

UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO PENSAMENTO BRASILEIRO

A CONSTITUTIONAL COURT IN BRAZILIAN THOUGHT

Rogério da Silva e Souza

RESUMO

O estudo versa sobre a idéia original de um Tribunal Constitucional no pensamento histórico brasileiro em consonância ao movimento constitucionalista liberal. Trata-se de uma revisão de literatura histórico-jurídica sob uma abordagem livre e exploratória da temática que elucida o vintismo português no início do século XIX e as consequências nas províncias brasileiras, desencadeando uma articulação política para a aprovação de uma Constituição unificada de Portugal, Brasil e Algarves, cuja representação paulistana, apresentou plataformas constituintes, sob a égide de José Bonifácio de Andrada e Silva, dentre elas hipotética criação de um Tribunal Constitucional, em conclusão confrontam-se as idéias pertinentes a posição e contraposição da Instituição no pensamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; História do Direito brasileiro; Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

The study focuses on the original idea of a Constitutional Court in historical thinking in accordance to the Brazilian movement Constitutionalist Liberal. This is a literature review on a historical-legal approach and exploratory livefe the topical Vintism elucidates the Portuguese in the early nineteenth century and the consequences in the Brazilian provinces, sparking a joint policy for the adoption of a unified constitution Portugal, Brazil and Algarve, whose representation in Sao Paulo, presented platforms constituents, under the aegis of Jose Bonifacio de Andrada esmith, among them hypothetical creation of a Constitutional Court, faced in completing the relevant ideas and opposed the position of the institution in the Brazilian legal thinking.

KEYWORDS: Constitutional Law; History of Constitutional; Constitutional Court.

1 Introdução

No Manifesto do Pau-Brasil de Andrade (2000, p.9), há expressiva reflexão no que concerne à poesia brasileira: “Uma única luta - a luta pelo caminho. Dividamos: Poesia de importação. E a Poesia Pau-Brasil, de exportação”, naturalmente, o pensamento do “modernista de 22” referia-se a um processo de identidade para a poesia brasileira, assim, também, no pensamento jurídico brasileiro, envereda-se por uma expressão pátria, sem pretensões genuínas, além do que, historicamente, tal brasilidade, não é ainda possível afirmar, não obstante uma luta que demanda o processo de interpretação condizente à experiência que a vida político-jurídica promove, como sói acontecer na construção do fenômeno intelectual brasileiro. ¹ Assim é que Reale (1985, p.39) observa:

Uma das falhas mais graves no estudo de nossas instituições jurídicas tem sido o descaso por seu entendimento em função de seus pressupostos factuais e axiológicos, ou, por outras palavras, do complexo de circunstâncias e de elementos ideológicos que cercam a sua instauração e desenvolvimento. Essa carência de historicidade objetiva e concreta nota-se, sobretudo, na análise de nossa experiência constitucional, nem sempre inserida em seu processo real, preferindo-se analisar as nossas soluções normativas tão-somente à luz de influências alienígenas operantes em nossa vida política.

É claro que houve influência de idéias e sistemas forjados em países mais evoluídos, nem poderá deixar de haver em futuro próximo, mas é indispensável, também, levar em conta a preferência atribuída a esta e não àquelas idéias, bem como o modo como se deu a sua recepção, entre nós, visando-se a atender a exigências locais, completamente distintas das que cercaram o seu aparecimento em suas terras de origem. Pela análise das prioridades havidas e pela maneira de 'sermos influenciados' será possível atingir-se algo de peculiar e próprio na concretude de nossas próprias circunstâncias.

A rigor, o que se apresenta para uma reflexão nacional dá-se conforme ilustra o abolicionista Joaquim Nabuco *apud* Fernandes (1979, p.170): “O sentimento em nós é brasileiro, a imaginação é européia”.² Esse sentimento de que fala Nabuco não é tema pacífico, porquanto evoca uma identidade ou sentimento de nação pela qual se luta mas não se sabe qual é; sobremaneira à complexidade da formação social brasileira, cujo esboço abstraí-se de Camargo (1981, p.89) no que vem a chamar de o caráter brasileiro: “o homem brasileiro é plasmado pelo meio, por um complexo étnico bem assimilado e por uma cultura relativamente homogênea, paradoxalmente condicionada por culturas heterogêneas. É individualista, sentimental, improvisador, cordial, comunicativo, humano e pacifista”.³

Para tanto, o objeto desta pesquisa é a afirmação de um pensamento constitucional brasileiro, manifestamente, uma pesquisa histórica no direito constitucional pátrio reconstrutivo, como quer Bensaïd (2003, p.48): “desconstruir a la noción de 'historia ideal' en beneficio de una nueva escritura histórica”.⁴ Neste certame, vale reproduzir as palavras de Saldanha (2000, p.3):

O advento de um Estado que, sem perder os caracteres já dados pelo absolutismo ao “Estado Moderno”, reforçou em sua estrutura o lado jurídico, adotando como forma a sua forma jurídica imposta através de uma lei fundamental formada de limitações e garantias, pôs as condições para a eclosão de um pensamento constitucional. Mas este em verdade radicou em contextos anteriores, com os primórdios do debate liberal ou pré-liberal, e acompanhou todas as nuances da temática política e jurídica que o mundo contemporâneo veio condicionar, agitar e desdobrar.

