faziam oposição. Por isso mesmo, ‘o poder absoluto do Estado é um traço que só vai emergir com o aparecimento do totalitarismo no século XX’³.

Até mesmo Jean Bodin, teórico da soberania e do Estado dito absolutista, quando afirma na sua obra magna, ‘Da República’, de 1576, que por soberania deve-se entender o poder absoluto e perpétuo que é próprio do Estado. O poder é absoluto porque não está sujeito a leis positivas, ou seja, a leis criadas pelos seus predecessores. Vale notar que poder absoluto não significa ilimitado, uma vez que o soberano está limitado a leis naturais e divinas, que ele não pode controlar. Acima

¹ NORBERTO BOBBIO, *A teoria das formas de governo*, 9.^a ed., Brasília, Editora da UnB, 1997, p. 45-65.

² ANDRÉ SINGER, CÍCERO ARAÚJO e LEONARDO BELINELLI, *Estado e democracia: uma introdução ao estudo da política*, Rio de Janeiro, Zahar, 2021, p. 87-89.

³ ANDRÉ SINGER, CÍCERO ARAÚJO e LEONARDO BELINELLI, *Estado e democracia: uma introdução ao estudo da política*. Rio de Janeiro, Zahar, 2021, p. 88.

do poder soberano terreno está o poder soberano divino que faz as leis naturais e divinas. Além disso, o soberano estaria limitado pelas leis fundamentais do Estado e mesmo pelas leis que regulamentam as relações privadas entre os súditos⁴.

Então, qual seria a novidade do constitucionalismo? A novidade exatamente é que, no constitucionalismo, a limitação do poder não é mais operacionalizada por um argumento de origem jusnaturalista, seja ele divino ou racional.

Montesquieu, na sua obra ‘O Espírito das Leis’, de 1748, procura explicar as leis que regem as sociedades humanas, no caso, as leis positivas que regem o mundo da inteligência. Ele observa assim que as leis positivas regulam as relações entre grupos independentes (direito internacional), entre o governante e os governados (direito público) e entre os governados (direito civil). Ainda nessa obra, quando trata das formas de governo, Montesquieu refunda a teoria da tripartição de poderes, onde o poder limitaria o próprio poder, como uma característica de governos moderados – que poderiam ser repúblicas ou monarquias – ao passo que a imoderação seria uma característica dos governos despóticos⁵.

Nesse contexto, até mesmo o jusnaturalismo toma uma nova forma sob a expressão do contrato social. John Locke, principal expressão liberal, sustenta que os súditos, para saírem do Estado de Natureza e fundarem a sociedade civil, alienam ao Estado apenas uma parcela de sua liberdade, retendo direitos naturais. Trata-se

⁴ NORBERTO BOBBIO, *A teoria das formas de governo*, 9.^a ed., Brasília, Editora da UnB, 1997, p.95-106

⁵ NORBERTO BOBBIO, *A teoria das formas de governo*, 9.^a ed., Brasília, Editora da UnB, 1997, p.127-138

de um jusnaturalismo racional, baseado na ideia de direitos naturais, individualista e subjetivista⁶.

Nesse sentido, a limitação do poder se opera por meio de um documento, um documento escrito, como tal chamado de constituição. É o direito positivo, sintetizado neste documento, que realiza a limitação do poder. É certo que nas revoluções que fundaram o constitucionalismo, o apelo ao jusnaturalismo ainda se faz presente como etapa necessária para essa passagem para um modelo fundado no direito positivo. Durante um tempo ainda vai se procurar o fundamento das constituições, o fundamento do direito positivo, em justificativas jusnaturalistas, mas isso se esvai logo nas primeiras décadas do triunfo dessas revoluções.

Constituição – e com ela o constitucionalismo – é sobre limitação do poder por meio do direito positivo. Agora, a questão que se coloca é: limitação de que poder?

O constitucionalismo enquanto movimento surge inseparável do capitalismo enquanto modo de produção social. O interesse das classes revolucionárias burguesas naquele momento – e até hoje – não era outro senão a limitação do poder do Estado em praticar ingerências sobre os seus negócios. Era a face liberal do constitucionalismo que se colocava ali.

