

O COSTUME CONSTITUCIONAL NO BRASIL IMPÉRIO: ELEMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO?

THE CONSTITUTIONAL CUSTOM IN IMPERIAL BRAZIL: IS IT AN ELEMENT FOR CONSTRUCTING THE RULE OF LAW?

Luciene Dal Ri
Universidade do Vale do Itajaí (Brasil)

“Jurei a Constituição; mas ainda que não a jurasse
seria ela para mim uma segunda religião”.
Dom Pedro II, Diário, 31 de dezembro de 1861

Sumário: I. INTRODUÇÃO. - II. O COSTUME NO DIREITO DO BRASIL IMPÉRIO. - III. DO COSTUME CONSTITUCIONAL À CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO. - IV. O PODER MODERADOR SOB O SEGUNDO REINADO. - 4.1 Do exercício e limitação do poder moderador. - 4.2 Do auxílio do conselho de estado no controle de constitucionalidade. - V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resumo: O *status* do costume no regime das fontes do direito sofreu forte variação, com a formação do Estado moderno e a afirmação da pretensão monista no contexto dos países de civil law. Considerando o contexto jurídico brasileiro, questiona-se se o costume como fonte do direito constitucional brasileiro imperial contribuiu para a construção da segurança jurídica e do Estado de Direito. A análise ocorre voltada para o segundo reinado, por meio do exercício de competências atribuídas ao poder moderador. Utilizando da perspectiva histórica, em base à análise de fontes empíricas, obtém-se que a interpretação e o costume constitucional, no que concerne às competências do poder moderador, durante o segundo reinado, fortaleceram a construção do Estado de Direito.

Abstract: The status of custom in the regime of sources of law has undergone substantial variation, with the formation of the modern State and the affirmation of the monist claim in the context of continental European States and Civil Law. Considering the Brazilian legal context, the question arises whether custom as a source of imperial Brazilian constitutional law contributed to the construction of legal security and the rule of law. The analysis focuses on the second reign through the

exercise of competencies attributed to the moderating branch. Using a historical perspective based on the analysis of empirical sources, results that constitutional interpretation and custom regarding the competencies of the moderating branch during the second reign strengthened the construction of the rule of law.

Palavras-chaves: Costume, Constituição, Brasil Império, Segurança jurídica, Estado de Direito.

Key words: Custom, Constitution, Brazil Empire, Legal security, Rule of Law.

I. INTRODUÇÃO

O costume como mais antiga fonte do direito é um fato social que se entende como comportamento repetido no tempo pela convicção de ser necessário e devido. A noção de costume jurídico difundida na Europa continental deriva de forma clara da tradição jusromanista, baseada na *opinio iuris ac necessitatis* e da sua manutenção em período medieval.

As normas consuetudinárias são então a etapa anterior à lei e o caminho natural para ela, constituindo sua fonte última, certificando e sistematizando o complexo consuetudinário.

Tal consciência permitia ao costume *status* equiparado às demais fontes do direito. O *status* do costume no regime das fontes do direito sofreu, porém, forte variação, com a formação do Estado moderno e a afirmação da pretensão monista. Em tal pretensão, o Estado não mais concorreria para a criação das normas jurídicas e passaria a estabelecer o direito, por meio da confecção de diferentes tipos de normas, bem como pelo reconhecimento e controle das normas provenientes de outras origens, como aquelas de formação consuetudinária.

Essa alteração foi consolidada por meio da instrumentalização do papel do magistrado-juiz que deixa de ter certa liberdade de escolha, quanto a norma a ser aplicada ao caso concreto, e passa a ser parte do Estado, subordinado ao órgão legislativo. A atuação do magistrado-juiz encontra então vinculação estrita às normas emanadas pelo Estado ou por ele reconhecidas. Nesse movimento de expansão e reconhecimento, muitas das normas originadas por meio dos costumes, porém, foram absorvidas e reafirmadas em leis e decretos estatais, no âmbito dos diferentes ramos do direito.¹

¹ Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Editori Laterza, (1995) 2002, p. 87-94. Victor Tau Anzoátegui, *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, p. 17-39. Mario G. Losano, *Os grandes sistemas jurídicos*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 318; e António Manuel Hespanha,

O jusracionalismo iluminista e o liberalismo clássico fortaleceram o processo de positivação, ao defenderem, a partir do século XVIII, a supremacia da lei como um instrumento de oposição às tradições jurídicas do absolutismo e do *Ancien Régime*. Nesse contexto, procedeu-se à tendência de redução do direito à lei, dando sequência à tentativa de exclusão ou redução da importância das demais fontes do direito.

A concepção moderna e codificadora de constituição como ato voluntário e consciente, livre e decorrente da supremacia da autoridade da razão, conduziu à afirmação de constituições formais que não admitem fatos normativos espontâneos, decorrentes da atuação plural e cotidiana do coletivo, nem mesmo nas situações políticas que a constituição formal não possa disciplinar. A preponderância do direito escrito na modernidade, portanto, levou à situação de possível contrariedade entre manifestações do direito, como o costume e a lei, bem como entre o costume e a constituição.

Em especial, nos sistemas jurídicos europeus continentais, de Civil Law, como é o caso daquele português, observa-se o avanço e a sobreposição das normas estatais, junto com a formação do Estado. Tal movimento de reconhecimento e controle sobre as fontes do direito é refletido nas Ordenações Filipinas (1603) e posteriormente na Lei da Boa Razão (1769), com a subordinação das demais fontes do direito às normas emanadas pelo Rei. A afirmação de supremacia das leis e ordenações reais e a exigência de soluções para todos os casos levados a juízo, permitia o uso da analogia e dos costumes apenas como fonte subsidiária do direito, seguindo a pretensão monista de Estado-nação.²

A colonização portuguesa incidiu na expansão territorial de aplicação do seu sistema jurídico, caracterizando as bases do sistema jurídico brasileiro como de *civil law* devido aos elementos históricos e técnicos, como a difusão da área cultural latina, a construção da codificação e a definição de um regime das fontes do direito, em que impera a sobreposição da lei e a forte influência da codificação francesa e alemã.³

Cultura jurídica européia: síntese de um milênio, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009, p. 346. Ver também Luciene Dal Ri, “A tradição romanística em período medieval: entre práxis e esquecimento”, Revista Sequência (UFSC), v. 37, 2016, p. 269-294.