Compreende-se, pois um pensamento jurídico considerável pelas instituições político-jurídicas, cujo fenômeno se reflete na verve intelectual de José Bonifácio de Andrada e Silva, cognominado o patriarca da independência, e muito embora constituída por outras fontes teóricas, é no Brasil que a tese é validada em evolução e utilidade teórica.⁵

Examinar-se-á o pensamento expressivo na vida política brasileira em dado momento histórico, a respeito da idéia de um tribunal constitucional no Reino luso-brasileiro, muito embora conduzido por uma história marginalizada, sem demandar aos desenvolvimentos ulteriores a que se referem à evolução da jurisdição constitucional no Continente.⁶ E esse momento histórico é particularizado na pretensão formal de um dos itens das lembranças e apontamentos do governo provisório de São Paulo, cujo trecho enfatizado encontra-se em revisão de literatura na obra: O movimento da Independência: 1820-1821, de Oliveira Lima, a saber, diplomata, crítico, letrado e apontado como o principal historiador da formação da nacionalidade brasileira e do período do Império.⁷

Para um pensamento constitucional brasileiro, no viés de Oliveira Lima, identifica-se uma preocupação já tardia, embora sob uma construção epistemológica da história, o momento da pré-independência, sem o mesmo dinamismo em que se produziram os paradigmas teóricos e as ideologias do Velho Mundo. Nesta ordem, a partir de um levantamento bibliográfico e assinalado por uma metodologia livre e exploratória sobre o tema, procura-se invocar o conteúdo dos textos históricos e doutrinários a fim de ilustrar as repercussões no pensamento jurídico constitucional, apresentando ainda uma análise crítica entre os argumentos sobre a importância da questão em apreço.

2 Da agitação constitucional

Nesta primeira parte do estudo tratar-se-á brevemente sobre as questões gerais, vale dizer, os primeiros passos que se pode chamar formalmente de pré-constitucionalismo brasileiro; a repercussão do “vintismo” ora em Portugal, ora no Brasil, a ascensão do movimento constitucional monárquico e, por último, o contexto da Família Real na véspera do Constitucionalismo da Cortes em Portugal, a fim de contextualizar a finalística que encerra a pesquisa.

Primeiramente, versa Lima (1997, p.65) que o reclame em Portugal pela “nova ordem das coisas” no Brasil, expressamente, sugerida pela Província do Pará, fora insuflada por Patroni, estudante brasileiro de Coimbra, que cumpria tal desiderato como representante de seus conterrâneos.⁸

Embora ainda a agitação constitucional, como bem patenteia o capítulo do livro de Oliveira Lima, já guardasse vozes a princípio na malfadada Rebelião de 1817 de Portugal, e posteriormente nos periódicos: O Português e o Investigador Português em Inglaterra, as

quais eram matérias articuladas pela alta classe portuguesa que ora sentia-se desprestigiada pela Coroa portuguesa instalar-se no Brasil, ora por permutar a posição de Portugal a Colônia, cuja problemática veio a desencadear-se no Movimento de 1820, com fulcro político na cidade do Porto, daí a sua principal reivindicação consistir-se na Convocação das Cortes, não pelo rei português, mas pelo povo português que se autoconvocaria e escolheria viver sob uma monarquia constitucional (SOUZA, 1999).^{9 10}

É bem verdade que no Brasil, a existência e articulação das Cortes provinciais é consequência de uma série de acontecimentos, a exemplo da insatisfação econômica dos portugueses da colônia e, dentre outros fatos, do referido “vintismo” lusitano, mas veja-se, *verbi gratia*, o jornal lisboeta O Cidadão liberato, datado de 1º de janeiro de 1821, ao qual, conforme Lima (1997, p.75): “se externava em favor independência mútua dos governos de Portugal e Brasil, ficando Dom João VI no Rio de Janeiro, ali outorgando uma constituição livre ao reino ultramarino e mandando Dom Pedro na qualidade de rei constitucional de Portugal”, e o Revérbero Constitucional Fluminense, lançado em setembro de 1821, que se contrapondo ao antigo ministério de D. João VI, acusava-o de despotismo, e defendia uma constituição a ser realizada no Rio de Janeiro, naturalmente, tratava-se dos interesses portugueses, cuja corrente constitucionalista se firmara no Brasil (SOUZA, 1999).¹¹

Em verdade a concepção da “independência brasileira precedera o estabelecimento em Portugal do regime constitucional”, como quer Lima (1997, p.74), haja vista as revoltas, movimentos, separatistas, dentre outros tantos, que se espalharam pelo Brasil. Em dado momento, ouvira-se da representação brasileira nas Cortes lusitanas, conforme registra Tomaz (1986, p.79): “A voz da independência, Senhores, desapareceu no Brasil logo que raiou no horizonte de Portugal o novo astro”, assim exaltava ainda Muniz Tavares segundo Tomaz (1986, p.79) que a: “garantia que os democratas brasileiros entendiam interessar mais ao Brasil a Constituição do que a independência – e a declaração de D. Pedro ao rei de que não apoiaria a independência mais fixava no seu espírito esta convicção”.

Lima (1997, p.67) vai dizer ainda que no Decreto datado de 18 de fevereiro de 1821, Dom João VI, procurando minimizar os acontecimentos, resolvera enviar Dom Pedro IV (I no Brasil) para Portugal, repetindo as palavras de Viveiros de Castro, tivera como consequência o primeiro projeto governamental de uma Constituinte nacional. Senão veja-se em Lima (1997, p73):

O decreto anunciava a partida do príncipe real para Lisboa, sem poderes para aprovar em nome do soberano a Constituição que ali fosse elaborada e, convocando para o Rio em cortes privativas os procuradores das câmaras das cidades e vilas de

juizes letrados, destituía ipso facto de representação boa parte do país, mesmo para o exame das disposições orgânicas que deviam ser aplicáveis aos domínios ultramarinos.

Sofriam assim restrição na sua amplitude as promessas, ou antes, garantias constitucionais feitas ao Brasil: de onde, combinando-se esta com a outra falha da falta de poderes, da qual se doeu o elemento português e com razão, desde que a Constituição ia ser obra da nação e não dádiva do soberano, a agitação pelo juramento das bases e por fim pelo juramento prévio de todo o instrumento, exigido pelo pronunciamento militar e civil de 26 de fevereiro.

É importante registrar o que pensava a elite colonial portuguesa, ao que El-rei fora informado pelo comandante da polícia, com relação ao Decreto de 18 de fevereiro, manifestamente sobre a ida de D. Pedro, que o mesmo, conforme Lima (1997, p.75): “fora mal recebido e que já se falava descaradamente que o que queriam era a Constituição de Portugal”.