A partir do constitucionalismo em sua primeira fase, o constitucionalismo liberal, entende-se a Constituição como limitação do poder do Estado diante da sociedade. Para tanto, essa limitação do Poder do Estado necessitava ser

⁶ CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Fórum, 2021, p.73-74.

instrumentalizada por meio da constituição e o foi de duas formas: uma limitação formal ao poder do Estado e uma limitação material do poder do Estado.

A essas duas formas de instrumentalização da limitação do poder, Souza Neto e Sarmiento⁷ colocam ainda a noção de democracia representativa, ou seja, de um governo que contasse com o consentimento dos governados. Porém, salientam os autores que essa dimensão não teve a mesma importância dos demais, considerando que muito se demorou para implementação do sufrágio universal. Nesse primeiro momento, a democracia representativa estava muito mais para um governo parlamentar fundado sob um princípio aristocrático, a considerar que uma baixíssima parcela da população tinha direito ao voto⁸.

A limitação formal ao poder do Estado ocorre por meio da separação de poderes. A noção aqui era de desconcentração dos poderes das mãos do soberano, dividindo a função de governar, legislar e julgar entre três órgãos de igual. O principal deles será, sem dúvida, o Legislativo, ou seja, o Parlamento, porque é nele que a burguesia vitoriosa terá assento conferido por meio de eleições, sendo assim uma representante da vontade geral. Note-se que aqui os titulares de direitos políticos eram apenas uma ínfima parcela da população segundo critérios estritamente censitários. O Parlamento aprova a lei – expressão da vontade geral – que traça os limites da ação governamental – Poder Executivo – e que, violada, desse ter a sua execução garantida por um corpo de juízes funcionários do Estado – boca-da-lei. Com isso, fica caracterizada a preponderância do Legislativo que,

⁷ CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Fórum, 2021, p.74.

⁸ ANDRÉ SINGER, CÍCERO ARAÚJO e LEONARDO BELINELLI. *Estado e democracia: uma introdução ao estudo da política*. Rio de Janeiro, Zahar, 2021, p. 177-187.

por meio da lei, exerce uma limitação tanto sobre a margem de ação do governo quanto sobre as decisões judiciais⁹.

Essa lei, por sua vez, fruto do poder de conformação do legislador, também apresentará limites. E aí adentra-se na limitação material ao poder do Estado empreendido pelo constitucionalismo liberal por meio dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais esses que, no primeiro momento, em sua primeira dimensão, se resumiam àqueles que consagravam as assim denominadas liberdades públicas, a liberdade de iniciativa na esfera econômica (propriedade privada, liberdade profissional e contratual) e na esfera social (liberdade de expressão e liberdade religiosa). A atividade estatal se justificava apenas quando necessária para a proteção desses direitos pelo exercício do monopólio da violência e o Estado não deveria intervir em mais nada¹⁰.

Sintetizando essa compreensão das constituições liberais, pode-se concluir que:

Em verdade, a brevidade das Constituições liberais derivava sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substâncias das relações sociais. A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista.¹¹

⁹ MAX MÖLLER, *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 21-49

¹⁰ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p.232-235

¹¹ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 233

A ausência de constituição nas relações sociais, algumas décadas depois, cobrará o seu preço. O constitucionalismo liberal não realiza a totalidade de suas promessas¹². A liberdade e a igualdade formal são incapazes de conformar uma nova e agitada realidade social marcada pelo avanço do capitalismo enquanto modo de produção social que gerou uma nova classe social: os proletários. Filhos dos órfãos do modo de produção feudal, totalmente desmontado com o capitalismo que havia sido juridicamente formatado pelo constitucionalismo, essa massa organiza-se nos ambientes urbanos.

3. O Constitucionalismo crioulo na América Latina

O constitucionalismo latino-americano se caracteriza, de forma geral, por aquilo que a doutrina denominará de constitucionalismo crioulo ou constitucionalismo colonial¹³. Trata-se exatamente do confronto do ideário constitucional – nascido em terras tão longínquas – com uma realidade absolutamente diversa do contexto latino-americano.

Entre essas características da realidade latino-americana que não existiam na Europa, deve-se mencionar a escravidão – seja ela indígena ou africana – e a existência de um pacto colonial que orientava a dinâmica econômica da região, marcado pelo latifúndio.

