

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito,  
Departamento de Direito, Centro de Ciências Sociais e Econômicas, da  
Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para obtenção  
do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender

Coorientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis, 2016

Fernando Nagib Marcos Coelho

Tipos normativos e separação dos poderes: a função política do  
aviso ministerial durante a regência (1831-1840)

Tese submetida ao Programa de Pós-  
Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa  
Catarina para a obtenção do grau de  
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Airton Lisle  
Cerqueira Leite Seelaender

Coorientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Jeanine  
Nicolazzi Philippi

Florianópolis  
2016



Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Coelho, Fernando Nagib Marcos

Tipos normativos e separação dos poderes : a função política do aviso ministerial na regência (1831-1840) / Fernando Nagib Marcos Coelho ; orientador, Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender ; coorientadora, Jeanine Nicolazzi Philippi. - Florianópolis, SC, 2016.

251 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Brasil império. 3. Poder Executivo. 4. Fontes normativas. 5. Ministério da Justiça. I. Seelaender, Airton Lisle Cerqueira Leite. II. Philippi, Jeanine Nicolazzi. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Fernando Nagib Marcos Coelho

**Tipos normativos e separação dos poderes: a função política do aviso ministerial durante a regência (1831-1840)**

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do Título de Doutor em Direito, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

---

Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior – Coordenador do Curso

**Banca examinadora:**

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Jeanine Nicholazzi Philippi (UFSC/PPGD)

---

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

---

Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira (UFPR)

---

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC/PPGD)

---

Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Junior (UFSC/PPGD)

---

Prof. Dr. Samuel da Silva Matos (UFSC/PPGD)



## **RESUMO**

A presente tese busca explicar os usos dos instrumentos do Poder executivo (decretos, avisos, etc.) – em especial aqueles do Ministério da Justiça – inseridos em uma concepção conservadora de constitucionalismo monárquico, e como uma estratégia de fortalecimento do governo em tempos de crise (a regência de 1831 a 1840). Neste contexto, os avisos teriam o papel de definir a abrangência do Poder executivo durante o período da regência. Esta definição da extensão do Poder executivo pelos seus próprios instrumentos influenciaria fortemente a compreensão da estrutura constitucional do Império. A separação dos poderes e a hierarquia entre as normas jurídicas (lei, decreto, portaria, aviso, etc.) seriam interpretadas pelos avisos e o seu uso guiaria parte da formação do Direito público brasileiro e do parlamentarismo no Brasil imperial. Os instrumentos normativos do Poder executivo serviriam ainda para direcionar a prática do direito pelos bacharéis e para estabelecer a disciplina e o controle do governo sobre o judiciário.

Palavras-chave: Brasil Império; Ministério da Justiça; Poder Executivo





## ABSTRACT

This thesis is concerned with explaining the uses of executive instruments (*decrees*, *dispatches*, « *avisos* », etc.) – especially those of the ministry of justice – within a conception of a conservative « monarchic constitutionalism », and as a strategy to increase government's power in a period of crisis (the regency of 1831-1840). In this context, the ministerial dispatches (*avisos*) took the role of defining the range of executive power during the imperial regency. This self-referring definition of the extent of executive power strongly influenced the understanding of the constitutional frame for the early Brazilian State. Both separation of powers and the hierarchy of legal instruments (legislative acts, executive decrees, etc.) were interpreted by those dispatches and this practice guided both the formation of early Brazilian public law and the parliamentary governance of 19<sup>th</sup> century Brazil. Furthermore, the ministry's normative power instructed the legal practice of lawyers and judges directly, even serving as an instrument of control and discipline over the judiciary.

Key-words: Brazil (Empire); Ministry of Justice; Executive Power.



## **RESUMEN**

Esta tesis pretende explicar los usos de los instrumentos de la Rama Ejecutiva (decretos, avisos, etc.) - en especial las del Ministerio de Justicia - se inserta en una concepción conservadora del constitucionalismo monárquico, y como una estrategia para fortalecer el gobierno en tiempos de crisis (regencia 1831-1840). En este contexto, los avisos tendrían la función de definir el ámbito del Poder Ejecutivo durante el periodo de regencia. Esta extensión de la definición del poder ejecutivo por sus propios instrumentos influyen fuertemente en la comprensión de la estructura constitucional del Imperio. La separación de poderes y la jerarquía de las normas legales (ley, decreto, ordenanza, aviso, etc.) serán interpretadas por los avisos y su uso guiaría parte de la formación del derecho público brasileño y el parlamentarismo en Brasil imperial. Los instrumentos jurídicos de la rama ejecutiva también sirven para dirigir la práctica de la ley por los graduados y para establecer la disciplina y el control sobre el poder judicial por el gobierno.

Palabras clave: Brasil (imperio); ministerio de justicia; ejecutivo.

## SUMÁRIO

Sumário .....	1
Resumo .....	7
Abstract.....	9
Introdução .....	17
Problematização inicial .....	19
Metodologia.....	30
1    Tipos normativos no Antigo Regime .....	33
1.1    Absolutismo e formação do Estado moderno .....	33
1.1.1    Absolutismo e liberalismo.....	33
1.1.2    Absolutismo em sentido sociológico.....	35
1.2    Rei juiz e rei legislador: desenvolvimento da competência legislativa do poder monárquico .....	37
1.2.1    Concepção jurisdicional de Estado .....	37
1.2.2    Concepções sobre o direito legislado no Antigo Regime	40
1.2.3    Teoria da soberania e <i>potestas legislativa</i> (Jean Bodin)	46
1.2.4    Potestas legislativa no absolutismo.....	48
1.2.5    Direitos reservados e jurisdição graciosa .....	50
2    O Direito legislado no Antigo Regime.....	53
2.1    O Direito legislado a partir do jusnaturalismo .....	53
2.1.1    Toda forma de lei como comando do soberano (Hobbes)	53
2.1.2    A lei como ordem natural e o decreto soberano como milagre (Leibniz).....	57
2.1.3    Hierarquia das leis perante o Direito natural (Vattel) 58	

2.2	Hegemonia simbólica da Coroa afirmada através da legislação	61
2.2.1	As fórmulas da lei no Direito do Antigo Regime..	61
2.2.2	As formas da lei nas <i>Institutiones</i> de Mello Freire	65
2.2.3	Alvarás de Polícia, avisos de justiça.....	69
2.2.4	Do Sistema corporativo e do absolutismo para o Liberalismo.....	74
3	Liberalismo e separação dos poderes .....	78
3.1	O liberalismo político e a oposição à expansão do poder real	78
3.1.1	Constituição e prerrogativa.....	82
3.1.2	Prerrogativas reais e poderes extralegais (Locke) .	84
3.1.3	Constituição mista e separação dos poderes (Montesquieu) .....	91
3.1.4	A prevalência do legislador (Rousseau).....	97
3.2	Separação dos poderes e constituição liberal .....	101
3.2.1	Separação dos poderes como limitação do Poder legislativo (Hamilton, Jay, Madison) .....	101
3.2.2	Liberalismo após a Revolução francesa (Constant)	109
3.2.3	Liberalismo do administrado (Vivien) .....	117
4	O contexto do “liberalismo brasileiro” .....	121
4.1	O Brasil no contexto do liberalismo do início do século XIX	121
4.1.1	Concepções liberais antes da independência .....	123
4.1.2	Constitucionalismo monárquico na Constituição do Império (Frei Caneca) .....	127
4.2	Instabilidade política na Regência.....	129
4.2.1	Crise política e liberalismos .....	129