Também fala do episódio da assembléia dos eleitores fluminenses ao que Lima (1997, p.68) assinala ter sido a formação do constitucionalismo brasileiro de rápida evolução. O fato é que os constitucionalistas reivindicam o reconhecimento do legislativo constituinte, daí a expressão que antecederia à proclamação do Ipiranga, cujo juramento estabeleceram entre si: Constituição de Portugal ou a Morte, e, para tanto, entre os meses de fevereiro e abril de 1821, o Rio de Janeiro conheceu duas manifestações ocupando a praça do Comércio, a que se refere Oliveira Lima.¹² na primeira D. Pedro é aliado pelo carisma e pela representação dos anseios daquela elite constitucionalista, na segunda o Príncipe, entre o dia 26 de fevereiro e o Sábado de Aleluia, encerra o movimento de participação política e o uso da esfera pública com o recurso da violência contra o que chamava de abuso e anarquia, de toda a figura de D. Pedro já se delineava para os anseios primários do constitucionalismo das elites, que na esfera da representação política falariam em nome da população; para Souza ainda (1999, p.98): “[...] pouco depois, em 1822, o Largo do Rocio foi rebatizado de Praça da Constituição, nome que só foi mudado pela República, em 1890, para Praça Tiradentes”.

Direciona-se agora os fatos para a Família Real a que se ocupa Oliveira Lima a iniciar pelo apoio das tropas militares¹³ ao então príncipe para o movimento constitucional, ao que anota Lima (1997, p.79) ter o príncipe real ponderado que a Constituição portuguesa ainda não atingiria seu turno “e que a Constituição para o Brasil ia ser convenientemente estudada por pessoal habilitado e de escolha popular, pois que as câmaras municipais representavam tradicional e fielmente o terceiro estado”.

Mas em 26 de fevereiro de 1821 dá-se a reunião da Câmara na sala do Teatro São João em virtude do decreto lido por D. Pedro na varanda do teatro. Com efeito, D. João garantia a sanção da constituição para adotá-la em todo o Reino, ao que assinala Lima (1997, p.82): “As Cortes de Lisboa exultaram com o sucedido, mas não menos exultou o jovem príncipe que figurava de verdadeiro dador ao Brasil da constituição por ele proclamada do terraço do teatro de São João”.

Entretanto, não tardou para que a Família Real se despedisse do Brasil e inaugurava o decreto de 7 de março para o qual eram mandados eleger em todo o Brasil de acordo com o processo da lei orgânica espanhola, os deputados procuradores que deviam acompanhar o soberano às Cortes gerais do Reino Unido, cujo ponto de embarque fosse o Rio de Janeiro e que já se achassem eleitos na data da partida real (LIMA, 1997, p.84). E conforme salienta Lima (1997, p.82):

Este decreto, apologético de uma constituição política 'conforme os princípios liberais que pelo incremento das luzes se acham geralmente recebidos por todas as nações', declarava ser 'a primeira e sobre todas essencial condição do pacto social, nesta maneira aceito e jurado por toda a nação, deve o soberano assentar a sua residência no lugar onde se ajuntarem as Cortes, para lhe serem prontamente apresentadas as leis que se forem discutindo, e dele receberem sem delongas a sua indispensável sanção'.

É bem verdade que para a vida brasileira havia agitação, senão anarquia, ao que remonta Lima (1997, 84): “Como porém governar um país que de fato se achava numa interinidade constitucional?”. De modo categórico se expressava ainda Lima (1997, p.88): “As soluções radicais pertencem sempre às minorias e a minoria 'brasileira' via que o rei ainda era o maior obstáculo à separação”. E, sobre o reboiço esmerava-se Lima (1997, p.89):

A manifestação em favor da adoção provisória da constituição espanhola, para que o Brasil não ficasse sem uma lei fundamental de garantias, foi porém, sob instigação daqueles tribunos, feita coletivamente pela maioria, assim ganhando em imponência. Brasileiros e portugueses, fascinados pela liberdade, uma vez mais fundiam suas aspirações, sem arcas encouradas, para não imolarem aquilo que já tinham teoricamente conquistado em matéria de franquias constitucionais. Não deixavam contudo esses de ter oposição, formada pelos partidários da regência, melhor dito, os adeptos do regente e do ministro que ia ser seu mentor - Arcos -, os quais viam os destinos do país em excelentes mãos e não descobriam necessidade de garantias, e pelos que no Brasil só queriam enxergar um escravo submisso.] Ressurgiu a idéia de uma junta fiscal do governo, que servisse de contrapeso à autoridade dos ministros escolhidos pela coroa os votos da assembleia foram levados à Quinta da Boa Vista por uma delegação composta de dois desembargadores, um sacerdote e um lente. El-rei cedeu no tocante à Constituição de Cadiz, que impediria o desgoverno, mas reservou seu parecer sobre a junta ou conselho para depois da sua organização. Tudo isto levou naturalmente tempo,

acrescendo que chovia a cântaros e a delegação começou por ir ao Paço da Cidade, como se houvesse a probabilidade de encontrar Dom João VI junto da sua esposa.

Por último, assinala Lima que o soberano revogara a Constituição de Cadiz por estas plagas vigente no dia 22 de abril, antes de embarcar para o Reino em 24 do mesmo mês e concedia a regência ao filho, cuja vontade se afirmara por um ato destemperado que sacudia sobre as cãs de seu pai uma responsabilidade que veio afinal a recair sobre a sua fronte juvenil (LIMA, 1997).