¹² PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p.232-235

¹³ RÚBEN MARTINEZ DALMAU, El Estado como problema en el constitucionalismo latinoamericano y la Constitución de Querétaro de 1917, *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho/PR, 2017, n. 27, p. 309-336. p. 315.

No que toca ao pacto colonial, Celso Furtado¹⁴, ao tratar sobre a formação econômica da América Latina, ressalta que mesmo após o processo de independência e das novas constituições, os países da América Latina continuaram reproduzindo o pacto colonial. Até o começo dos anos 70 do século XIX, a estatização do aparato colonial, disputas internas, sequências de golpe de estado e os conflitos pela delimitação das fronteiras dominou o cenário latino-americano. A partir de então, houve um certo progresso econômico devido a intensificação do comércio de produtos primários que, claro, não se reverteu em bem-estar para a população.

Roberto Gargarella¹⁵, em texto sobre os 200 anos do constitucionalismo na América Latina, assinala que o constitucionalismo chega aqui lastreado em três concepções: republicana, conservadora e liberal.

A concepção republicana de constitucionalismo prezava o autogoverno em sacrifício da autonomia individual. Era a aplicação de um majoritarismo político, onde as maiorias se impõem, inclusive às elites. Tal visão aposta em saídas coletivas em contraposição a posições individualistas. Por sua vez, no campo moral, ela pregava um populismo moral, ou seja, a moral que deveria guiar a sociedade era a moral da maioria, e aí considerando que eram sociedade majoritariamente católicas. O republicanismo teve uma forte influência na luta pelo sufrágio universal e tinha preocupações com uma base econômica das constituições.

¹⁴ CELSO FURTADO, *A economia latino-americana: (formação histórica e problemas contemporâneos)*, 4.^a ed., São Paulo, Cia das Letras, 2007, p. 20-27.

¹⁵ ROBERTO GARGARELLA, 200 anos de constitucionalismo latino-americano, In Oscar Vilhena Vieira e Rubéns Glezer (orgs.). *Transformação constitucional e democracia na América Latina*, São Paulo, FGV Direito SP, 2017, p. 13-74.

A concepção conservadora opunha-se diametralmente ao republicanismo. Ela pode ser sintetizada em um modelo de cruz e espada, ou seja, uma promessa de religião e ordem como meio para atingir a estabilidade. O modelo moral, uma espécie de perfeccionismo moral, pregado pelos conservadores era o catolicismo, este imposto pelo Estado. Além disso, existe a marca de um elitismo político onde a restrição ao sufrágio era justificada por uma incapacidade de a população decidir por si mesma.

O liberalismo entra nessa disputa pregando a necessidade de equilibrar o poder e assegurar a neutralidade do Estado. Ele aparece como alternativa à ‘tirania’ do modelo conservador e à ‘anarquia’ representada pelo modelo republicano. Defende a separação de poder, o estabelecimento de mecanismos de freios e contrapesos para a limitação do poder do Estado por meio de um presidencialismo equilibrado e um sistema legislativo bicameral.

Na verdade, continua Gargarella, as primeiras constituições latino-americanas são expressão de uma fusão entre conservadores e liberais, a fim de evitar o republicanismo visto como algo ameaçador e radical. Essas constituições liberais-conservadoras têm como características a consagração da liberdade de culto, mas sem estabelecer um Estado laico; um sistema de freios e contrapesos que pede para o Presidente como figura mais forte; um federalismo mais centralizado do que aquele adotado nos Estados Unidos; e repulsa ao sufrágio universal e a deveres sociais do Estado, além, em alguns casos como a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, até mesmo convivendo com a escravidão.

Esse constitucionalismo resultou em constituições puramente nominais, destinadas apenas a legitimar formalmente os donos do poder naquele momento e

jamais orientadas para uma limitação do poder, cuja noção está no âmago do constitucionalismo. Basta pensar também o quanto tais constituições conviveram com a escravidão – indígena e africana – e quanto negaram direitos às mulheres, aos indígenas e aos negros, considerando-os como não-cidadãos, alijados dos processos políticos¹⁶.

O princípio democrático moderno da impessoalidade democrática, que implica “o mecanismo do Estado funcionando tanto quanto possível automaticamente e os desmandos dos maus governos não podendo afetar senão de modo superficial esse funcionamento¹⁷”. Na América Latina, a esse ideal é colocado, de lado extremamente oposto, o caudilhismo que nasce de dentro dos círculos liberais. Deste modo, se faz necessária uma superação da dicotomia liberalismo-caudilhismo.