4.2.2	Liberalismo no primeiro reinado e na regência (Feijó)	133
4.2.3	As reações ao liberalismo na década de 1830.....	141
4.2.4	Um limite concreto à expansão do Poder Executivo: o controle fiscal parlamentar.....	145
4.3	As reações liberais à reação conservadora.....	149
4.3.1	Crítica à centralização administrativa através do Executivo (Tavares Bastos).....	149
4.3.2	Prerrogativas monárquicas e restauração constitucional (José de Alencar).....	154
5	Os Avisos no contexto da regência.....	160
5.1	Continuidade na linguagem das fontes do período.....	160
5.1.1	Problematização das fontes.....	160
5.1.2	A publicação das leis e a chancelaria do Império	166
5.1.3	Continuidade das fórmulas nos alvarás e cartas de lei	170
5.1.4	Decretos, resoluções, instruções e portarias.....	172
5.2	Disputa entre dois polos de poder: Executivo e Legislativo	176
5.2.1	Lei orçamentária como forma de controle parlamentar do Executivo.....	176
5.2.2	A autonomia das atribuições do Executivo na regência	179
5.2.3	A interpretação das leis pelo governo na regência	184
5.2.4	“Resolver dúvidas” e “fixar a inteligência” da lei pelos avisos.....	187
6	Avisos perante o ordenamento jurídico Imperial.....	191
6.1	Análise dos contraconceitos.....	191

6.1.1	Os avisos no contexto do vocabulário jurídico compartilhado.....	194
6.1.2	A continuidade da concepção tradicional de avisos no Império .....	197
6.1.3	A pluralidade dos avisos em relação a sua origem e o interesse fiscal do Estado .....	198
6.2	Avisos, “graça” e disposições especiais .....	200
6.2.1	Os avisos como parte da legislação recepcionada no Império	201
6.2.2	Os avisos na área criminal.....	204
6.2.3	Os avisos perante as Assembleias Provinciais ....	206
6.2.4	Os avisos no sistema eleitoral do Império .....	209
6.2.5	Avisos e a jurisdição ordinária .....	213
6.2.6	Avisos e a escravidão .....	214
6.3	O papel especial dos avisos no “regresso conservador” .....	216
6.3.1	A “Collecção das Decisões do Governo do Imperio”	217
6.3.2	Avisos e o papel do Conselho de Estado.....	218
6.3.3	As críticas ao uso dos avisos como um instrumento de interpretação do governo .....	221
	Conclusão.....	230
	Referências bibliográficas .....	233
	Fontes primárias .....	233
	Fontes secundárias .....	239





## INTRODUÇÃO

O estudo da formação do direito público moderno abarca a análise do desenvolvimento de modelos de Estado e de administração atrelados a um conjunto conceitual correspondente. O desenvolvimento do liberalismo constitucional brasileiro, da limitação do poder político e da separação dos poderes não ocorreu de forma linear e incontroversa. Por trás do debate constitucional, dos tratados políticos e da produção legislativa, o funcionamento do núcleo da pequena administração estatal era frequentemente determinado através de instrumentos normativos de menor *pedigree*, que acabam passando pouco apercebidos por uma história do direito preocupada com os grandes códigos e com os “grandes autores”. O estudo e a interpretação crítica acerca dos avisos do ministério da justiça podem servir de chave para a compreensão de um fenômeno complexo e ainda não explorado como problema central: o papel que cumpriu a indeterminação do conteúdo e da autoridade próprias do aviso ministerial para o fortalecimento e a centralidade do poder monárquico (executivo e moderador) no arranjo constitucional do império. Contraintuitivamente, o debate acerca da dimensão reservada ao poder monárquico pode ser melhor analisado durante o período de ausência do monarca imperante, quando diante da crescente crise institucional do país, a distribuição e a organização do poder político precisou ser mais radicalmente discutida.

Complementarmente, este trabalho deverá contribuir para uma leitura original do processo de construção do Estado a partir de uma perspectiva relacionada à *História dos Conceitos* e preocupada com o desenvolvimento da História do Direito Público brasileiro.

O tema da tese gira em torno do papel do aviso ministerial diante da separação dos poderes, da definição das normas e da atuação do poder executivo durante a regência. Este tema é melhor delimitado diante do enfoque sobre o uso dos instrumentos do ministério da Justiça e a expansão da capacidade de governo do executivo para produzir o “direito próprio da administração”.

O problema de pesquisa é identificado na medida em que, após a instauração de um regime constitucional “liberal” no Brasil império, com separação dos poderes e limitação do poder monárquico, pode-se constatar o uso de instrumentos ministeriais, principalmente os “avisos”, com a capacidade de interferir dos demais poderes sem uma limitação

clara, indicando em parte uma possível continuidade das características do Antigo Regime, mas também uma relação nova e específica entre o “direito da administração” e a monarquia constitucional nascente.

Diante daquele problema geral foram lançadas as seguintes hipóteses:

1. Os atos normativos ministeriais, em especial os “avisos” do ministério da Justiça, serviram, durante o período da regência, como instrumento de governo essencial para o estabelecimento da centralidade do poder executivo na relação entre os poderes no sistema político imperial brasileiro.
2. Parte importante dos poderes ministeriais exercidos durante o primeiro reinado e a regência era aplicada e compreendida como uma derivação mais das prerrogativas monárquicas do que da delimitação constitucional de competências estabelecida pelo “constituente”.
3. Em um período de “transição conceitual”, a incerteza sobre o campo de atuação dos avisos ministeriais serviu para a expansão do poder do executivo e a sua capacidade de definir o sentido da aplicação das leis e da constituição, da atuação do judiciário e da esfera do contencioso administrativo.

Ao assumir estas hipóteses no início do trabalho e com o intuito de testar as mesmas hipóteses, estipulou-se como objetivo geral analisar a produção e a aplicação dos avisos do ministério da justiça durante o período da regência para determinar a compreensão e o sentido dado a estes instrumentos normativos naquele contexto de *crise*. Como parte dos objetivos específicos buscou-se:

1. Verificar a frequência do uso e a variação de conteúdo dos avisos ministeriais durante os diferentes governos da regência.
2. Descrever e interpretar as fundamentações e as críticas feitas acerca dos avisos pelo governo, pela oposição e pelas obras de aplicação do direito durante o período.
3. Comparar o debate e as posições acerca do poder ministerial na aprovação da constituição, do ato adicional e da lei de interpretação do ato adicional e verificar os argumentos de continuidade e de ruptura com o regime pré-constitucional. Analisar as posições principais.

## Problematização inicial

Ao analisar a atividade do Ministério da Justiça durante a regência do Império, a presente tese perpassa pelo âmbito da formação do Direito Público moderno e a sua relação com o processo de construção da estatalidade brasileira. Sob esta perspectiva, busca-se compreender a interdependência entre o desenvolvimento do Direito Público e o fortalecimento político-jurídico da autoridade estatal, a centralização e o executivo. O problema da definição e da delimitação dos tipos normativos próprios do executivo oferece, neste contexto, uma chave interpretativa para a compreensão da concepção e do funcionamento da separação dos poderes no período de formação institucional do Estado brasileiro.