3 Da política das Cortes e da representação brasileira na Assembléia de Lisboa

Em linhas gerais, a política das Cortes viria como garantia do regime constitucional, emanada do decreto de 18 de abril de 1820, porquanto reconhecia as juntas criadas nas províncias brasileiras em virtude do estabelecimento do regime constitucional; já o decreto de 22 de novembro do mesmo ano mandava proceder no Reino do Brasil a eleição de deputados ao Soberano Congresso Constituinte (LIMA,1997). Veja-se agora a imagem dos representantes brasileiros na Assembleia de Lisboa.

Lima (1997, p.149) afirma que a: “qualidade da representação brasileira nas Cortes de Lisboa prova que o Brasil se achava madura para a vida independente”, e embora já alguns formados na antiga colônia, outros a compunham com ensino superior em Coimbra, dentre eles: Vilela Barbosa, Araújo Lima, Cipriano Barata, Antônio Carlos Andrada e Silva, este último, levava as instruções, “compreensíveis e notáveis” de autoria do irmão, José Bonifácio de Andrada e Silva, com as relevantes e nativistas idéias que delineariam a especialidade brasileira no texto constitucional. Neste sentido Costa (1986, p.119) assegura:

O texto Lembranças e Apontamentos, subscrito por todos os membros e vogais do Governo Provisório de São Paulo e que serviu de diretriz para os deputados paulistas, tem sido em geral atribuído a José Bonifácio, dada a coincidência da matéria com seus pontos de vista emitidos em outras ocasiões. Longe de revelar intenção separatista, aceitava o princípio da integridade e indissolubilidade do Reino Unido, assegurada a igualdade de representação nas Cortes Gerais e Ordinárias. Tratava de ressaltar princípios liberais, procurando preservar as vantagens conquistadas pelo Brasil desde 1808, em particular a autonomia administrativa.

No primeiro capítulo das instruções derivadas da deputação paulista, chamado o Império lusitano: “recomendavam-se a integridade e indivisibilidade do Reino Unido e a igualdade dos direitos políticos e civis dos seus respectivos cidadãos”. O Andrada, Antônio Carlos, já dissera em seu juramento prestado no Congresso, segundo Tomaz (1986, p.82): “Os

povos do Brazil são portuguezes, como os povos de Portugal, e por isso hão de ter iguaes direitos”.

Mas preciosa informação se dava com relação à formação histórica do controle de constitucionalidade luso-brasileiro, sob a vigilância de um corpo de censores que demandariam à prática de atos inconstitucionais a um “grão-jurado nacional”, da qual eles mesmos fariam parte ao lado de deputados, membros do tribunal supremo de justiça e conselheiros de Estado, senão veja-se em Lima (1997, p.155):

Além dos três poderes - legislativo, executivo e judiciário - haveria um quarto, que não era o moderador [grifo nosso], e sim constituído por um corpo de censores que, eleitos do mesmo modo que os deputados e fazendo vezes de poder verificador destes representantes, agiriam como fiscais com relação à invasão de um dos poderes nas atribuições de outro, levando qualquer ato inconstitucional perante um "grão-jurado nacional", por eles próprios nomeado e formado em partes iguais de deputados, membros do tribunal supremo de justiça e conselheiros de Estado, estes escolhidos pelas juntas eleitorais das províncias, à razão de um pelo menos por província, para certo tempo. A esses censores pertenceria igualmente pronunciarem a suspensão dos ministros do executivo e dos magistrados, obrando a requerimento das Cortes.

Vale conferir com o texto original organizado à ordem cronológica dos documentos, sob o título de Lembranças e apontamentos do Governo Provisório de São Paulo para os deputados da Província (9 e 10 out. e 3 nov. 1821), conforme Bonavides e Amaral (1996, p.277), em Textos políticos da História do Brasil, no sexto dispositivo:

6º Pois que a Constituição tem um Corpo para Querer ou Legislar; outro para obrar e Executar; e outro para aplicar as Leis ou julgar; parece preciso para vigiar estes três Poderes a fim que nenhuma faça invasões no Território do outro, que haja um Corpo de Censores de certo número de Membros eleitos pela Nação, do mesmo modo que os Deputados em Cortes cujas atribuições serão: 1º conhecer de qualquer ato dos três Poderes que seja inconstitucional, cujo juízo final se faça perante um Grã Jurado Nacional, que será nomeado pelo Corpo de Censores em número igual dentre os Deputados de Cortes, Conselheiros de Estado, e do Tribunal Supremo de Justiça; 2º verificar as eleições dos Deputados em Cortes antes que entrem em função; 3º fazer o mesmo a respeito dos Conselheiros de Estado, cujo Conselho será composto de Membros nomeados pelas Juntas Eleitorais de Províncias, depois das eleições dos Deputados, nomeando pelo menos cada Província segundo a sua Povoação um Conselheiro de Estado, que servirão por certo tempo e se renovarão por metade ou terço tirados à sorte. Esses Conselheiros serão nomeados em número igual pelo Reino de Portugal e Estados Ultramarinos, seja qualquer a Povoação atual ou futura dos Estados da União; 4º finalmente pronunciar a suspensão dos Ministros do Poder Executivo e dos Magistrados a Requerimento das Cortes ordinárias etc.

O constitucionalista Martonio Mont'Alverne Barreto Lima vai considerar que este fato assinala um conhecimento das origens intelectuais no Brasil, apontando a originalidade científica que demanda quase todos os momentos da vida institucional brasileira, e leciona ainda, que a respeito da formulação de uma corte constitucional, a proposta da deputação

brasileira é inusitada e reveladora de que, inerente a referido tópico de estrutura institucional do estado, a jurisdição constitucional não é um tema pacífico (LIMA, 2005). E sobre esse assunto deseja-se analisar no tópico seguinte.