² PORTUGAL. Lei da boa razão, 1769: [Requisitos de validade do costume]. “E que o costume deve ser somente o que a mesma Lei qualifica nas palavras = *Longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar* = Cujas palavras Mando; que sejam sempre entendidas no sentido que correrem copulativamente a favor do costume; de que se tratar, os três essenciais requisitos: de ser conforme às mesmas boas razões, que deixo determinado, que constituem o espírito das Minhas Leis: De não ser a elas contrário em coisa alguma: E de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem anos”. Disponível em: www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf. Acesso em 25 set. 2021. Sobre a lei da boa razão, os costumes e o ensino do direito ver: Ruth Maria Chittó Gauer, A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772, Porto Alegre, Edipucrs, 1996, p. 68.

³ Tal influência é bem presente em direito civil (parte de contratos e obrigações), mas também em direito constitucional (federalismo cooperativo). Ver a coleção “Código Brasiliense”: coleta de legislação portuguesa aplicada ao território brasileiro, tendo sido

Com a independência brasileira, observa-se a necessidade e a expectativa de construção de um direito pátrio. A insegurança jurídica diante do possível vazio normativo ensejou a promulgação da Lei de 20 de outubro de 1823. A citada lei mantinha em vigor as Ordenações Filipinas, Leis, Decretos, Regimentos, Alvarás e Resoluções de Portugal, pelos quais o Brasil tinha sido governado até 25 de abril de 1821, bem como todos os atos legislativos promulgados desde então por D. Pedro I, enquanto não se organizasse um código ou as normas não fossem especialmente alteradas.⁴

O quadro normativo nacional correspondia àquele apresentado pelos demais países da América Latina, onde o processo de independência política acentuou a “crise do direito” e ensejou a produção legislativa autônoma. Esses dois fatores alimentaram o ideal de codificação que era identificado com o simplificar, atualizar e fazer conhecer a legislação vigente, orientando à uniformidade e à segurança jurídica.⁵

Neste contexto, em 1824, foi promulgada a constituição política do império do Brasil que em meio à forte dinâmica política e social do século XIX, manteve-se em vigor por 65 anos.

Diante do quadro exposto e considerando:

- a concepção da supremacia da lei, em oposição às tradições jurídicas do absolutismo e do *Ancien Régime* e o caráter subsidiário atribuído ao costume, enquanto fonte do direito;
- o contexto jurídico brasileiro do século XIX, proposto por Lima Lopes⁶ como de cultura jurídica relativamente erudita e “seriamente voltada para a prática e para a constituição de um direito nacional e liberal, aplicada para pôr de pé um Estado e um ordenamento para o país”;

organizada e publicada desde 1811. A legislação de D. João VI, no Brasil, é em grande parte voltada ao direito público. A experiência portuguesa diverge daquela espanhola que institucionalizou a construção em territórios espanhóis na América de práticas e de um direito local, por meio do “Direito das Índias”. O “Direito das Índias” é um direito construído pela prática (incluindo a dos tribunais), em temas que o *ius commune* permitia a regulamentação local, consuetudinária ou judicial. Ver Antonio Manuel Hespanha, Direito comum e direito colonial, Panóptica, ano 1, n. 3, 2006, p. 96.

⁴ Luciene Dal Ri. A construção da cidadania no Brasil: entre Império e Primeira República. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 11, n. 1, p. 7-36, jan./jun. 2010, p. 9 ss. Luciene Dal Ri; Myriam Benarrós, “Da constituição imperial ao esboço: a formação do direito brasileiro e o conceito de pessoa”, Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 910.

⁵ A “crise do direito” foi a motivação para as codificações europeias e encontrou espaço também na América Latina, diante de seu caótico quadro legislativo. Sobre a “crise do direito” e a codificação civil ver: Ugo Petronio, La Lotta per la codificazione, Torino, Giappichelli, 2002, p 105; Alejandro Guzman Brito, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, Santiago, 2006, p. 219.

⁶ José Reinaldo de Lima Lopes, O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 91.

- a afirmação de Carolina Lisboa que no Brasil imperial normas não escritas transformaram-se em instrumentos de atualização das instituições político-constitucionais, “promovendo mudanças sob o manto do conservadorismo, sob a crença da continuidade e da preservação”.⁷

Questiona-se se o costume como fonte do direito constitucional brasileiro imperial contribuiu para a construção da segurança jurídica e do Estado de Direito. A análise ocorre voltada para o segundo reinado, devido à sua maior longevidade e estabilidade constitucional, necessárias para o afirmar de normas consuetudinárias.

Com o objetivo de contribuir para o esclarecimento do problema exposto, analisa-se a experiência constitucional imperial brasileira, por meio da perspectiva histórica, em base à análise de fontes empíricas, como o texto constitucional, atos normativos e a doutrina constitucionalista e administrativista de sua época, partindo de uma perspectiva ampla de fontes do direito brasileiro e posteriormente se especializando no costume enquanto fonte do direito constitucional. A pesquisa é voltada especialmente ao segundo reinado e por meio do exercício de competências atribuídas ao poder moderador.

II. O COSTUME NO DIREITO DO BRASIL IMPÉRIO

A manutenção de parte do direito português em solo brasileiro, após a independência, implicou no amplo uso das Ordenações Filipinas (1603) e da Lei da Boa Razão (1769), que assim como outros instrumentos normativos, foram replicadas com valor de lei.⁸

As Ordenações Filipinas em seu Livro Terceiro, Título LXIV que trata de “Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações” dispunha as fontes do direito privilegiando a aplicação da lei,

⁷ Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, Normas constitucionais não escritas: costumes e convenções da constituição. Tese defendida na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 190. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-082952/pt-br.php>. Acesso em 04 Jan. 2022.

⁸ José Homem Correia Telles, ao analisar os diferentes instrumentos normativos de que dispunha o legislador português do século XVIII, reconhece que acima de seu aspecto formal, coloca-se aquele material em que “Carta de lei, ou simplesmente Lei, em nada differem. Os Alvarás com força de Leis valem como ellas, e só differem em começar pelo nome appellativo = Eu El-Rei. = Os Decretos também tem força de Leis; mas começação pela determinação do Soberano, occultando o mais das vezes o motivo, e apenas são firmados com a Rubrica do Monarca, nunca passando pela Chancelaria-Mór do Reino. As Cartas Régias começam pelo nome da Pessoa, á que vão dirigidas; e estas, e bem assim as Resoluções sobre as Consultas dos Tribunaes, valem como Leis, e servem para a decisão de casos semelhantes”. José Homem Correia Telles, *Commentario crítico á Lei da Boa Razão*, em data de 18 de agosto de 1769, Lisboa, Typografia de N. P. de Lacerda, 1824, p. 5. Ver também Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 67

ou estilos da Corte ou costumes do Reino, tendo aplicação em caráter subsidiário o direito canônico (se a matéria trouxer pecado) ou o direito romano (leis imperiais), ou em último caso as Glosas de Acúrsio e, posteriormente as de Bártolo, não reprovadas pelos doutores. Em casos de persistente lacuna, as ordenações mandavam notificar ao Rei para que ele determinasse.⁹

Essa disposição das fontes do direito foi revista mais de um século mais tarde por meio da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, que visava adequar o modo de aplicação de instrumentos normativos de forma a proporcionar maior segurança jurídica.