Nesta pesquisa, o processo de construção do Estado brasileiro subentende-se inserido em um processo mais geral de mudança conceitual, que abarca, além do Direito, os conceitos político-jurídicos fundamentais utilizados na arena de debate político até o período da regência. Para compreender o fenômeno estudado, portanto, especial atenção precisa ser destinada à mudança conceitual, por se tratar do desenvolvimento da doutrina do Direito Público (prerrogativas do executivo) e de seu enlace com a “racionalização”, burocratização ou simplesmente “mudança” na estrutura do Estado (centralização, reforma administrativa) durante um período de rápida transformação nos ideários políticos, de instabilidade semântica – equivalente ao conceito de *Sattelzeit* de Koselleck<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Como uma explicação do conceito, Marcelo Jasmim sintetizou: “a tese subjacente à história conceitual do autor é a de que, entre as décadas de 1750 e de 1850, a linguagem européia (nas suas diversas expressões) sofreu um processo radical de transformação que revela e configura a ultrapassagem dos fundamentos da sociedade aristocrática. Por um lado, a semântica dos conceitos fundamentais dá a conhecer tanto a re-significação de termos tradicionais adaptados ao novo tempo (como república, revolução ou história) como a invenção de neologismos (socialismo, cesarismo ou comunismo) criados para nomear as novidades da experiência contemporânea. Por outro, ainda mais relevante por suas conseqüências, a pesquisa descobre que a forma geral da linguagem se modifica ao se submeter a um conjunto de processos simultâneos, como os de democratização, temporalização e ideologização” (JASMIN, Marcelo. Apresentação in: KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.).

No Brasil, o período mais rico no âmbito da mudança conceitual (equivalente ao *Sattelzeit*) é a primeira metade do século XIX. Tal período marca a transição entre o Antigo Regime português e o Estado Constitucional, entre o instável primeiro reinado e a regência e suas fases. Tal como no período de revoluções na Europa, o Império também passou pelo “influxo liberal” e pelo “refluxo conservador”. O possível “fechamento” deste período de “crítica e crise” política e institucional é marcado pela instauração do Conselho de Estado, pela lei de interpretação ao ato adicional e pelo longo reinado de D. Pedro II.

O período regencial no Brasil é delimitado para a análise desta tese por representar o possível ápice da instabilidade tanto política e institucional, quanto filosófica e conceitual. Neste período – ao menos é como o caracterizam as fontes oficiais – a incoerência filosófica, a inexperiência política e a imprecisão da linguagem dos debates e da legislação são marcadas como a raiz dos perigos políticos representados pela anarquia, sedição e rebelião pelo império e pela insuficiência dos meios de combate detidos pelo governo. A “instabilidade semântica” seria utilizada como fundamento para a defesa da centralidade do executivo no estabelecimento dos sentidos corretos das palavras na política, na administração, nas leis e mesmo na Constituição.

Autores saquaremas, como Visconde do Uruguai, defenderiam uma maior concentração de poderes ao Conselho de Estado (a partir de 1842) para nortear politicamente o Estado brasileiro e a “marcha da administração” e este órgão fez efetivamente parte de um processo de neutralização (ou desradicalização) política arquitetada para o segundo reinado. Além do papel centralizador e disciplinador do Conselho de Estado, o uso estratégico do ministério da Justiça para direcionar a aplicação da lei pelo judiciário, para determinar o espaço do contencioso administrativo – excluindo a apreciação judicial – e para delimitar e restringir o campo do deliberável pela Assembleia formava um elemento forte no discurso da reação. Diferente do Conselho de Estado “estabilizador” do segundo reinado, a atuação do ministério da Justiça durante a regência é muito mais conflituosa e tomada por reviravoltas. Apesar das viradeiras políticas, a frequência do uso e a aplicação dos instrumentos ministeriais parecem funcionar como uma arma essencial para os governos liberais e conservadores, especialmente pela generalidade e indefinição do que caberia ou não de ser tratado pelos “avisos”.

---

Havia no império – e era abertamente discutido – uma incerteza e mesmo indefinição do exato papel que as portarias e os avisos ministeriais poderiam ter diante da interpretação das leis e da atuação das autoridades públicas do executivo e do judiciário. Por um lado, os avisos eram entendidos como uma imediata consequência da hierarquia administrativa e da sua prerrogativa sobre o exercício das competências e das atribuições dos órgãos e funcionários subordinados, o que parece natural à administração do executivo, mas gerava uma conflituosa discussão sobre a “servidão” dos juízes ao governo e a falta de independência do judiciário. Falta de independência que soava muito mais natural à época, mas ainda causaria duras críticas dos liberais na oposição. Havia ainda a incerteza sobre o campo de aplicação dos avisos, que poderiam tratar de um caso concreto como resposta a uma demanda (semelhante à “resolução”) ou ainda estabelecer regras gerais sobre a interpretação de artigos específicos de leis para todos os juízes e sobre a vigência ou a revogação de avisos por outros mais recentes ou de difícil acesso. A própria repetição e o acúmulo de grande número de avisos sobre as mesmas matérias era percebido como um dos sinais de sua aparente ineficácia ou insuficiência.

Os manuais práticos vendidos para uso nos tribunais indicariam como essencial a interpretação das leis com base nos avisos como seria publicado no Código criminal do império do Brasil anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicão, revogão ou alterão algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata connexão. Nova edição; a mais completa; seguido de um appendice contendo a integra das leis addiccionaes ao mesmo codigo posteriormente promulgadas. Por J. M. Pereira de Vasconcellos. Rio de Janeiro: 1860.

Mais ácido em relação ao papel dos avisos ministeriais na política eleitoral era O cabalista eleitoral ou collecção alphabetica e resumida de todos os avisos do ministerio do Imperio relativos á materia eleitoral, desde o anno de 1846, acompanhada de notas explicativas dos que se achão revogados ou modificados pela Legislação moderna, ou por outros avisos. Por \*\*\* [sic]. Rio de Janeiro: 1868.

Apesar de serem publicações posteriores ao período da regência estes manuais servem como exemplo da percepção de um fenômeno que pode ser extrapolado no tempo e que tem raízes na longa duração (continuidade das prerrogativas monárquicas entre o liberalismo e o antigo regime), mas que pode ser destacadamente estudado em seu período de mais inconstante e mais imprevisível (na percepção da época), a década de 1830.

O problema da indefinição do campo dos avisos é acompanhado do problema da definição do campo da lei e do decreto. Como indicam as fontes, distinção de atribuições entre as leis e os decretos do executivo estava longe de ser clara e consolidada, mas, enquanto a limitação do poder dos decretos foi uma frente de ataque clara do liberalismo parlamentar, a limitação do poder dos avisos foi ainda menos regulada pela Assembleia constituinte e legislativa brasileira. Em uma perspectiva conceitual, cabe analisar esta problemática em um contexto maior de definição do próprio conceito de lei, que tão central para a teoria do direito, pode passar por transformações profundas entre o Antigo Regime, a “Revolução” e o liberalismo.