Outra questão deveras importante dá-se com relação à Administração da Justiça no Brasil, fato que se desagregava o bom entendimento entre o Reino luso-brasileiro, como adverte Lima (1997, p.157-158):

[...] passou a assembléa constituinte ao terreno judiciário, afim de privar o reino do Brasil dos tribunais superiores com que o dotara o governo de Dom João VI e que lhe davam todos os meios legais de prover à sua própria justiça. Esquecia Portugal - conforme relembra Armitage - que no manifesto dirigido às nações da Europa para justificar a revolução que reclamava o regresso de el-rei, uma das queixas formuladas era que "a justiça estava sendo administrada com muita lentidão e despesa, na distância de 6.000 milhas". Agora se pretendia, com sutil ironia por certo, que a remoção dos tribunais superiores para Lisboa multiplicaria as relações e estreitaria os vínculos da união entre os dois países.

Em verdade as propostas dos constituintes portugueses detinham o pendor de recolonizar o Brasil, ainda que isso não ousassem expressar publicamente os patricios lusitanos (LIMA, 1997).¹⁴ Novamente em questão a pauta do Judiciário e grande celeuma se firmara principalmente pela deputação baiana que ensejava intransigente a independência do Judiciário, embora para alguns parlamentares brasileiros era conveniente a jurisdição em Lisboa do que no Brasil, manifestamente, porque esses mesmos deputados, ora por questões de interesse particular, ora por ojeriza aos agentes da função jurisdicional do Estado brasileiro. O certo é que se versará ainda das prerrogativas da Coroa portuguesa não chegando ao consenso quanto ao foro judicial.

Como bem informa Lima (1997, p.159), o vintismo “foi essencialmente a explosão do orgulho machucado”, queriam pois os constituintes lusitanos vingar a soberba ofendida impondo ao Brasil a prévia disciplina mas sobretudo atingindo a vaidade o príncipe real, “notando-lhe publicamente a falta, aliás exata, de educação e ditando-lhe como a um pupilo a maneira por que devia completá-la, visitando e estudando os países do ocidente europeu, escolas de constitucionalismo embora limitado”. Nesse sentido afirma Barreto (1977, p.88): “[...] na elite luso-brasileira das primeiras décadas do século XIX, a idéia de que os destinos do Brasil e Portugal estavam inseparavelmente identificados. José Bonifácio, [...] deveria marchar para o fortalecimento do poder central para a construção de um grande império.”

Em conjunto os representantes brasileiros entendiam que, como quer Tomaz (1986, p.82): “o debate dos problemas brasileiros só poderia fazer-se numa atmosfera autêntica de constitucionalismo se se aceitasse a paridade plena dos dois reinos”. As alfinetadas, entre os

parlamentares constituintes luso-brasileiros desencadearam em discórdia para o melhor êxito do processo de independência brasileira, mas como lembra Lima (1997, p.165) “em vez de anarquia reinar a ordem no processo de separação”,¹⁶ ou como quer, finalmente, Tomaz (1986, p.76): “O processo vulcânico da independência do Brasil acabou por dar razão a uns e a outros. Aos portugueses precisamente porque a temiam. Aos brasileiros porque nela acharam o meio mais eficaz de dissipar o fantasma do colonialismo”.

Daí o compromisso do patriarca da Independência com o constitucionalismo pátrio, José Bonifácio surge como ideólogo da legislação do Império: é um estadista que se preocupa em abstrair um sentido para o pensamento jurídico constitucional brasileiro, formando-lhe um corpo homogêneo, tanto institucional quanto civil (CUNHA, 1986).

4 Argumentações para um Tribunal Constitucional no pensamento brasileiro

Nesta parte deseja-se tratar a respeito da jurisdição constitucional no Reino Unido a partir das possíveis argumentações que se fundam em sua negativa, para que se possa devolver um repasse crítico das principais idéias.

Uma questão podem afirmar seus opositores: não havia ainda um pensamento original ou em formação sobre a concepção de um tribunal constitucional. Ora, a idéia propalada por José Bonifácio à Comissão paulista que se fez representar na Corte Constituinte de Lisboa em 1821 a respeito de um tribunal constitucional do Reino Unido luso-brasileiro, embora primária, traduzia uma idéia noticiada que se levaria à discussão com vistas a uma potencial concretização do referido órgão jurisdicional, porquanto o plano per se notava-se oficializado ou formalizado, qual seja um órgão com legitimidade dos membros indicados pela Assembléia com mandatos fixos e com competência para julgamento de autoridades e de atos que exorbitassem a esfera regular de cada um dos poderes.

Além disso, a ausência de teorias àquela altura, sobre um órgão constitucional, não comprometia o cerne político lançado por José Bonifácio. Se já não se exauria uma teoria a respeito, dado o desconhecimento de um pensamento específico sobre cortes constitucionais, não quer dizer, sob o ponto de vista concreto, que a idéia de criar-se tal instituição não tivesse nenhuma valia, ou seja, se tal desiderato não fora original, fora ao menos vanguardista.

Resta lembrar, outrossim, embora uma teoria a respeito da jurisdição constitucional era inexistente àquele período, que outra, porém, estava bem difundida, a de uma supremacia do direito fundamental, cuja evolução condensaria mais tarde o Tribunal Constitucional austríaco, aos moldes kelsenianos, teoria, pois, que em síntese repassa Baracho (2005, p.477):

A doutrina mostra que a idéia de um direito superior difundiu-se com as concepções da escola do direito natural de Santo Thomas à Grotius e Puffendorf. Contrapõe-se, no século XVIII, ao absolutismo da lei, expressão da soberania. O projeto do “*jure constitutionnaire*”, elaborado por Sieyès influenciou a argumentação de Alexandre Hamilton, tendo repercussão em 1795, sendo que na Alemanha aparece concepção sobre um “Tribunal do Império”. Concepções liberais ocorrem no Projeto de Constituição de 1848, com a inclusão de um Tribunal Constitucional Federal competente para controlar as questões entre Estados, as leis do império e os recursos que invocam a defesa dos direitos fundamentais. O princípio da supremacia constitucional não encontrara formulação definitiva, senão após a primeira guerra mundial, no quadro da Escola de Viena.