Na citada lei é fortalecida a predominância dos instrumentos legais, em relação às demais fontes do direito, revalidando o tratamento que vinha sendo dado aos estilos da Corte e aos costumes enquanto fontes subsidiárias, em relação às leis do reino.

O reconhecimento e a aplicação dos costumes, enquanto fonte do direito, passou a ser fortemente condicionado aos três essenciais requisitos de atendimento: às “boas razões” que constituem o espírito das leis do reino, não sendo a elas contrárias e de “ser tão antigo, que exceda o tempo de cem anos”.¹⁰

A limitação ao direito material costumeiro e à espontaneidade de sua formação tem claro objetivo de privilegiar a razão e o formalismo, ideais que se fazem presentes também na formação do direito do Estado brasileiro. A busca pela estruturação de um Estado nascente e pela afirmação de um direito pátrio, induz primeiramente a produção normativa concernente ao direito público, com a outorga da “Constituição Política do Império do Brasil”, em 1824 e que previa, em seu art. 179, a organização de “um Código Civil e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”.¹¹

Nesse contexto histórico de formação do Estado e de um novo sistema jurídico, o costume por estar na origem do direito, enquanto organização social, assume também a dimensão formal, escrita e codificada.

⁹ Cândido Mendes de Almeida, Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recompiladas por mandado d’el-Rei D. Filipe I. Livro Terceiro, Título LXIV. Rio de Janeiro, 1870, p. 663 ss.

¹⁰ PORTUGAL. Lei da boa razão, 1769, item 9 e 14. As referências ao termo “costume”, “costumeiro” ou “consuetudinário” no direito codificado do período imperial brasileiro ocorrem com maior frequência em direito privado, âmbito historicamente mais aberto ao costume e ao elemento material, do que aquele público.

¹¹ O citado artigo trata da inviolabilidade dos “Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade” (...) denotando a concepção da codificação como um direito do cidadão. A prioritária produção normativa do Direito Público permitiu a confecção do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de 1832. Nesse contexto de codificação, reafirma-se o costume como fonte subsidiária do direito, apresentando nos citados códigos poucas referências e em maior parte aos bons costumes.

III. DO COSTUME CONSTITUCIONAL E DA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO

No processo de codificação das normas sociais costumeiras, nem todas as prévias práticas acabam sendo incorporadas aos textos normativos e conseqüentemente ao texto constitucional, por uma questão de extensão e até mesmo de necessária flexibilização quando de sua aplicação.

O texto constitucional demonstra-se então como fruto da coordenação das relações sociais e políticas vivenciadas de forma material, plural e cotidiana, ao mesmo tempo em que também condiciona essa realidade pela sua natureza vinculante. Se por um lado, o costume se torna norma escrita e constituição, por outro, a norma constitucional escrita se flexibiliza e se modifica atendendo a tendência dos novos movimentos consuetudinários, em uma modificação perene que garante a “harmonia do direito como veste social”.¹²

Mantém-se assim em paralelo à constituição escrita e em plena interação com ela, um conjunto de normas não escritas que tratam do funcionamento das instituições políticas do Estado e do exercício de seu poder. O costume então presente na consciência social é acolhido nos comportamentos dos agentes estatais e por eles fomentado, por meio da interpretação e da integração do texto constitucional.

Muito embora sua necessária e evidente existência, as constituições em regra pouco fazem referência ao costume. Como evidencia Modugno¹³, “il silenzio della Carta costituzionale in proposito non può ritenersi significativo”, considerando a tradição do constitucionalismo histórico e o fato que a constituição trate quase exclusivamente das fontes de nível constitucional ou de nível primário.

Nesse sentido, o costume constitucional, nas palavras de Modugno,

é fatto normativo che non può affatto riguardarsi come produzione «incosciente» o «involontaria» di diritto costituzionale, ma, al contrario, come opera di una «coscienza» e di una «volontà» più profonda, perché emergenti dal concreto dei processi storico-politici e non dalle astratte, intermitenti, sporadiche e tendenzialmente immutabili decisioni costituenti e costituzionali.¹⁴

Esse contexto, de passagem do direito material ao formal, é observado no nascente Estado brasileiro que preparou sua constituição de forma a expressar a situação vivida na unidade política brasileira, sendo reflexo de um momento forte de sua organização e coordenação política e social.

¹² Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.* p. 90.

¹³ Franco Modugno, *Principi di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 202.

¹⁴ Franco Modugno, *Principi di diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 206.

O primeiro texto constitucional brasileiro é aquele mais longo, com 65 anos de vigência, disciplinando o sistema político imperial brasileiro durante a maior parte do século XIX e denotando a influência monarquista em pontos centrais do funcionamento do regime, como na existência de um quarto poder (o poder moderador) e na atribuição da chefia do poder executivo ao imperador.

Observar-se-á que muito embora a Constituição de 1824 faça referência ao termo ‘costume’ uma única vez, o costume constitucional manteve-se em paralelo à essa constituição formal e em plena interação com ela, por meio de normas não escritas concernentes ao funcionamento das instituições políticas do Estado brasileiro e do exercício de seu poder.¹⁵ Observa-se ainda que essas normas não escritas, dentro de certos limites, permitiram a modificação progressiva e contínua de instituições, adequando-as às demandas políticas e sociais de seu tempo, sem as dificuldades que implicavam as alterações formais.

A longevidade do primeiro texto constitucional brasileiro é um dos elementos que fomentaram o desenvolvimento de costumes interpretativos e integrativos, práticas e precedentes constitucionais que se transformaram em instrumentos de atualização de instituições do Estado, “promovendo mudanças sob o manto do conservadorismo, sob a crença da continuidade e da preservação”.¹⁶

A atuação do costume como instrumento de atualização de instituições políticas imperiais, sob o segundo reinado, pode ser encontrada no que concerne ao poder moderador no seu exercício e limitação, bem como no controle de constitucionalidade exercido pelo conselho de estado, em atividade ligada ao poder moderador. Temas que por suas características refletem o diálogo do imperador com políticos liberais e conservadores.¹⁷

Muito embora todo esse contexto de permeabilidade, os doutrinários conservadores e liberais não abordam de forma técnica e específica o tema costume. Não se encontra concepção delineada de ‘costume constitucional’ na doutrina constitucionalista e administrativista brasileira,

¹⁵ O artigo 179 trata da “inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”. No seu inciso XXIV, afirma-se que “Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos”.