Segundo ensinam Wolkmer e Fagundes¹⁸, de maneira geral, essas constituições latino-americanas procuraram fundar o Estado sobre os escombros do colonialismo. Na verdade, desejaram fundar aqui um modelo de Estado europeu baseado em um monismo estatal – ignorando as diversas normatividades jurídicas que circulavam na região – e forjando uma única nação, branca e católica, em meio a uma diversidade efervescente de culturas. Tal como era do momento na Europa,

¹⁶ AIRTON RIBEIRO DA SILVA JÚNIOR e FELIPE PANTE LEME DE CAMPOS, Dois séculos de constitucionalismo na América Latina: uma análise diacrônica entre o constitucionalismo do século XXI e o novo constitucionalismo latino-americano, In *Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, 2018, p. 151-184.

¹⁷ SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 27^a.ed, São Paulo, Companhia das Letras, 2014, p. 214.

¹⁸ ANTONIO CARLOS WOLKMER e LUCAS MACHADO FAGUNDES, Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico, *Pensar*, v. 16, n. 2, 2011, p. 371-408

o exercício do poder constituinte restou não nas mãos do povo, mas nas mãos da nação, ou seja, basicamente das classes oligárquicas estabeleceram constituições assegurando seus interesses e sem tocar em nenhuma das questões estruturais que já estavam postas para a América Latina.

De fato, não se pode perder de vista que

[...] nos países latino-americanos, onde quer que o personalismo [...] conseguiu abolir as resistências liberais, assegurou-se, por essa forma, uma estabilidade política aparente, mas, que de outro modo não seria possível [...] A existência de tais situações, em verdade, excepcionais, chega a fazer esquecer que os regimes discricionários, em mãos de dirigentes ‘providenciais’ e irresponsáveis, representam, no melhor caso, um disfarce grosseiro, não uma alternativa, para a anarquia¹⁹.

Essas constituições liberais-conservadoras foram, aponta Gargarella²⁰, as mais estáveis – em meio a uma instabilidade constitucional generalizada – da América Latina e foram sob a vigência delas que os institutos jurídicos do constitucionalismo se enraizaram aqui. Na verdade, essa mescla constitucional de tendências muitas vezes antagônicas é uma marca do constitucionalismo latino-americano.

¹⁹ SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 27^a.ed, São Paulo, Companhia das Letras, 2014, p. 218-219

²⁰ ROBERTO GARGARELLA, 200 anos de constitucionalismo latino-americano, In Oscar Vilhena Vieira e Rubéns Glezer (orgs.). *Transformação constitucional e democracia na América Latina*, São Paulo, FGV Direito SP, 2017, p. 13-74.

4. A Constituição Política do Império do Brasil no contexto do constitucionalismo dominante: aspectos destacados

O Brasil, vastíssima colônia portuguesa em extensão territorial e diversidade social, política e cultural, representava um desafio para quem desejasse governá-la de modo uniforme e centralizado, forjando, a partir daí, uma identidade nacional.

A chegada da Família Real Portuguesa no Brasil, em 1808, assim como a elevação do Brasil a Reino Unido a Portugal, quebrou os vínculos coloniais com a antiga metrópole, colocando-as em pé de igualdade. No Rio de Janeiro, capital do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, de onde emanavam ordens para Lisboa, instalou-se toda a burocracia estatal, com todas as suas instituições europeias sob o tórrido clima oceânico. Porém, José Afonso da Silva²¹ faz notar que todo esse aparato não exerceu influência para além do Rio de Janeiro. Nos interiores, a fragmentação e diferenciação do poder eram a realidade vigente.

O processo de constitucionalização formal do Brasil enquanto Estado independente começa com um Decreto de 3 de julho de 1822 com o qual se convoca uma ‘Assembleia Geral e Constituinte’. Assembleia instalada em 3 de maio de 1823, com a presença de Dom Pedro I, que já se nominava Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, ela será dissolvida em 12 de novembro de 1823, por ato do próprio Imperador. Em 25 de março de 1824, Pedro

²¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 40.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 74-75.