Outro aspecto que se poderia controverter: o fato de não ter se concretizado tal empresa justificaria a obscuridade da idéia. O argumento pela ausência de concretização do Tribunal Constitucional naqueles idos será sempre falho sob o plano das idéias e das concepções teóricas, porquanto o prisma da evolução das idéias, das construções filosóficas aos teoremas científicos, parte-se, regularmente, de uma concepção transcendente ou da idéia de algo e não de algo em si próprio, até mesmo o fenômeno reflexivo a partir da realidade deverá volver à transcendência a fim de construir ou reconstruir a idéia sobre algo.

A proposta de um Tribunal Constitucional, aos moldes da vida contemporânea no Continente, em contraposição à plataforma política naquele instante lançada, por si mesma justificaria uma potencial concretização do órgão jurídico-constitucional, sobremodo pelos pontos em comum em que se delineiam o “grão-jurado nacional” e as teorias que conformam um órgão constitucional.

Além disso argumentariam os oponentes: pode-se dizer que a teoria a respeito da jurisdição constitucional se inicia com Kelsen, mas já não pode dizer que uma idéia política serviu de para justificar uma teoria a respeito. É claro que não se entende, em momento algum, sugerir a superação por Kelsen de uma teoria da jurisdição constitucional a partir do modelo proposto na Corte constitucional de 1821, séria o mesmo que confundir a fórmula com o produto. A escola de Viena e seu protagonista jurídico resguardam o seu momento e seu lugar em dada realidade histórica. O que não resta dúvida, quer o Continente ou não tido conhecimento a respeito, é que a idéia fora lançada com expressiva configuração em certo momento e lugar; em determinada realidade histórica do pensamento político-jurídico brasileiro.

Dentre outras polêmicas, arriscariam ainda os adversários: que a proposta é insignificante para a construção teórica do Tribunal Constitucional. Este argumento é depreciativo, senão estigmatizante para todo e qualquer pensamento supostamente periférico,

manifestamente, latino-americano. Como assinala também Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (2005, p.621):

[...] cem anos antes de Kelsen, existiu no Brasil a proposição de um tribunal constitucional a ser adotada para o Reino Unido luso-brasileiro Não desejo deter-me no ambiente a respeito da ausência de reconhecimento de originalidade intelectual no Brasil – que sempre houve, embora negligenciado pela força das correntes que procuravam explicar o Brasil por intermédio das noções antropológicas européias e americanas

Aliás, o mesmo espírito de reproche fora vinculado no tempo da deputação brasileira em Portugal, quando os reinóis manifestavam o desprestígio das propostas brasileiras e, não raro reivindicatórias, para uma Constituição unificada, cuja representação paulista como quer Santos (1986, p.160) ao remontar a delegação de São Paulo para fazer frente às mentalidades européias: “[...] figuras primaciais da cultura e da ciência brasileiras, cuja atitude lá nas agitadas sessões da Constituinte Portuguesa deveriam ser, logo após, o primeiro sinal de alarma para os brasileiros e a indicação franca do caminho a seguir.” Assim é que a cultura política e os valores pátrio alcançaram alguns efeitos do ponto de vista ideológico dentro do qual se solidificou o Estado brasileiro.

5. Conclusão

À guisa de término da pesquisa, procura-se reconstruir a idéia de um tribunal constitucional a partir de um pensamento corolário da história brasileira, em manifesta revisão literária da obra de Oliveira Lima, O movimento da Independência: 1820-1821 (1922), vale dizer, considerando o contexto em que se afirmou a proposta de um tribunal constitucional para o reino luso-brasileiro.

De logo é preciso considerar a Revolução do Porto, em agosto de 1820, embora nestas plagas brasileiras a difusão dos fatos ocorrera tão-somente em outubro desse mesmo ano, dois aspectos devem ser levados em consideração com relação ao movimento de 1820: primeiro o advento da doutrina liberal, que no Brasil chegara através dos acadêmicos regressos de Portugal com a divulgação das obras de seus ilustres escritores (Montesquieu, Locke, Rousseau), ou liberadas pela Real Mesa Censória, ou ainda através de troca com as embarcações que no Brasil surgiam de toda sorte, e segundo pela manifestação na imprensa, destacando-se os periódicos como O Português e o Investigador Português em Londres, bem como o Cidadão Liberato no Reino e no Brasil o Revérbero Constitucional Fluminense,

sobretudo para a formação do pensamento constitucional, primeiro em razão do liberalismo à idealização da Monarquia Constitucional portuguesa, depois para o espírito separatista, quando já se descobriu a real intenção da Constituição portuguesa em recolonizar o Brasil.

No que tange à Família Real portuguesa, Oliveira Lima ostenta a lassidão do soberano ao considerar a abertura para o Constitucionalismo monárquico, em episódio memorável ocorrido no Teatro São João, bem como a formação de Juntas representativas para acompanhar El-rei à Corte de Lisboa, dando lugar também à diminuta vigência da Constituição de Cadiz no Reino luso-brasileiro e a designação da regência ao Príncipe Real sobre o Brasil.

Com relação à Política das Cortes reconhecia D. João VI as juntas criadas nas províncias brasileiras em virtude do estabelecimento do regime constitucional, ao passo que mandava proceder no Reino do Brasil a eleição de deputados ao Soberano Congresso Constituinte.

Da discussão dos parlamentares pode-se retirar trechos importantíssimos para a história do constitucionalismo luso-brasileiro, a exemplo da idéia de composição de um tribunal constitucional, bem como o delineamento de políticas voltadas para o Brasil e, sobretudo a igualdade entre portugueses e brasileiros como questão essencial ao constitucionalismo entre os Reinos.