¹⁶ Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, Normas constitucionais não escritas: costumes e convenções da constituição, Tese defendida na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 190. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-082952/pt-br.php>. Acesso em 04 Jun. 2023.

¹⁷ Os membros dos partidos políticos manifestavam posicionamentos contrastantes, em que os conservadores assumiam a defesa do texto original da Constituição, usando para tanto também da apropriação da “interpretação constitucional” no segundo reinado. Luciana R. Penna, “O publicismo e a política conservadora do Brasil no século XIX”, *Opinião Pública*. 25 (2), May-Aug, 2019. Disponível em <https://doi.org/10.1590/1807-01912019252343>. Acesso em 16 jun. 2023.

da segunda metade do século XIX. A abordagem ocorre apenas de forma tangencial, apontando algumas atuações públicas como costume contrário ou conforme a constituição.

Tal postura denota a reticência da doutrina brasileira em reconhecer o papel do costume como fonte normativa no âmbito do direito constitucional. Devido a essa lacuna, assume-se no âmbito deste trabalho costume constitucional como norma não escrita, de conteúdo constitucional interpretativo ou integrativo, objetivada em sua prática repetida no tempo e entendida como obrigatória.

IV. O PODER MODERADOR SOB O SEGUNDO REINADO

A estabilidade das instituições político-jurídicas imperiais, particularmente durante o segundo reinado promoveu o desenvolvimento de costumes, práticas e precedentes constitucionais, enquanto instrumentos de interação entre as alterações políticas e sociais e o ordenamento jurídico.¹⁸

Exemplos da atuação dessas normas não escritas e particularmente do costume como instrumento de interação de instituições políticas e jurídicas imperiais, sob o segundo reinado, são encontradas pelo menos em dois temas concernentes ao exercício do poder moderador. No primeiro caso, quando das interações do poder moderador com os poderes executivo e legislativo, e no segundo caso quando do auxílio prestado pelo conselho de estado ao poder moderador, no controle de constitucionalidade.

4.1 Do exercício e limitação do Poder Moderador

No texto constitucional de 1824, os poderes políticos são quatro: o poder legislativo, atribuído à “Assembléa Geral com a Sancção do Imperador”; o poder moderador, conferido privativamente ao imperador; o poder executivo, sob a chefia do imperador que o exercita por meio de seus ministros de estado; e o poder judicial, atribuído à juizes e jurados.¹⁹

A constituição imperial afirma o imperador como sagrado e inviolável, não sendo responsabilizado por seus atos e sendo detentor do poder moderador. O poder moderador é colocado como “chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente

¹⁸ Sobre as interações jurídicas e políticas durante o segundo reinado, ver Luciana R. Penna, O publicismo e a política conservadora do Brasil no século XIX, *op. cit.* Disponível em <https://doi.org/10.1590/1807-01912019252343>. Acesso em 16 jun. 2023.

¹⁹ Constituição brasileira de 1824, artigos 10; 13; 98; 102; 151. Observa-se que assim como na Charte constitutionnelle du 4 juin de 1814, a constituição brasileira atribuiu o poder executivo ao monarca, que o exerce por meio de seus ministros de Estado. FRANCE. Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, art. 13; Constituição brasileira de 1824, art. 102.

vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”.²⁰

A filosofia política constitucional imperial seguia tendencialmente o liberalismo francês do século XIX, com um sistema representativo calçado na tese da soberania nacional. O texto constitucional é, porém, ambíguo no que concerne à separação e ao exercício dos poderes políticos, permitindo interpretações conflitantes.

Pimenta Bueno²¹ explica em 1857 que a presença do imperador como detentor do poder moderador e chefe do poder executivo não implica em absolutismo, visto que na maior parte das monarquias constitucionais e representativas o poder moderador está reunido ao poder executivo, de quem forma a parte mais elevada e que é exercido pela coroa, sob ação e direção do monarca.

Dessa forma, mesmo o poder executivo sendo exercido pelo imperador, por meio de seus ministros de Estado, o imperador não o exercitaria por si, mas sim por meio de agentes necessários e constitucionais, que completariam e responderiam por este poder. Sem que os ministros referendassem ou assinassem os atos do poder executivo, eles não seriam exequíveis (art. 132). Nos assuntos de maior importância era necessário, porém, o acordo do imperador aos atos de seus ministros, visto o direito de exonerá-los.

Para o constitucionalista e Marquês de São Vicente²², essas condições do poder executivo ofereciam as garantias que são indispensáveis à sociedade, bem como distinguiam e separavam o poder executivo do poder moderador.

²⁰ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, 1824, art. 98. Sobre o tema ver: Christian Edward Cyril Lynch, “O Discurso Político Monárquico e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824)”, In DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, n o 3, p. 611-654, 2005. Luciene DAL RI. Do Pouvoir Neutre ao Poder Moderador: a influência do constitucionalismo inglês no Brasil por meio da teoria de Benjamin Constant. Revista de direito administrativo & constitucional, v. 20, p. 105-132, 2020. Ainda coberto pela inviolabilidade e não responsabilidade, “o imperador é o chefe do poder executivo”, e o exercita por meio de seus ministros de Estado (art. 102). Tais atribuições ao imperador, permitem observá-lo como detentor de dois, dos quatro poderes, com a possibilidade de impor a sua vontade aos ministros de estado, no exercício do poder executivo. Por outro lado, a constituição é compatível com a teoria liberal de Benjamin Constant, por meio da existência e das competências do poder moderador, enquanto quarto poder, vigilante sobre os demais; e das limitações impostas ao imperador na chefia do poder executivo. Luciene Dal Ri. “Do pouvoir neutre ao poder moderador: a influência do constitucionalismo inglês no Brasil por meio da teoria de Benjamin Constant”. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, 2020 v. 20 n. 79 jan./mar.

²¹ José Antônio Pimenta Bueno, Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Typographia Imp. e Const. De J. Villeneuve E. C., Rio de Janeiro, 1857, p. 228 s.

²² José Antônio Pimenta Bueno, Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Typographia Imp. e Const. De J. Villeneuve E. C., Rio de Janeiro, 1857, p. 228 s.