I outorga a Constituição Política do Império do Brasil, que irá vigor por 65 anos – a mais longeva das Constituições brasileiras²².

O principal desafio para os arquitetos do Estado brasileiro logo após a independência era forjar e manter a unidade nacional. Nem todas as partes do Brasil reagiram da mesma forma à independência. Dessa forma, era necessário um poder centralizador e uma organização nacional capaz de sufocar os poderes regionais e locais que dominavam ao país. Ao mesmo tempo, isso deveria ser conjugado com os ideais políticos da época – o constitucionalismo liberal²³.

Tratava-se de combinar absolutismo e constitucionalismo, que nasce exatamente em oposição a este. Assim, a “evasão da realidade, a crença mágica no poder das ideias²⁴”, por parte de uma espécie de nobreza brasileira, uma aristocracia intelectual formada nas melhores universidades da Europa, especialmente em Coimbra²⁵, trouxe para o Brasil, “de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam²⁶”.

Na abertura dessa Assembleia Constituinte, Pedro I faz um famoso discurso em que se compromete com a futura constituição em termos. O ambiente político

²² PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 370-371.

²³ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 40.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p.76

²⁴ SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 27^a.ed, São Paulo, Companhia das Letras, 2014, p.191

²⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 40.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p.75

²⁶ SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 27^a.ed, São Paulo, Companhia das Letras, 2014, p.191

do momento, com a derrocada de Napoleão e a conclusão da era revolucionária na Europa, era de uma restauração das casas monárquicas. Porém, tratava-se agora de uma monarquia constitucional, ou seja, um governo onde o monarca teria seus poderes limitados pela constituição. Aqui no Brasil, Pedro I não parecia ser muito efeito a essa ideia de limitação. Na Assembleia Constituinte, por sua vez, prevalecia um sentimento liberal que prezava por uma monarquia constitucional, tripartição de poderes, direitos individuais e políticos, e rígidos limites ao Imperador. Elaborada por uma comissão encabeçada por Antonio Carlos de Andrada, o projeto ficou conhecido como Projeto Antonio Carlos²⁷.

O projeto da Constituinte, fechada por ordem do Imperador, recebia uma direta influência do constitucionalismo francês. Consagrava a tripartição dos poderes no modelo de Montesquieu e continha um capítulo sobre direitos individuais e políticos. No que toca ao poder de reforma, partia de uma noção, mantida na Constituição outorgada, que apenas era constitucional o que tratava de direitos políticos e individuais e organização dos Poderes, o demais poderia ser mudado pela legislação ordinária por 2/3 dos votos de cada casa legislativa²⁸.

Deve-se notar que não houve uma resistência ao fechamento da Assembleia Constituinte e elaboração da Carta outorgada em 1824. A única reação contrária organizada à Carta de 1824 foi a Confederação do Equador, liderada por Frei Caneca, que sucumbiu às armas ainda naquele mesmo ano.

²⁷ CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Fórum, 2021, p.100.

²⁸ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 370-371.

A Constituição de 1824, outorgada, não se afastou das inspirações francesas, tendo sido a única constituição do mundo que, desprezando a tripartição dos poderes de Montesquieu, recorreu ao modelo de Benjamin Constant, “embora de modo mais quantitativo e formal do que qualitativo e material”²⁹. Ela correspondeu a um compromisso entre um liberalismo-conservador e um semiabsolutismo. Garantia direitos individuais, mas era elitista ao sacramentar o exercício de direitos políticos mediante um sufrágio censitário³⁰.

Entendido como chave de toda a organização política, o Poder Moderador era uma espécie de Poder dos Poderes. Titularizado pelo Imperador, juntamente com o Poder Executivo, era a imagem da centralização imperial que, sufocando as províncias, colaborou para o próprio processo de desintegração do Império.

O Poder Moderador, investido na figura do Imperador, foi a forma como os arquitetos do Estado brasileiro tentaram mesclar absolutismo e constitucionalismo, centralizando o poder e garantindo a unidade nacional. Em um Estado unitário, em que as províncias estavam submetidas ao Imperador, que nomeava o presidente e o chefe de polícia, não havia muito espaço para as elites locais. O Imperador aqui reinava, governava e administrava, conforme disse Itaborá³¹.