Evidencia-se o malfadado desencadeamento no processo constituinte na Assembléia, sobretudo no que tange à instância jurisdicional entre os Reinos, cuja sede fazia questão que tão-somente em Portugal se estabelecesse, sob a proposta de findar-se os Tribunais de Relação no Brasil passando todos à Supremacia da Corte de Suplicação portuguesa. Para tanto, o problema não se dera por encerrado, enveredando a discussão dos parlamentares a um desgaste, porquanto a autonomia da função jurisdicional no Reino do Brasil autenticaria a gestão autônoma e financeira de seu próprio foro judicial. Em verdade toda a falácia do constitucionalismo português visava à desprestigiar a representação brasileira bem como a proposição de políticas públicas de ingerência sobre o Brasil, o que por fim fomentou o processo de independência nacional.

As discussões em torno da proposta a respeito de um tribunal constitucional tem por escopo a contradição nos principais argumentos que negariam a existência de uma sugestão para uma corte constitucional no Reino Unido. A idéia primária atribuída, historicamente, a José Bonifácio de Andrada e Silva, demandava uma potencial criação do órgão constitucional, ao passo que uma teoria sobre a supremacia constitucional já era contemporânea e em desenvolvimento.

Embora não se tenha concretizado àquele período o tribunal constitucional, isto não implica dizer que este não fosse autêntico no plano das idéias, uma vez que se pode estabelecer o intento potencial sobre a jurisdição constitucional no Reino apesar da inexistência teórica para os tribunais constitucionais, tampouco se poderia menosprezar o fato em detrimento de um pensamento existente e fundamentado na vida política liberal brasileira.

Notas

1 Ianni (2004, p.180) assevera que: “Sob o aspecto social, racial, regional e cultural, entre outros, continua em aberto a questão nacional. Em perspectiva ampla, a história do Brasil pode ser vista como a de uma nação em processo à procura de sua fisionomia. É como se estivesse espalhado no espaço, dispersa no tempo, buscando conformar-se ao novo, encontrar-se com a própria imagem, transformar-se em conceito.”

2 Neste sentido, veja-se o aspecto compreensivo da identidade histórica brasileira, a exemplo dos descobridores ou dos imigrantes que constroem em terras brasileiras um novo estado mnemônico, porquanto o modo de fazer, certamente, sofre alterações que incluem seu olhar de estrangeiros sobre a nova terra e incluem também o modo como essa nova terra vai se deixar fundar, transformando-se num outro lugar, que não é nem a Europa, nem “a visão do paraíso”, mas que as contém (BACKES, 2000, p.146).

3 Sob o viés histórico-psicanalítico, a questão do sujeito, da imagem e da reflexão social que se faz sobre ele, é complexa, como bem se pode abstrair do texto de Backes (2000, p.148): “O pataxó não é 'o antropófago' nem o 'o bom, belo e inocente selvagem', tampouco 'o destemido, corajoso amante da liberdade'. É algo outro, uma imagem outra modificada pelo contexto atual, assim como foram modificadas as imagens do índio brasileiro através dos discursos, narrativas, representações dele feitas ao longo da história. Os indivíduos não são refratários ao liame social; ao contrário, recebem seus efeitos, assim como atuam nele. Enfim, ser brasileiro é obra do desconhecido, negado, recalçado, esquecido... como aliás, tudo aquilo que escapa à soberania do sujeito consciente e só se revelará involuntariamente”.

4 Esclarece Saldanha (2000, p.2): “[...] o pensamento constitucional, sobretudo na medida em que possui uma história, tem sido ideologia, pretensão revolucionária e filosofia política, embora tendo também sido (mais tecnicamente) teoria jurídica”.

5 Reale, por sua vez, vai decantar o pensamento filosófico pátrio, assinalando que enquanto o Brasil se limitou passivamente a ser influenciado pela filosofia do Ocidente, não havia filosofia brasileira mas uma projeção do Ocidente, entretanto quando passamos a perguntar: na maneira de ser influenciado – questiona Reale – não existe algo de próprio? Começamos a tomar consciência daquilo que é nosso. Então se pode falar na filosofia brasileira, que significa a tomada de posição do brasileiro perante a Filosofia (REALE, 2000, p.22).

6 Valladão (1977, p.66) considera, por exemplo, que: “costumes propriamente jurídicos não deixaram quase vestígios em nossa legislação. O direito português dominou soberano, varrendo todas as legislações aborígenes, não se deixando influenciar por elas nem lhes aproveitando qualquer conteúdo de modo relevante, diferença de estágios culturais, além da natureza inicialmente predatória da colonização portuguesa, talvez explique essa imunidade do direito português a qualquer influência duradoura de instituições indígenas.” Com efeito, Valladão (1977, p.66) vai chamar este processo de: “transplante do Direito Ibérico para o Continente Americano”.

7 Embora avalie Saldanha (2000, p.9): “De fato, só eventual e excepcionalmente é possível enfrentar o pensamento constitucional reduzido a uma análise formal, isto é, despojado de vínculos ideológicos ou de preferências e inclinações. Em princípio, ele se liga à defesa político-jurídica de algum valor, encaixado num determinado modo de conceber o Estado, a sociedade, os processos sociais.”

8 Para Reis (1986, p.195): “[...] ocorreu, quando, chegado de Lisboa, o estudante universitário Felipe Alberto Patroni Martins Maciel Parente promoveu reuniões na loja do comerciante José Batista da Silva, concertando o pronunciamento da Amazônia em favor da decisão política que se afirmava em Portugal para por fim ao absolutismo e iniciar a experiência liberal. Obtida a adesão de oficiais da guarnição, em particular os coronéis João Pereira Villaça e José Rodrigues Barata, que comandavam os dois regimentos de infantaria sediados em Belém, a 1º de janeiro de 1821 ocorria a deposição da Junta e a organização de uma outra que se davam os primeiros passos, no Brasil, na direção do regime liberal”.

9 Souza (1999, p.64-65) assinala: “Os rebeldes não queriam fundar uma república, antes se viam como um desdobramento da monarquia, buscando dar-lhe um estatuto constitucional, mas nunca desejaram superá-la.