O poder moderador seria o único poder exclusivamente da coroa, independente do corpo de ministros, sendo lógico e conveniente não o confiar e não o confundir com nenhum outro poder, cabendo-lhe inspecionar aos demais poderes em suas competências e relações recíprocas. Na mesma linha segue Antonio Joaquim Ribas, administrativista, que em 1861, entende como fim do poder moderador a “suprema missão de superintendência, ponderação e direção sôbre os mais poderes”.²³

A defesa do poder moderador em seu amplo papel de “chave de toda a organização política” e isento de responsabilidade, em uma monarquia constitucional desdobra-se, porém, para Paulino José Soares de Souza (Visconde do Uruguai), na irresponsabilidade legal dos ministros de Estado ao referendarem atos imperiais de competência do poder moderador.²⁴

O debate sobre as limitações do poder moderador ocorreu em vários momentos, na Assembleia Geral, e em específico quanto à necessidade e responsabilidade da referenda ministerial tanto em 1832, quanto em 1841. Soares de Souza baseado na ampla experiência como jurista e político, tendo sido advogado, Ministro e parte do Conselho de Estado, afirmava que não havia exigência do referendo ministerial pela constituição aos atos do poder moderador e que se assim o fosse, o imperador tornar-se-ia prisioneiro dos ministros.²⁵

A atuação imperial e constitucional para o Visconde do Uruguai desdobrar-se-ia ainda na estranheza quanto à afirmação estrangeira de que “o rei reina e não governa”.

A maxima - o Rei reina e não governa - he completamente vasia de sentido para nós, pela nossa Constituição. O Imperador exerce as attribuições que

²³ No parágrafo destinado à teoria constitucional, de sua obra sobre direito administrativo, Ribas expõe que o poder legislativo e o poder executivo são poderes políticos e do poder executivo foi desmembrado as funções judiciárias constituindo um poder distinto. O nosso sistema político proclama todos os poderes como independentes e delegações da nação. Considerando que a relação entre os poderes “fácilmente degeneraria em rivalidade e luta, ou na sua final absorção por um deles” se tornando anarquia ou despotismo e com o fim de evitar essa situação “foi instituído o poder moderador, a quem se incumbiu esta suprema missão de superintendência, ponderação e direção sobre os mais poderes”. Antonio Joaquim Ribas, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ministério da Justiça, serviço de documentação, (1861) 1968, p. 52 s.

²⁴ Paulino José Soares de Souza, Visconde de Uruguay. *Ensaio sobre Direito Administrativo*, Tomo II, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862, p. 15 e 65ss. e 103.

²⁵ “A opinião chamada liberal, de então, forcejava para fundir o Poder Moderador com o Executivo”, visto que exigia para o exercício de atos de ambos o referendo responsável dos ministros. Logo depois, Paulino evidencia que a chamada opinião liberal em 1862 demonstra-se diametralmente contrária. Como bem evidencia Carvalho, a defesa da independência do imperador, no exercício do Poder Moderador, ocorria tanto por liberais quanto por conservadores, conforme a formação do governo imperial. Paulino José Soares de Sousa, Visconde de Uruguay. *Ensaio sobre Direito Administrativo*, Tomo II, *op. cit.*, p. 15 e 65 ss. e 103. Murilo de Carvalho, *Introdução*, In: Paulino José Soares de Souza, Visconde do Uruguay, São Paulo, Editora 34, 2002, p. 30.

-a Constituição lhe confere, e essas não podem ser entendidas e limitadas por uma maxima estrangeira, contestada e repellida no proprio paiz, nas guerras de pastas, em que a pretendêrão fazer vigorar.²⁶

As iniciativas de governo, por parte da coroa, seriam então constitucionalmente válidas e particularmente necessárias diante da falta de capacidade de ministros e de parlamentares, de forma a não poder prevalecer a forma de governo parlamentar.²⁷

Em postura contrária, o Conselheiro Zacarias sugere a redução do poder moderador e do poder do monarca, em favor de um governo parlamentarista mais forte, com a responsabilidade dos ministros de Estado ao referendarem atos imperiais, mesmo que de competência de poder moderador.²⁸

O debate da doutrina da época reflete as ambiguidades do texto constitucional, em que a forma de separação de poderes permitia estabelecer um sistema constitucional autoritário, caso o imperador interviesse na atividade ministerial, mas permitia também um sistema constitucional liberal, de limitação de poderes políticos, caso o imperador deixasse o exercício do governo aos ministros de Estado.²⁹

Muito embora as atribuições de poderes, a tendência do segundo reinado era de abertura e esforço para aproximar o governo de um sistema parlamentar. A interpretação e aplicação da constituição refletia a longa regência que precedeu a coroação de Dom Pedro II, na qual o papel do parlamento foi predominante e durante a qual não cabia ao futuro imperador o uso de atribuições constitucionais de reinado e nem de governo. Mesmo após a coroação do jovem imperador, de apenas 14 anos, o parlamento manteve-se valorizado. Dom Pedro II levou ao conhecimento e debate do parlamento importantes questões políticas e a simpatia ao

²⁶ Paulino José Soares de Sousa, Visconde de Uruguay. Ensaio sobre Direito Administrativo, Tomo II, *op. cit.*, p. 157.

²⁷ “Finalmente, e para nós essa consideração he a mais forte, a nossa Constituição não admitte o Governo *exclusivo* das maiorias parlamentares e principalmente da maioria da Camara dos Deputados só.(...) o Governo exclusivo das maiorias parlamentares destruiria completamente o systema da Constituição. (...) E a Nação reservou-se pelos arts. 65 e 101 § 5. da Constituição. o direito de rever e decidir definitivamente, nos comicios eleitoraes, as soluções, para assim dizer provisórias. mais importantes dadas pelo seu Primeiro Representante e Delegado privativo o Poder Moderador.” Paulino José Soares de Sousa, Visconde de Uruguay, Ensaio sobre Direito Administrativo, Tomo II, *op. cit.*, p.152 s.

²⁸ Zacarias de Góes e Vasconcellos, Da Natureza e Limite do Poder Moderador, 2, Ed., Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1862, p. 256. Na segunda edição de sua obra, o conselheiro Zacarias responde em declarada contraposição às concepções de governo e do poder moderador apresentadas pelo Visconde de Uruguay, na obra publicada sob o título de Ensaio sobre o Direito Administrativo, em que cita a primeira edição da citada obra de Zacarias.

²⁹ Paulo Bonavides, O poder moderador na Constituição do Império, Revista de informação legislativa, Janeiro à março de 1974, p. 31.

parlamentarismo inglês predominava entre os políticos, com declarações de liberais e de conservadores.³⁰

Nesse contexto, Dom Pedro II exercia com cuidado a prerrogativa de escolha dos ministros, alternando a composição ministerial entre liberais e conservadores.³¹ A escolha de presidente do conselho de ministros ocorria sempre por meio de diálogo com os líderes dos principais partidos políticos e com os presidentes da Câmara e do Senado.³²

O sistema constitucional era orientado cada vez mais para que as atividades dos ministros junto à Assembleia Geral estivessem para além da constitucional prestação de contas, e apresentassem relatórios anuais sobre suas atividades ministeriais e respondessem as críticas dos parlamentares.³³ A dissolução da Câmara dos deputados por 11 onze vezes, durante os 48 anos do segundo reinado, não ofusca, porém, a abertura e a consolidação de normas consuetudinárias interpretativas e integrativas voltadas à construção de um governo aberto ao diálogo com o parlamento.³⁴

A auto-limitação e abertura política do poder moderador impactava, portanto, na atuação do governo, por meio da composição e da atuação de seu corpo de ministros, junto à Assembleia Geral e na construção e fortalecimento de um sistema de governo cada vez mais próximo ao parlamentarista.