O estudo da história do sentido do aviso ministerial pode ser inserido, portanto, como parte da história do desenvolvimento e de especificação do conceito de lei e de seu contraconceito decreto. Para tanto é preciso superar as barreiras cronológicas artificiais dos “eventos”, como a “independência” ou a aprovação da nova constituição, para interpretar as inter-relações de um universo de experiência que remete a uma continuidade cognitiva vinculada ao passado que é também indissociável de um horizonte de expectativa voltado para um pensado futuro<sup>2</sup>. Isto significa rastrear a trilha do conceito de lei, que remete à história das formas de lei, decreto, portaria, resolução, alvará, etc.<sup>3</sup>, formas definidas e redefinidas ao longo do processo de ascensão do absolutismo monárquico no Antigo Regime que permanecem e ganham novas aplicações nas monarquias constitucionais na Europa e no Brasil.

Além de se tratar de uma disputa política pelos espaços institucionais de poder no regime monárquico constitucional, a análise dos avisos ministeriais parece apontar também para um processo conjunto e mais sutil de controle político da linguagem político-jurídica como projeto de um governo centralizador, isto é, o estabelecimento de uma

---

2 Neste sentido, utiliza-se dos conceitos de “universo de experiência” e “horizonte de expectativa” de Koselleck. Ver: KOSELLECK, R. **Futuro passado contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

3 Sobre a diversidade destes instrumentos e a superação de suas distinções formais ver SEELAENDER, A. L. C. L. . "A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime". In: Bittar, E.C.B.. (Org.). **História do Direito Brasileiro**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, p. 91-108.

“interpretação oficial” vinculante pelo governo central que teria pretensões de ultrapassar o expediente administrativo de aplicação das leis e influenciar a própria compreensão pública de certos conceitos político-jurídicos essenciais – como liberdade civil, autonomia política, representação, etc – especialmente no regresso conservador saquarema.

Para analisar o papel das transformações da linguagem política é preciso primeiramente situar o problema da pesquisa em um contexto histórico mais abrangente, no qual diferentes regimes mentais concorrem para estabelecer uma hegemonia de significados.

O primeiro desafio de inserir historicamente o ideário político pertinente à compreensão dos avisos no pensamento constitucional das primeiras décadas do Brasil império é determinar o grau de pertinência do universo mental do Antigo Regime, que por si só já possuía desde camadas mais tradicionais até o programa jusnaturalista da “primeira modernidade”. O panorama conceitual tradicional no Antigo Regime estabelecia uma relação para com um modelo “pactista” ou “jurisdicionalista”<sup>4</sup> de Estado, de administração “sinoidal”<sup>5</sup>. O ideário jusnaturalista moderno, por sua vez individualista e voluntarista, operava sobre um modelo tendencialmente absolutista (sob o reforço da *potestas legislativa*)<sup>6</sup>. O advento das doutrinas liberais no Brasil do século XIX trouxe o influxo de novos conceitos políticos, tendencialmente opostos ao ideário conservador, mas também buscou alterar elementos da administração da justiça e do governo.

O “triumfo liberal”, que segue a abdicação de D. Pedro I., atua, no campo legislativo, diretamente sobre a redefinição da estrutura e da atividade do Estado – vide a tentativa de “federalizar” o Império, a aprovação do “Ato Adicional”, a regulação do Júri e do Juiz de Paz, etc. – promovendo a conhecida “descentralização”. Tal descentralização foi acusada por doutrinadores como Visconde do Uruguai de promover a irracionalidade vigente no Direito Público brasileiro, irracionalidade

---

4 Sobre o modelo “jurisdicionalista” em Portugal, ver, dentre outros, MONTEIRO, Nuno. Identificação da política setecentista. Notas sobre Portugal no início do período joanino. *Análise Social*, vol. XXXV (157), 2001, 961-987.

5 HESPANHA, A. M. O governo dos Áustria e a “modernização” da constituição política portuguesa. Penélope,

6 HESPANHA, A. M. O absolutismo de raiz contratualista. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2004.

administrativa associada à indefinição dos conceitos políticos. A “reação conservadora” se opôs ao movimento de descentralização através de intervenções não só no âmbito legislativo, mas também através da reestruturação da doutrina do Direito Administrativo – meio imaterial de combate e promoção de mudanças concretas.

O Direito público no Brasil no século XIX apresenta, pois, um campo de fontes para a interpretação do processo histórico de separação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, mas também de elementos mais antigos como a redefinição da noção de “polícia” (poder de polícia), que, deslocado para a administração local, passa a contrastar com o próprio Direito Administrativo, enquanto a delimitação das matérias e das competências administrativas, incompleta do ponto de vista da legislação, acabava sendo determinada através de avisos do ministério da Justiça.

A importância e a centralidade dos poderes ministeriais como pertencentes ao “núcleo duro” do funcionamento político do Estado no Brasil imperial pode ser indicada, em parte, pelo contraste dado não pela exaltação, mas pelas críticas mais radicais endereçadas desde cedo a este modelo. O grau de liberalismo necessário ao governo e à Constituição brasileira foi durante o império, especialmente nas primeiras décadas, um campo de batalha ideológico. O tipo ideal de liberalismo político consequente e decorrente de bases iluministas no começo do império pode ser exemplificado nos discursos de Frei Caneca.

Na visão liberal radical de Frei Caneca, “uma constituição não é outra coisa, que a ata do pacto social, que fazem entre si os homens, quando se ajuntam e associam para viverem em reunião, ou sociedade” (CANECA, 1976, p. 69). Frei Caneca descrevia, portanto, o processo político de seu tempo nos termos de um contratualismo jusnaturalista específico, através do qual a coroa seria instrumentalizada e submetida a uma função pública, sem sentido ou poder próprios, como deixava claro em seu repúdio ao juramento do imperador de “defender a constituição que for digna do Brasil e de S.M.”<sup>7</sup>.

Contrário às aplicações “mais coerentes” do contratualismo como base para a Constituição liberal, defendidas por Frei Caneca, o

---

7 “Pois pode o chefe de uma nação ter outra dignidade, que não seja a dignidade da nação? Um monarca não tem outra felicidade que a felicidade do seu povo; um monarca é grande, respeitado e temido, quando a sua nação é grande, respeitada, honrada e temida. A felicidade, a grandeza e honra não é de uma ou outra parte da nação, é do todo; porém não se pode conceber constituição digna do Brasil, sem que o seja também do imperador” (CANECA, 1976, p. 47).



projeto despótico do ministério Andrada<sup>8</sup> tomava por pressuposto a continuidade das prerrogativas monárquicas, agora com adaptações “constitucionalizantes”, evidenciadas no manifesto de 1º de agosto de 1822, declarado pelo imperador à Corte constituinte: “espero que a constituição que façais, mereça a minha imperial aceitação”. Além da anterioridade política do poder majestático à Constituição, o manifesto, cuja autoria era atribuída à J. Bonifácio, defendia ainda a capacidade legislativa do monarca, não como uma “ambição de legislar”, mas como o exercício de um poder que o imperador naturalmente possuía, ao menos em parte.