.....
Eles procuravam repor, através da monarquia constitucional, a ordem anterior, de um tempo de outrora, em que o rei era querido e justo, em que o interesse do súdito era atendido, daí a intenção de criar um Conselho

Regenerador. Um livro publicado em 1818 condenou o movimento, atacando virulentamente a instauração de uma monarquia constitucional”.

10 Neste último escrevera José Liberato Freire de Carvalho apud Souza (1999, p.75) a respeito da política luso-brasileira: “Determinei-me logo a empregar todas as minhas forças, para ver se neutralizava tão impolíticas como ingratas idéias. Sem, contudo, caminhar de salto, também estes, para maior segurança, não se devem dar em negócios da vida, comecei a mostrar lentamente como Portugal não merecia ser tratado como colônia, e que para conservar contente e feliz, era preciso dar-lhe leis compatíveis com a situação, e até com as luzes do século. Para isto, enfim, era necessário, como preliminar, restituir-lhe a sua primitiva Constituição política, para que, por meio dela, pudesse conservar a vida, que perdera, mudando-se-lhe o assento do governo para o Brasil...”

11 Para melhor compreensão das idéias difundidas no pré-constitucionalismo político brasileiro e seus aspectos semânticos, reputa-se importantíssimo a leitura de Corcundas e constitucionais: a cultura política da independência (1820-1822) de Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves, publicado por Renan/Faperj, Rio de Janeiro, 2003.

12 Souza (1999, p.101) dispõe sobre o movimento da Praça do Comércio: “Em conjunto, encaminharam a proposta de adotar a Constituição espanhola inteiramente para reger a sociedade, até que a nova Constituição portuguesa ficasse pronta. Queriam também a instalação de uma junta provisória, redefinindo e redistribuindo o poder entre as câmaras, o governo provincial, o conselho de Estado aí criado e o príncipe”. E ainda Souza repetindo José da Silva Lisboa (1999, p.102) o que se ouviu da massa popular naqueles idos, fitando a celeridade da ordem constitucional: “renovou-se a gritaria em que a multidão dos que cercavam os arquibancos dos eleitores bradavam que se estabelecesse a Constituição da Espanha”.

13 Para as tropas e para o povo que aclamaram a constituição portuguesa ou espanhola, assinala Lima (1997, p.81): “significava para os do reino europeu a continuação da união e para os do reino americano a cessação de uma enfiada de abusos e de iniquidades, mormente cometidas por uma polícia despótica e irresponsável.”

14 A este respeito informa ainda Lima (1999, p.158): “Gomes de Carvalho nota que foi a própria comissão de constituição composta dos regeneradores de primeira grandeza - Fernandes Tomás, Borges Carneiro e Moura, o maior orador da constituinte - a que propôs o fechamento dessas cortes de justiça e das juntas superiores de administração às quais fizera jus a elevação da colônia a reino. O argumento velhaco de Fernandes Tomás para abolir esses títulos e recursos brasileiros era que Lisboa não ficava afinal de contas mais distante de muitas províncias do Brasil do que o Rio de Janeiro, sendo talvez mais fáceis as comunicações transatlânticas do que as que tinham lugar ao longo da costa. A oposição do deputado fluminense Martins Basto fez porém adiar o debate para quando estivesse presente toda a representação brasileira (19 de setembro de 1821)”.

15 Afirma Tomaz (1986, p.96): “Nestas circunstâncias, puseram os deputados de S. Paulo a questão da sua presença no Congresso, em termos de legalidade: sendo dissidentes as províncias de S. Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e outras, requeriam a anulação das suas representações”.

Referências

ANDRADE, Oswald. **Pau-Brasil**. 5a.ed.Rio de Janeiro: Globo, 2000.

BACKES, Carmen. **O que é ser brasileiro?** São Paulo: Escuta, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, MORAES, Filomeno. **Direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.453-493.

BARRETO, Vicente. **Ideologia e política no pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

BENSAÏD, Daniel. **Marx intempestivo**: Grandezas y miserias de uma aventura crítica. Buenos Aires: Ediciones Herramienta, 2003.

BONAVIDES, Paulo, AMARAL, Roberto. **Textos políticos da História do Brasil**: v.1. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de edições técnicas, 1986.

CAMARGO, Enjolras José de Castro. **Estudo de problemas brasileiros**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1981.

- COSTA, Emília Viotti de. José Bonifácio: Homem e Mito. In: MOTA, Carlos Guilherme. **1822: Dimensões**. São Paulo: Perspectiva, 1986. p.102-159.
- CUNHA, Manuela Carneiro. **Antropologia do Brasil**: mito, história, etnicidade. São Paulo: Brasiliense - USP, 1986.
- FERNANDES, Florestan. **Mudanças sociais no Brasil**: aspectos do desenvolvimento da sociedade brasileira. 3a. ed. São Paulo: Difel, 1979.
- IANNI, Otávio. **A idéia de Brasil moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional e efetivação dos direitos fundamentais: uma discussão sobre a paz. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, MORAES, Filomeno. **Direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.617-636.
- LIMA, Oliveira. **O movimento da Independência**: 1821-1822. 6.ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- REALE, Miguel. Miguel Reale. In: NOBRE, Marcos, REGO, José Marcio. **Conversas com filósofos brasileiros**. São Paulo: Ed. 34, 2000.
- _____. **Por uma constituição brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- REIS, Arthur Cezar Ferreira. O processo de Independência no Norte. In: MOTA, Carlos Guilherme. **1822: Dimensões**. São Paulo: Perspectiva, 1986. p.187-204.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SANTOS, Francisco Martins dos. **História de Santos**. 2. ed. São Vicente: Caudex, 1986.
- SOUZA, Iara Lis Carvalho. **Pátria coroadas**: o Brasil como corpo político autônomo – 1780-1831. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.
- TOMAZ, Fernando. Brasileiros nas cortes constituintes de 1821-1822. In: MOTA, Carlos Guilherme. **1822: Dimensões**. São Paulo: Perspectiva, 1986. p.74-101.
- VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**. 3.ed. ver. atual., 1977.