4.2 Do auxílio do conselho de estado no controle de constitucionalidade

No Brasil, o controle de constitucionalidade exercido de forma repressiva e judicial advém na constituição republicana de 1891, mas ob-

³⁰ José Murilo de Carvalho, *A monarquia brasileira*, *op. cit.*, p. 24. Paulo Bonavides, Roberto Amaral (orgs.), *Textos políticos da história do Brasil*, Vol. II, 3. ed. Brasília, Senado Federal, 2002, p. 635 (Cartas de Dom Pedro II aconselhando a Princesa Isabel).

³¹ Ver Begonha Bediaga (org.), *Diário do Imperador D. Pedro II (1840-1891)*. Petrópolis: Museu Imperial, 1999, p. 155 e 196. Disponível em: <https://museuimperial.museus.gov.br/wp-content/uploads/2020/09/Di%C3%A1rios-de-D.-Pedro-II-TODOS-OS-VOLUMES-convertido.pdf>. Acesso em 04 jan. 2022. DOM PEDRO II. Cartas de Dom Pedro II aconselhando a Princesa Isabel. In *Textos políticos da história do Brasil*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 644 ss. Ver também José Murilo de Carvalho, *A construção da ordem: a elite imperial. O teatro das sombras: a política imperial*. *op. cit.*, p. 210. Luciana R. Penna, “O publicismo e a política conservadora do Brasil no século XIX”, *Opinião Pública*, 25 (2), May-Aug 2019. Disponível em <https://doi.org/10.1590/1807-01912019252343>. Acesso em 16 jun. 2023.

³² José Murilo de Carvalho, *A monarquia brasileira*, *op. cit.*, p. 39 s.

³³ Cabe evidenciar, porém, que não havia responsabilidade política dos ministros perante o parlamento. No Império havia total liberdade de imprensa e os partidos políticos tinham jornais próprios, levando a discussão política, por meio da imprensa, para a população. José Murilo de Carvalho, *A monarquia brasileira*, *op. cit.*, 1993, p. 64.

³⁴ José Murilo de Carvalho, *A monarquia brasileira*, *op. cit.*, p. 24. A prática do modelo parlamentar é bem visível nas cartas (e particularmente na segunda carta) de Dom Pedro II à Princesa Isabel, de 27 de abril de 1876. Paulo Bonavides; Roberto Amaral (orgs.), *Textos políticos da história do Brasil*, Vol. II, 3. ed., Brasília, Senado Federal, 2002, p. 644 ss. (Cartas de Dom Pedro II aconselhando a Princesa Isabel).

serva-se elementos de exercício do controle de constitucionalidade, fora do parlamento e do judiciário, na atividade do poder moderador, com o auxílio da sessão de justiça do conselho de estado.

Muito embora José Honório Rodrigues defenda que o Brasil teve três diferentes modelos de Conselhos de Estado, cada um deles com características e atribuições específicas, havia entre eles um específico fio condutor comum: o papel de órgão consultivo do príncipe regente ou do imperador.³⁵

A previsão constitucional do conselho de estado fora extinta, por meio do ato adicional de 1834, tendo sido reinstaurado, porém, por obra dos conservadores, por meio da lei n. 234, de 23 de novembro de 1841.³⁶

A restauração do órgão não detinha previsão constitucional, portanto, e como tal seguia como órgão consultivo do imperador, para todos os negócios “em que o Imperador Houver por bem ouvi-lo, para resolvê-los” e principalmente no que concerne aos atos de governo e ao exercício do poder moderador.

O retorno do conselho de estado despertou fortes debates devido a sua interação com o poder moderador e seu acúmulo de funções políticas e administrativas. A clara oposição dos liberais era baseada no temor de fortalecimento do partido conservador e de uma oligarquia,

³⁵ O primeiro teria sido o conselho dos procuradores gerais das províncias, criado por meio de decreto em 16 de fevereiro de 1822, após a revolução do Porto e em alternância às cortes constituintes de Lisboa. O segundo conselho de estado foi criado por D. Pedro I, logo após a dissolução da assembleia geral, em 1823, para a substituir em sua função constituinte. O segundo conselho desenvolveu a primeira constituição brasileira, de 1824, em base ao projeto de Antonio Carlos de Andrada e Silva, muito embora tenha promovido aperfeiçoamentos técnicos de sistematização e linguagem e principalmente introduzindo o Poder moderador. O segundo conselho de estado foi suprimido por meio do ato adicional de 1834, durante a regência imperial. O terceiro conselho de estado foi instaurado em decorrência da lei n. 234 de 23 de novembro de 1841 (Regulamento n. 124, de 5 de fevereiro de 1842), e esteve em atividade de 1842 a 1889, sendo dissolvido pela proclamação da república. Sobre os três conselhos de estado, ver Paulino José Soares de Souza, Visconde do Uruguay, Ensaio sobre Direito Administrativo, Tomo I, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862, p. 234 ss. José Honório Rodrigues, O Conselho de Estado: o quinto poder? Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1978. Christian Edward Cyril Lynch, “A idéia de um Conselho de Estado brasileiro. Uma abordagem histórico-constitucional”, *op. cit.* Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/168/ril_v42_n168_p45.pdf. Acesso em 10 Jan. 2022.

³⁶ O regimento provisório do terceiro conselho de estado estava definido por meio do Regulamento n. 124, de 5 de fevereiro de 1842 e a responsabilidade de seus conselheiros era prevista desde 1827, na Lei de responsabilidade dos ministros e conselheiros de Estado, art. 7º. “A pécha de inconstitucionalidade que lhe punhão era derivada de que, tendo o Conselho de Estado da Constituição sido suprimido pelo aclo adicional, não se podia restabelecer aquillo que assim fôra abolido senão por outra reforma Constitucional. Reconhecia-se em these’ que era necessario crear um Conselho de Estado, mas objectava-se que uma legislatura ordinaria não o podia fazer reviver com qualidades e atribuições semelhantes ás que tinha o antigo da Constituição”. Paulino José Soares de Souza, Visconde de Uruguay, Ensaio sobre Direito Administrativo, Tomo I, *op. cit.* p. 243.

por meio da restaurada instituição, que atuaria na limitação do poder moderador.³⁷

A última versão do conselho de estado foi a mais duradoura e esteve em atividade desde 1842, sendo juntamente com o senado, a instituição monárquica mais estável do segundo reinado e tendo sido suprimido apenas com a proclamação da república.