A noção de um Poder Moderador, que nasce do teórico Benjamin Constant, prefigurava um poder neutro cuja principal atribuição seria conter o arbítrio,

²⁹ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 372

³⁰ CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Fórum, 2021, p.101.

³¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 40.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p.78

garantir os direitos individuais e apaziguar a relação entre os demais poderes. Com isso, por certo, tal poder não poderia ser exercido por um monarca que, ao mesmo tempo, era titular do Poder Executivo³².

É interessante notar que a Constituição de 1824 apenas recebeu uma emenda, por meio do Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, durante a Regência, e uma Lei de Interpretação, de 12 de maio de 1840, para consolidar uma abordagem conservadora do Ato Adicional.

Sob a Constituição de 1824, sintetiza Bonavides³³, procurou-se equilibrar, com alguma estabilidade por sua duração de 65 anos, o princípio representativo – por meio de um parlamentarismo *sui generis* que se desenvolveu ao lado da Constituição, relevando também uma influência inglesa – e o princípio do absolutismo. Isso corrobora a visão de Gargarella³⁴ sobre o constitucionalismo latino-americano que tende a incorporar em seus textos tendências antagônicas, no contexto de um constitucionalismo liberal-conservador.

5. Considerações finais

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 já nasce absolutamente em contradição com o constitucionalismo porque, primeiramente,

³² CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Fórum, 2021, p.103.

³³ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 372

³⁴ ROBERTO GARGARELLA, 200 anos de constitucionalismo latino-americano, In Oscar Vilhena Vieira e Rubéns Glezer (orgs.). *Transformação constitucional e democracia na América Latina*, São Paulo, FGV Direito SP, 2017, p. 13-74.

foi fruto da vontade unilateral do Imperador, fechando uma assembleia constituinte eleita e de inspirações liberais.

Sua principal característica foi a concentração de poderes, prerrogativas e atribuições na figura do Imperador enquanto Chefe de Estado, titular de um Poder Moderador, ‘chave de toda organização política’ (Art.98 da Constituição de 1824) e Chefe de Governo (Art. 102 da Constituição de 1824).

Desta forma, é possível visualizar um processo constituinte problemático, típico da América Latina, com suas tentativas de adequação a um modelo gestado para a realidade europeia, ou seja, paradoxalmente, a Constituição de 1824 procurou conciliar o inconciliável, qual seja: constitucionalismo e absolutismo.

Isso é, ainda hoje, uma marca presente no constitucionalismo brasileiro e latino-americano como um todo, distorcido pelo cenário social e político, que vive entre a noção de limitação do Poder do Estado e elementos autoritários ainda vigentes sob a forma de concentração de poderes e prerrogativas nas mãos do Presidente da República, de forma diversa do que ocorreu nas experiências revolucionárias burguesas.

6. Referências

- BOBBIO, Norberto, *A teoria das formas de governo*, 9.^a ed., Brasília, Editora da UnB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 32.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017.
- DALMAU, Rúbens Martínez, El Estado como problema en el constitucionalismo latinoamericano y la Constitución de Querétaro de 1917, In *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho/PR, 2017, n. 27, p. 309-336.
- FURTADO, Celso, *A economia latino-americana: (formação histórica e problemas contemporâneos)*, 4.^a ed., São Paulo, Cia das Letras, 2007.

- GARGARELLA, Roberto, 200 anos de constitucionalismo latino-americano, In Oscar Vilhena Vieira e Rubéns Glezer (orgs.). *Transformação constitucional e democracia na América Latina*, São Paulo, FGV Direito SP, 2017.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 27.^a ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2014.
- MÖLLER, Max, *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2017.
- SILVA JÚNIOR, Airton Ribeiro da; CAMPOS, Felipe Pante Leme de, Dois séculos de constitucionalismo na América Latina: uma análise diacrônica entre o constitucionalismo do século XXI e o novo constitucionalismo latino-americano, *Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, 2018, p.151-184.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 40.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2017.
- SINGER, André; ARAÚJO, Cícero; BELINELLI, Leonardo, *Estado e democracia: uma introdução ao estudo da política*, Rio de Janeiro, Zahar, 2021.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Fórum, 2021.
- WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado, Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico, *Pensar*, v. 16, n. 2, 2011, p. 371-408