A tentativa de submissão daquele momento político ao modelo jusnaturalista liberal representada por Frei Caneca contrastava claramente com a percepção mais pragmática do poder imperial encabeçada pelos Andrada<sup>9</sup> e defendida no projeto de constituição proposto pelo executivo. Frei Caneca atacaria também este projeto, em especial, a centralidade do poder ministerial, o acúmulo de funções de senadores, ministros e conselheiros<sup>10</sup> (que logo se tornaria comum) e a extensão da sanção imperial; além de caracterizar o poder moderador como a “nova invenção maquiavélica” e “chave mestra da opressão da nação brasileira” (p. 70).

O poder dos “maquiavélicos ministros” era tal que Frei Caneca alegava estar o ministério “subjugando o soberano congresso com os seus terrores”. A prática do “terror”, no entanto, seria por sua vez atribuída aos opositoristas pelo governo. No relatório do ministério da Justiça de 1825, ano da execução de Frei Caneca<sup>11</sup>, Clemente Ferreira França aponta

---

8 Vide carta “Sobre os projetos despóticos do ministério do Rio de Janeiro” (cartas de Pítia a Damão) em CANECA. *Ensaios Políticos*. Rio de Janeiro: Documentário, 1976.

9 “Se quer inculcar que S.M., por ser aclamado imperador antes de haver constituição, quando esta se faz, ele tem parte na constituição não como um outro cidadão, já representado pelos deputados, mas sim com um quarto, um terço, uma metade, ou outra semelhante parte do poder supremo, não já compreendida naquela das cortes soberanas: é falso, falso, falso” (CANECA, 1976, p. 46).

10 “[...] É um absurdo em política, que aqueles que fazem ou influem na fatura das leis sejam os mesmos que as executem; e não se pode apresentar uma prova mais autêntica da falta de liberalidade do projeto, do que esta” (CANECA, 1976, p. 71).

11 O relatório do ministro da justiça de 19 de novembro de 1825 fazia referência à atuação dos líderes da Confederação do Equador, dentre eles Frei Caneca,

para os perigos e as ameaças que o governo precisava enfrentar para a manutenção da ordem contra as tendências revolucionárias. Não diferente do que ocorreu no constitucionalismo monárquico europeu, o “terror revolucionário” passou a fazer parte do panorama político brasileiro, servindo para legitimar o “princípio monárquico” e enfraquecer o princípio da deliberação constituinte<sup>12</sup>.

Diante das constantes ameaças de sedição e de revolução passa a se estabelecer uma retórica de fortalecimento do executivo como proteção da ordem no Império, ordem que estava longe de ser assegurada pela Assembleia Nacional. A defesa da “liberdade do governo” para controlar e guiar o Estado contra a “anarquia” muitas vezes defendida pela oposição no legislativo passaria a ser defendida mais claramente pelo ministério da Justiça, de forma mais ou menos crescente, antes e durante os diversos períodos da regência.

A expansão da capacidade do governo de controlar e disciplinar a administração e de neutralizar a oposição política através dos ministérios se desenvolveu, em parte, com o uso da atribuição regulamentar do executivo, tanto pelos liberais, quanto pelos conservadores. O argumento expansível durante o longo período de crise

---

descrevendo a situação da seguinte forma: “A demagogia, esse monstro horrendo, perturbador da ordem, e inimigo da verdadeira felicidade, que se apraz de ver tintos os seus altares com o sangue dos humanos, iludidos, e fascinados pela sua sedutora linguagem, de novo tenta suscitar os seus nefandos projectos. [...] Como Chefes do partido revolucionario, cahião debaixo da Espada da justiça; cujo prompto e devido castigo forçosamente despertava nos seus allucinados sectarios a necessaria reflexão, baldava as lisongeiras esperanças, com que a sua perfida seductora linguagem doirava o crime e atrahia ao seu bando ignorantes Proselytos”. BRASIL, Ministério da Justiça. Ministro [Clemente Ferreira França] conta, que a sua magestade o imperador dá o ministro e secretário d’Estado dos negocios da justiça, do tempo da sua administração. Publicado em 1826.

12 Neste sentido, seguindo Stolleis, já esclareceu Bercovici: “O constitucionalismo europeu da primeira metade do século XIX é, marcadamente, um constitucionalismo monárquico, com uma estrutura dualista e balanceada entre rei e parlamento, buscando limitar o poder real com a constituição escrita. Este modelo constitucional europeu, segundo Stolleis, surge do pacto entre monarca e estamentos ou da outorga monárquica, dificilmente pela via da deliberação em assembleia constituinte” (BERCOVICI, 2013, p. 165).

política que marcou as primeiras duas décadas da independência era o da perigosa imprecisão das ideias, da linguagem e também das leis.

À frente do ministério da Justiça, o liberal Diogo Feijó passaria a defender a necessidade da censura à imprensa, dado o efeito incendiário dos discursos políticos diante de um público ainda inexperiente<sup>13</sup>. Mas o perigo não residia somente na incompreensão do povo sobre as teorias políticas, para Feijó as próprias leis da Assembleia haviam se tornado um problema para o governo porque os legisladores não conseguiam entender e aplicar aquelas teorias<sup>14</sup>. Caberia ao governo, portanto, estabelecer um caminho claro e seguro para a compreensão e aplicação da legislação. Esta postura era exigida na Câmara dos Deputados em 1837, quando Bernardo Pereira de Vasconcelos se pronunciava sobre a necessidade de interpretação do Ato Adicional, criticando o então ministro da Justiça, Francisco de Montezuma, pela falta de cuidado no uso e no esclarecimento do sentido das palavras. Isto porque “é do equívoco das palavras que têm vindo muitos dos erros, e muitas façanhas”<sup>15</sup>.

Durante seus discursos, Vasconcelos atacava o progresso liberal da regência por distorcer e exagerar todos os princípios, causando a demolição das bases do Estado que existiam até então<sup>16</sup>. Assim

---

13 “Povos ainda ignorantes; uma mocidade fogosa, cujos anos vão despontando no horizonte de uma liberdade ainda mal firmada e pouco esclarecida, abraçam com precipitação e sem o menor exame tudo quanto pelo prestígio da imprensa se oferece para sua inexperta razão. Qualquer homem sem letras e sem costumes espalha imprudentemente princípios falsos; ataca a vida particular e pública do cidadão honesto; inflama as paixões e revolve a sociedade” (FEIJÓ, 1999, p. 89).

14 “O mal estava na legislação, não porque esta de antemão fosse feita para enfraquecer a administração passada, como muitos tem asseverado, mas porque é produção de legisladores noviços na arte de legislar e que, longe de fundarem-se na experiência, têm lançado mão de teorias mal entendidas e ainda mais mal aplicadas” (FEIJÓ, 1999, p. 108).

15 “É do equívoco das palavras que têm vindo muitos dos erros, e muitas façanhas. Expliquem-se as palavras, e veremos se o nobre ministro da Justiça tinha razão em estigmatizar assim idéias, que outros professam; que desejam vê-las rebatidas com razões filosóficas e políticas, e não com declamações”. (VASCONCELOS, 1999, p. 237).