Paulino José Soares de Souza, quando membro do partido conservador e ministro da justiça, testemunha e participa dos debates defendendo a existência do conselho de estado, como órgão de assessoria e “antemural que sempre cobrirá a Corôa”. Para o Visconde, o órgão deveria ser de consulta obrigatória do poder moderador e sugeria a criação de dois conselhos, visando acabar com o acúmulo de tarefas políticas e administrativas.³⁸

A atividade de controle de constitucionalidade é apenas atribuída a esse terceiro conselho, por meio da seção dos “Negócios de Justiça e dos Estrangeiros”, quando em auxílio às atividades do poder moderador, manifestando-se na sanção de decretos, e resoluções da assembleia geral e na aprovação e suspensão interina das resoluções dos conselhos provinciais.³⁹ Essa tese é defendida por José Reinaldo de Lima Lopes que afirma elementos de controle de constitucionalidade nas atividades desenvolvidas de forma consuetudinária pelo conselho de estado, órgão consultivo do monarca, durante o segundo reinado.⁴⁰

O exercício do controle da constitucionalidade, muito embora não previsto expressamente, configurou-se então, por meio do poder moderador, ouvido o conselho de estado, de forma preventiva ao sancionar

³⁷ José Murilo de Carvalho, Introdução, In: Paulino José Soares de Souza. Visconde do Uruguay. Tomo II, *op. cit.*, p. 22.

³⁸ Paulino José Soares de Souza. Visconde de Uruguay, Ensaio sobre Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 248 ss., 275 ss., 281 ss. e 288. Murilo de Carvalho. Introdução, In: Paulino José Soares de Souza, Visconde do Uruguay, *op. cit.*, p. 29. Paulino José Soares de Souza foi membro do conselho de estado entre os anos de 1853-1866.

³⁹ Cabia então ao conselho de estado, por meio da seção de Justiça, a análise e o parecer dos projetos de lei submetidos ao Imperador, bem como, devido a sua composição por ministros de Estado, da preparação e esclarecimento dos projetos de lei que o Governo submetia à Assembleia Geral. BRAZIL. Constituição Política do Império do Brasil, 1824, art. 101. “O Imperador exerce o Poder Moderador: III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: art. 62”.

⁴⁰ José Reinaldo de Lima Lopes, O Oráculo de Delfos, O Conselho de Estado no Brasil-Império, São Paulo, Editora Saraiva, 2010. O Conselho de *Estado* tem suas origens nos conselhos reais que se formaram e consolidaram na Europa entre os séculos XIII e XIV. “Na prática, contudo, o próprio desenvolvimento burocrático das instituições estatais, provocado pelo próprio aumento da demanda jurisdicional e administrativa, tornava imperioso que o monarca decidisse por meio de auxiliares, tendo de delegar-lhes poderes. Esses auxiliares eram os seus conselheiros, sendo que dar conselho era, no sistema medieval, um dos deveres dos vassallos para com o seu senhor (REINHARD, 1997). A matriz imediata da qual herdávamos o conselho de Estado enquanto instituição política foi a monarquia portuguesa.” Christian Edward Cyril Lynch, “A idéia de um Conselho de Estado brasileiro. Uma abordagem histórico-constitucional”, *op. cit.*, p. 47.

ou vetar decretos, e resoluções da assembleia geral para que tenham força normativa.⁴¹ Interpretações quanto à constitucionalidade das leis também foram objeto de atuação do conselho de estado, visto sua prévia consulta para sanção, como pode-se observar em suas atas quanto à aplicação da lei eleitoral, em sessão de 23 de outubro de 1875.⁴²

O conselho de estado tornou-se também influente quanto às interpretações dos decretos que regulamentavam a legislação, visto que os seus pareceres eram expedidos pelos membros do conselho que também eram ministro de estado, a quem incumbia dar o regulamento da lei.⁴³

Visando a homogeneidade normativa, cópias de todos os atos legislativos provinciais promulgados, conforme artigo 20 do ato adicional (1834), deveriam ser enviados pelo presidente da província à assembleia e ao governo geral, para a análise de sua conformidade com os limites constitucionais de sua esfera de competência.⁴⁴

⁴¹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, 1824, art. 62. “Se qualquer das duas Camaras, concluida a discussão, adoptar inteiramente o Projecto, que a outra Camara lhe enviou, o reduzirá a Decreto, e depois de lido em Sessão, o dirigirá ao Imperador em dous autographos, assignados pelo Presidente, e os dous primeiros Secretarios, Pedindo-lhe a sua Sancção pela formula seguinte - A Assembléa Geral dirige ao Imperador o Decreto incluso, que julga vantajoso, e util ao Imperio, e pede a Sua Magestade Imperial, Se Digne dar a Sua Sancção”. Ver BRASIL. Regulamento 124, de 5 de fevereiro de 1842, contendo o regulamento provisório do Conselho de Estado, em seu art. 11 e 21 que trata de parecer de projeto de lei, decreto, regulamento ou instruções. Na ata da sessão de 16 de setembro de 1880 reflete-se debate sobre projeto de lei sobre terras. As atas das conferências do conselho de estado de 23 de outubro de 1875, de 22 de março de 1877, de 7 de novembro de 1878, de 28 de outubro de 1879, e a de 28 de fevereiro de 1880 refletem debate sobre a reforma eleitoral constituir ou não uma questão constitucional e a sua regulamentação. BRASIL. Atas do Conselho de Estado. Terceiro Conselho de Estado (1875-1880). Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS10-Terceiro Conselho de Estado 1875-1880.pdf>. Acesso em: 15/06/2023.

⁴² Ver ata do conselho de estado, de 23/10/1875, quanto à aplicação da nova lei eleitoral, nas incompatibilidades parlamentares, aos deputados de então; ata de 16 de setembro de 1880, sobre o projeto de lei sobre terras. BRASIL. Atas do Conselho de Estado. Terceiro Conselho de Estado (1875-1880). Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS10-Terceiro Conselho de Estado 1875-1880.pdf>. Acesso em: 15/06/2023.

⁴³ A atividade do conselho de estado é atestada pela doutrina administrativista quanto à elaboração dos regulamentos da administração pública. Cabendo a intervenção do Conselho, por meio de audiência, antes da promulgação dos regulamentos para obterem redação, ordem, simplicidade e clareza desejáveis, assegurar a unidade de aplicação das regras administrativas e impedir soluções diferentes para casos similares em serviços ou repartições ministeriais. (...) “Mas o Conselho d’Estado, quando deve ser consultado, emite apenas um simples parecer, com que o Governo não é obrigado a conformar-se.” Vicente Ferreira do Rego. Elementos de direito administrativo brasileiro, para uso das faculdades de direito do império, 2º, Recife, Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860, p. 10 s. Ver afirmações do Senador Paulino Souza em Paulino José Soares de Souza, Visconde de Uruguay, Ensaio sobre Direito Administrativo, Tomo I, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862, p. 277. José Reinaldo de Lima Lopes, O Oráculo de Delfos, O Conselho de Estado no Brasil-Império, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁴ Ver art. 21 do Regulamento 124 (1842). Exemplos de interpretação de constitucionalidade das leis provinciais pelo conselho de estado estão nas atas de 27 de

Na esfera do governo esse exame passava pelos ministros a quem o assunto tocava, que o enviava ao Conselho de Estado, nas suas respectivas seções conforme o objeto da legislação.⁴⁵

Muito embora o órgão fosse de caráter apenas consultivo, observa-se sua forte atuação junto ao imperador e às resoluções imperiais.⁴⁶ O reconhecimento liberal ao trabalho desenvolvido pelo conselho de estado, enquanto instrumento de moderação imperial, fez com que ele não fosse extinto, quando os liberais por maioria na câmara assumiram o governo imperial.

A existência e atuação do conselho de estado pode permitir a interpretação de permeabilidade e fortalecimento do poder executivo diante do poder moderador, visto a sua composição também por ministros de estado.

Observa-se assim que além dos ministros de estado, muito embora composta também e principalmente, havia mais uma instituição que permitia a interação direta com o imperador na prática de concepções e na busca por ideais antigos de ponderação do poder do governante.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dinâmica das fontes do direito na história denota que o direito não apenas manifesta valores sociais, como ele também, por meio de sua função *poiética*, cria valores dentro da organização social, visando a concepção ou a construção de uma determinada sociedade idealizada.⁴⁷

Nesse sentido, a presença do costume como fonte do direito permite não apenas a afirmação de valores dentro da organização social, mas

abril de 1843 e 27 de agosto de 1846; de 1º de junho de 1848; de 31 de agosto de 1843; de 21 de junho de 1844; de 27 de agosto de 1846; de 11 de fevereiro de 1847; de 11 de janeiro de 1849. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS3-Terceiro_Conselho_de_Estado_1842-1850.pdf. Acesso em: 15/06/2023.

⁴⁵ José Reinaldo de Lima Lopes, O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁶ José Reinaldo de Lima Lopes, O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁷ “Na verdade, a eficácia criadora (*poiética*) do direito é muito maior. Ele não cria apenas a segurança. Cria, também, em boa medida os próprios valores sobre os quais essa paz e segurança se estabelecem. Neste sentido, o direito constitui uma atividade cultural e socialmente tão criativa como a arte, a ideologia ou a organização da produção econômica. De facto, antes de a organizar, o direito imagina a sociedade. Cria modelos mentais do homem e das coisas, dos vínculos sociais, das relações políticas e jurídicas. E, depois, paulatinamente, dá corpo institucional a este imaginário, criando também, para isso, os instrumentos conceituais adequados”, Antônio Manuel Hespanha, Cultura jurídica européia: síntese de um milênio, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009, p. 99. Sobre direito como sistema auto-poiético ver Clifford Geertz, *Le savoir local, savoir global. Les lieux du savoir*, Paris, PUF, 1968, p. 214 s.

também importante influência da sociedade ou da organização social no ordenamento jurídico predominantemente estatal.

O forte condicionamento ao reconhecimento e à aplicação do costume têm clara delimitação do direito material e da espontaneidade da formação do direito. A atuação do costume e a sua efetividade como fator de juridicidade, bem como sua capacidade de conformar as situações jurídicas e políticas, denotam e fortalecem a sua presença e caracterizam a sua importância como fonte do direito constitucional.

O fenômeno consuetudinário apresenta-se então como mais frequente quanto mais abertas ou ambíguas são as normativas jurídicas e quanto mais antigos são seus textos. A abertura, ambiguidade e longevidade do texto constitucional brasileiro de 1824 criou então condições propícias para o desenvolvimento do costume constitucional como um instrumento de atualização das instituições políticas e jurídicas, devido às modificações no contexto político nacional.

Mesmo com instrumentos constitucionais que permitiam o exercício arbitrário do poder, o costume constitucional, alimentado por uma classe política e um imperador ilustrado permitiram a interpretação e a aplicação liberal da constituição, sustentando uma monarquia constitucional e um sistema de governo próximo ao parlamentarismo, durante o segundo reinado no Brasil.

A aproximação ao parlamentarismo é fruto da inspiração na vivência da monarquia inglesa que permeava o ambiente político brasileiro, do século XIX. Essa aproximação ocorre justamente por meio do costume, uma das principais fontes do direito daquele sistema de *common law*, desdobrando-se no fortalecimento e na estabilidade de instituições jurídicas e políticas brasileiras.

Nesta perspectiva, as normas consuetudinárias interpretativas e integrativas atuaram na formação de um Estado limitado e fortaleceram a separação de poderes, em que o imperador e os ministros mantinham pleno diálogo com o parlamento. Tal consolidação fez com que durante a última metade do segundo reinado, os pedidos do imperador nem sempre fossem considerados pelos ministros, sem acarretar a perda do cargo.

Os desdobramentos consuetudinários do poder moderador e do conselho de estado denotam contrastes na doutrina da época, sendo apresentadas até mesmo como práticas arbitrárias ligadas ao imperador na centralização do sistema.

Observa-se, porém, que nos costumes constitucionais imperiais exemplificados houve o elemento de estabilidade e de adequações ao contexto político da época, contribuindo para respostas à sociedade à qual eram aplicados.

Tal prática denota que o costume constitucional interpretativo ou integrativo, no que concerne às competências do poder moderador, durante o segundo reinado, fortaleceram a construção de uma monarquia

limitada, da segurança jurídica e de um Estado liberal, características centrais do Estado de Direito.

A discordância e a polêmica promovida por conservadores e liberais quanto ao texto constitucional foram então apaziguadas na vivência constitucional no tempo, construindo e fortalecendo uma monarquia limitada e conseqüentemente o Estado de Direito dentro do Brasil império.

O costume enquanto fonte do direito constitucional pode ser visto então como instrumento de plena interação e atualização entre o ordenamento jurídico e o contexto político, não se fechando na experiência imperial e sendo observado sob as demais constituições brasileiras.

Enviado el (Submission Date): 19/1/2024

Aceptado el (Acceptance Date): 12/3/2024