16 “Ora, a história de todos os povos mostra que, quando dominam tais idéias, infalivelmente o paradeiro do progresso assim entendido, assim definido, é o abismo. [...] O que faço pois? Explico as doutrina como as entendo, como eu sempre as professei. [...] Eu julguei que em tal caso convinha que procedêssemos com muita circunspeção; que procurássemos excitar a opinião do país, esclarecê-la e ilustrá-la, para revogar a lei quando a opinião estivesse calma e tranqüila; porque só na calma das paixões é que a opinião merece culto como rainha do

Vasconcelos estabeleceu uma argumentação que viria a ser bem aproveitada pelo Visconde do Uruguai em seu Ensaio sobre Direito Administrativo. Enquanto o progresso liberal trazia confusão para as palavras e ideias e desordem para o Estado, o regresso conservador deveria ser responsável pelo esclarecimento dos termos bem-dispostos para pôr em ordem a política e a administração do Império.

A doutrina saquarema privilegiaria a partir daí um aumento radical da capacidade do governo central em relação às províncias, mas também a expansão consciente e planejada do poder executivo e do poder moderador – através do conselho de ministros e do Conselho de Estado respectivamente – sobre o domínio do legislativo e do judiciário.

Grande parte da mentalidade por detrás da execução dos avisos do governo segue como decorrência de uma visão que já transparecia no discurso do Imperador Pedro I, na abertura dos trabalhos sobre o projeto de constituição de 1823, que, em sua narrativa, já se mostrava fundamentalmente distinto do liberalismo político clássico<sup>17</sup>.

---

universo. Esposei este sistema não como sinônimo de retroceder, mas como sinônimo de recurso. Sendo assim, como se julga que é impróprio neste caso o sistema do Regresso? Quererá o nobre ministro entender as minhas palavras, não como as explico, mas como deseja que sejam entendidas? Serão estas as boas regras da hermenêutica, interpretar os autores, não pelo sentido que ligam as suas palavras, mas como se quer que sejam entendidas?” (VASCONCELOS, 1999. p. 238).

17 “Ratifico hoje mui solemnemente perante vós esta promessa, e espero que me ajudeis a desempenhal-a, fazendo uma constituição sabia, justa, adequada, e executavel; ditada pela razão, e não pelo capricho, que tenha em vista tão somente a fidelidade geral, que nunca pôde ser grande, sem que esta constituição tenha bases solidas, **bases que a sabedoria dos seculos tenha mostrado, que são as verdadeiras, para dares uma justa liberdade aos povos, e toda a força necessaria ao poder executivo.** Uma constituição em que os tres poderes sejam bem divididos de forma que não possam arrogar direitos, que lhe não compeirão mas que sejam de tal modo organizados e harmonizados, **que se lhe torne impossivel ainda pelo decurso do tempo fazerem-se inimigos** [...] Todas as constituições, que á maneira das de 1791 e 92, têm estabelecido suas bases, e se têm querido organizar, a experiencia nos tem mostrado, que são totalmente theoreticas e metaphysicas e por isso inexequiveis; assim o prova a França, Hespanha, e ultimamente Portugal. Ellas não tem feito como devião, a felicidade geral; mas sim, depois de uma lecenciosa liberdade, vemos que em uns paizes já appareceu, e em outros ainda não tarda a apparecer o despotismo em um, **depois de ter sido exercitado por muitos,** sendo consequencia necessaria, dicares os povos reduzidos á triste situação de presenciarem e soffrerem todos os horrores da anarquia” (Annaes do Parlamento brasileiro. Assembléa constituinte do Imperio

Primeiramente, a legitimidade e a razão que guia o governo é anterior à Constituição, fundada na tradição monárquica, e não deve limitar a força necessária ao executivo. Em segundo lugar, os demais poderes, judiciário e legislativo, não devem ser capazes de oferecer resistência ao rumo dado pelo poder monárquico, não se arrogando de direitos ou tornando-se inimigos. Por último, destaca-se a necessidade de combater os ideais metafísicos do liberalismo radical, não devendo ser o poder exercido por muitos (parlamentarismo) sem o risco da anarquia e do despotismo, desviando a centralidade do legislativo para o executivo.

Esta visão do poder monárquico não era incontestada e convivia diretamente com a crítica e a oposição<sup>18</sup>. Buscar-se-á demonstrar aqui, no entanto, que em um período de crise como foi o da regência, mesmo os autores mais liberais endossariam o uso daquelas prerrogativas monárquicas para sustentar a capacidade do governo proteger seus interesses imediatos – integridade nacional, controle sobre o pessoal da administração e do judiciário – e os seus planos de reforma. A exposição e a coerência – ou a falta de coerência – dos avisos do ministério da Justiça em consonância com os objetivos dos governos da regência servirão, mais afrente, de evidência para a conformidade ou não da presente tese.

---

do Brasil. 1823. Tomos I, II, III e IV. Annaes parlamentares n. 64. Publicado em 1878.(grifo nosso).

18 Após o discurso de abertura do imperador, Andrada Machado, presidindo a seção em seu discurso de resposta imediatamente defende uma visão mais “liberal”: “A distinção dos poderes políticos é a primeira base de todo o edifício constitucional: estes poderes se achão já distinctamente no recinto augusto desta sala; a sabedoria collectiva da nação; a autoridade constituinte e legislativa; o chefe do poder executivo. Mas é este mesmo recinto apertado, e estreito que eu considero como a imagem mais viva, e energica daquelle laço apertado e indissolúvel, que deve ligar todos os membros do corpo politico, daquella doce harmonia, que deve dirigir para um só fim todos os supremos poderes, aliás distinctos e independentes nos limites da sua esphera”. Ao final da seção registra-se a aparente harmonia entre modelos mentais muito distintos: “Terminada a resposta levantou-se o Sr. presidente e disse em voz alta – Viva o nosso primeiro imperador constitucional – o que foi repetido pela assembléa e espectadores com altas aclamações. Sua Magestade exclamou tambem – Viva a assembléa constituinte e legislativa – e foi igualmente correspondido pela assembléa e espectadores”. Notadamente, pouco tempo depois a mesma assembleia seria suprimida pelo imperador.

## Metodologia

O estudo da “construção do Estado” a partir da “teoria geral do Estado” constitui há tempo uma intersecção tradicional entre o Direito e a Ciência Política. Também é tradicional a abordagem da história institucional para desvendar o funcionamento de órgãos do Estado, seu pessoal e seus instrumentos. Apesar de se tratar de um estudo sobre os instrumentos jurídicos de uma instituição tradicional como o ministério da Justiça, utiliza-se aqui de uma abordagem que dá maior enfoque sobre as dinâmicas da linguagem política. Neste sentido, a chamada “história dos conceitos” (*Begriffsgeschichte*) oferece uma perspectiva de interpretação geral o suficiente para compreender amplos processos históricos sob longos recortes temporais e ainda permitir acesso às relações particulares e concretas através da mecânica dos conceitos.

Tendo seu uso referendado por importantes historiadores do Direito (M. Stolleis, H. Mohnhaupt, dentre outros), a “história dos conceitos” propicia um modelo historiográfico comprovadamente útil para a pesquisa em Direito, especialmente no campo da História do Direito Público. A determinação dos processos e dos significados dos conceitos político-jurídicos serve como referência fundamental para a compreensão de fenômenos gerais na história do direito, sendo o sentido deste método voltado à produção de um trabalho de referência sobre uma área em desenvolvimento.

Complementarmente, o desenvolvimento dos discursos políticos particulares, inseridos em seu contexto (interpretação de anais legislativos, especialmente do senado, e de relatórios ministeriais), podem ser analisados a partir da perspectiva do “contextualismo linguístico” da “Escola de Cambridge” (J; Pocock, Q. Skinner), modelo historiográfico que compartilha de preocupações metodológicas semelhantes à “História dos Conceitos”.

Delimitada material e temporalmente, a extensa pesquisa documental baseada nas publicações da Typographia Nacional e em outras compilações como a de Nabuco de Araújo, proporciona o “campo empírico” necessário para o teste das hipóteses do trabalho.

Ao lado das coletâneas da legislação, buscou-se iniciar a análise do contexto linguístico relacionado com os conceitos jurídicos abordados, primeiramente pelo recursos aos dicionários publicados nos séculos

XVIII e XIX em Portugal e no Brasil, seguidos dos dicionários jurídicos da época e dos índices, manuais práticos e doutrinas publicadas durante, mas também após o período da regência. Estas obras posteriores servem de indicativo e de suporte para a hipótese acerca do impacto intelectual e prático dos avisos no campo jurídicos. Posteriormente, buscou-se destacar que, no panorama conceitual compartilhado no período estudado pela tese concorriam diversas concepções políticas e jurídicas que podem ser representadas como verdadeiras “camadas históricas” discursivas, o que aponta na direção da hipótese de uma larga continuidade cognitiva herdada do Antigo Regime convivendo ao lado de um sistema intelectual e político marcadamente liberal. Desta indicação, derivada da leitura das fontes, é que se buscou uma reflexão sobre as definições tradicionais do conceito de “liberalismo” e do seu contraconceito de “absolutismo” no campo da política e do direito. Esta reflexão permite à pesquisa um questionamento teórico sobre a continuidade de um argumento político em favor da autonomia do Poder Executivo inserida no núcleo tradicional do próprio liberalismo político: a discussão sobre as prerrogativas monárquicas presente na obra de John Locke. Considerado, portanto, que mesmo dentro da tradição liberal havia espaço para a vigência da autoridade política autônoma do poder majestático é que se poderá compreender melhor como que, no liberalismo político brasileiro, o discurso político liberal frequentemente estaria associado ao reforço das prerrogativas monárquicas e, na prática, ao fortalecimento do Poder Executivo através de instrumentos regulamentares como o aviso ministerial.

Após a discussão sobre o contexto linguístico e sobre as raízes teóricas do problema dos avisos diante da legislação sob um regime constitucional, o presente trabalho realizou em uma análise mais detalhada e sistematizada da atividade do Ministério da Justiça do Império durante o período da regência, em suas diversas etapas, destacando a relação entre os conteúdos mais burocráticos dos avisos e as inovações e disposições autônomas trazidas pelos avisos ministeriais, contrastando as práticas dos governos liberais e conservadores desde o auge do movimento liberal até o triunfo do regresso conservador.

Os estudos mais recentes sobre a História do Direito no Império, bem como as pesquisas em História Social que precisam fazer referência à legislação e às posições adotadas pelo governo através do aviso, precisam enfrentar a inconsistência material na publicação e disponibilidade dos avisos ministeriais. Como existiam diversas coletâneas, gazetas oficiais e índices de legislação, além de diversas autoridades capazes de emitir “avisos”, uma referência ao aviso de “12 de

março de 1842”, por exemplo, impõe ao leitor uma tarefa quase impossível, primeiro quanto à localização da fonte e segundo quanto a incerteza sobre qual é mesmo o aviso em questão – pois no mesmo dia podem concorrer diversos avisos do mesmo ministério ou de ministérios diferentes, ou ainda do Conselho de Estado. Os mesmos podiam ainda ser numerados ou não e, segundo as fontes da época, muitos nem mesmo seriam publicados, ainda que pudessem ser usados como fontes jurídicas nos tribunais.

Ao final do trabalho será possível diferenciar o sentido, a aplicação e a forma dos diferentes avisos em uso pelos diversos ministérios, mas principalmente pelo Ministério da Justiça, ao disciplinar magistrados, alterar decisões nos casos particulares, ou ainda estabelecer a interpretação geral a ser seguida por todos os juízes e agentes subordinados ao Poder Executivo.

Evitando-se a expressão *sic* sempre que possível, todas as passagens citadas seguem a grafia das fontes originais, assim como os grifos ou outras marcas, a não ser quando especificado. O mesmo se segue com as traduções das citações em língua estrangeira, que são todas traduzidas para o português através de traduções próprias, a não ser quando especificado.



# 1 TIPOS NORMATIVOS NO ANTIGO REGIME

## 1.1 Absolutismo e formação do Estado moderno

No primeiro capítulo se faz uma análise dos diferentes tipos normativos, dos instrumentos legais e das suas formas diante do pano de fundo do absolutismo político. A análise leva em consideração a utilidade do uso dos “contraconceitos” para revelar os contrastes e a evolução dos significados do objeto de estudo em relação a uma estrutura de longa duração. A análise daqueles tipos normativos traz a necessidade de uma revisão das teorias jurídicas sobre o absolutismo, que possibilitariam a ascensão do Direito legislado perante o Direito comum do Antigo Regime, apesar das importantes limitações sociais e políticas apresentadas ao Direito positivo durante todo o período estudado. A análise das teorias jurídicas vinculadas ao absolutismo se mostra indispensável também porque estas efetivamente moveram um processo de reavaliação das distinções internas entre os dispositivos legais legislados e da hierarquia da lei perante os demais tipos normativos. Muito do estudo sobre o absolutismo estará também relacionado às interpretações sobre o absolutismo dentro do discurso liberal, que pertenceriam ao panorama conceitual presente na legislação e nas decisões do governo durante a regência.

### 1.1.1 Absolutismo e liberalismo

Não existe uma definição unânime sobre o “liberalismo político”. Suas raízes podem ser encontradas naquilo que B. Russell identificava como o “liberalismo filosófico” nascido na Inglaterra e na Holanda; isto é, um movimento predominantemente marcado pelo questionamento das autoridades seculares e eclesiásticas que levaria ao individualismo nos campos social, político e econômico. Com vistas a se preservar as peculiaridades do liberalismo político e econômico do século XIX e suas ramificações continentais e transatlânticas, este pode aqui ser descrito como o primeiro liberalismo (*early liberalism*), ou liberalismo clássico<sup>19</sup>.

---

19 “Early liberalism was a product of England and Holland, and had certain well-

No campo político, o principal alvo daquele liberalismo foi o “direito divino dos reis” e, em menor medida, o fundamento hereditário do poder político, progressivamente substituído pelo direito da comunidade política de escolher a sua própria forma de governo. Ao mesmo tempo, as tendências mais “democráticas” presentes naquele movimento, teriam sido contidas pela centralidade da propriedade como elemento estruturante do direito e da moral social. A importância da propriedade como cerne do movimento liberal não afastava ainda, porém, a expectativa de que o poder político deveria estar orientado ao “bem da comunidade” ou ao “interesse público”. Enquanto a proteção da propriedade privada poderia ser vista como o bem supremo para a comunidade, a tentativa de conciliação destes dois fundamentos políticos tradicionais no liberalismo já estava presente como problema em John Locke, mas é importante destacar que liberalismo político não rejeitaria todos os elementos tradicionais presentes nas doutrinas absolutistas de forma ampla ou radical.

A inconciliável dissociação entre a “propriedade absoluta” e o “interesse da comunidade” enquanto “problema não resolvido” permaneceria, marcadamente, no debate sobre a extensão e abrangência da lei e do seu contraste com as manifestações extralegais ou autocráticas da autoridade pública. Tomada de forma geral, a distinção entre as esferas da lei e do decreto, ou da lei e dos atos monocráticos do chefe de Estado, vista como um problema teórico, pode ser interpretada como a continuação de uma contradição do liberalismo clássico e não somente uma discussão exclusiva do parlamentarismo monárquico do século XIX. É evidente que este problema se tornaria muito mais importante ao ser inserido na lógica do constitucionalismo moderno, mas ele poderia ser pensado à época como parte de um problema a ser resolvido dentro do panorama conceitual preexistente.

---

marked characteristics. It stood for religious toleration; it was Protestant, but of a latitudinarian rather than of a fanatical kind; it regarded the wars of religion as silly. It valued commerce and industry, and favoured the rising middle class rather than the monarchy and the aristocracy; it had immense respect for the rights of property, especially when accumulated by the labours of the individual possessor. The hereditary principle, though not rejected, was restricted in scope more than it had previously been; in particular, the divine right of kings was rejected in favour of the view that every community has a right, at any rate initially, to choose its own form of government [...] The distinctive character of the whole movement is, in a certain wide sense, individualism; but this is a vague term until further defined”.(RUSSELL, p. 597).

Este panorama conceitual preexistente era formado por um conjunto de ideias e de concepções com características de longa duração, relacionadas a uma estrutura experimentada em um “ritmo mais lento” (BRAUDEL, 1982, p. 33). Entendido como inverso ao liberalismo, o “absolutismo” era contestado de forma ampla pelos praticamente todos estadistas e políticos brasileiros. O liberalismo chega no Brasil ao mesmo tempo que chega em Portugal, com a revolução constitucional do Porto. Para entender as origens do problema da lei e dos avisos no sistema constitucional brasileiro é necessário entender o seu pressuposto histórico, que construiu um panorama para a compreensão dos conceitos jurídicos modernos, o absolutismo.

### 1.1.2 Absolutismo em sentido sociológico

De acordo com as interpretações tradicionais (LINDSAY, 1957; BAUMAN, 1987; BLACK, 2009), a ascensão do absolutismo teria sido um processo de rearranjo político associado ao enfraquecimento da sociedade feudal<sup>20</sup>. Na medida que o feudalismo perdia espaço e a nobreza perdia sua “função pública” a estrutura administrativa diretamente vinculada à Coroa ganharia uma predominância sobre os demais poderes da sociedade, ainda que não tivesse força para exercer efetivamente este poder político. Assim, a interpretação histórica tornada clássica por Tocqueville (1997 [1856]) destacou que o absolutismo surgia em um momento de declínio das estruturas tradicionais de poder (não sendo, portanto, a causa do declínio de tais instituições) representado pela perda de um papel político coerente da nobreza hereditária militar e da numerosa nobreza togada.

A reavaliação da “função” da nobreza para o Estado faria parte importante da doutrina política de Montaigne (LAGER, 2005) e de Montesquieu (DOYLE, 2009; MONTESQUIEU, 2008 [1748]), para

---

20 “The phenomenon described in historical literature as the rise of absolutism was - sociologically speaking - a process of redeployment of political power in the wake of, or simultaneously with, the waning of the feudal principle of association between landowning rights and administrative duties” (BAUMAN, 1987, p. 26).

mencionar o caso francês; o mesmo debate se faria muito presente no mundo ibérico (MATTOSO, 1997). A ala “mais baixa” da nobreza seria diretamente um resultado das políticas da coroa de vendas e doações de ofícios que traziam consigo títulos nobiliárquicos vinculados à administração da justiça. Não se pode deixar de destacar, por isto, que o aumento do poder da Coroa não geraria necessariamente um enfraquecimento da nobreza: o monarca precisava usar não só do poder da nobreza, mas sobretudo do poder de enobrecer seus súditos, agraciando-os pelos serviços prestados. O enfraquecimento da nobreza apontado por Tocqueville seria um registro da perda de importância política da nobreza enquanto “classe” ou estamento, acompanhada da *refuncionalização* política da nobreza em torno dos seus serviços à Coroa. Tudo isto, é claro, teria sido pensado para descrever a ascensão do absolutismo francês, mas em maior ou menor medida pode ser aplicado a outras experiências monárquicas modernas.

No Antigo Regime a fonte de legitimidade da *politeia*, da constituição de um governo bem-ordenado, estava fundada em uma concepção sobre a natureza e sobre uma longa tradição. Neste contexto, o pluralismo político do Antigo Regime significava também um pluralismo normativo e a pluralidade de fontes exercia um papel estabilizador para o sistema político.

Um importante traço simbólico sobre as funções do governo encontrava-se na valorização da moderação e da conservação da ordem estabelecida e a generalizada apreensão perante as inovações no campo da política e do governo. Visto desta forma, o governo teria o dever de proteger o direito e a justiça fundados na tradição e suas inovações precisariam ser justificadas como novas formas de conservar a ordem.

Para proteger a tradição, o direito era composto de diversas “camadas” tendencialmente refratárias a quaisquer mudanças bruscas. Destacava-se na “base do sistema” a estabilidade das leis divinas e do direito natural, que atuavam tanto sobre os governantes como sobre os governados. Sedimentadas sobre aquela base estariam as instituições dos juristas, os tribunais, com suas práticas e seus estilos aplicados aos precedentes, de forma a criar uma espécie de “razão artificial” própria da jurisprudência.

A oportunidade para o governante de romper mais abertamente com as amarras do direito comum e dispensar este direito para criar um novo tipo de direito (disponível, voluntário) se apresentava mais claramente perante a administração colonial. Como lembrou Hespánha:

Esta autorização para criar direito – ou, pelo menos, para dispensar o direito existente – era uma consequência normal da natureza das funções de governo ultramarino que lhes eram confiadas. De facto, eles lidavam, por um lado, com matérias mutáveis, tal como as militares e marítimas. Por outro lado, o seu contexto político não era o mundo estabilizado da política dos reinos europeus, em que a justiça e o governo estava enraizados em tradições estáveis e duradouras e formalizados em processos e fórmulas fixados pelo tempo (HESPANHA, *in* MATTOSO, 1997, p. 19).

Como o mundo colonial português teria ressaltado seu aspecto econômico e *útil* para a Coroa – especialmente no período pombalino – os instrumentos normativos e as instituições excepcionais que eram raras no Reino e no direito comum, teriam um papel mais importante e uma expansão menos inibida. Isto seria reforçado pelo desenvolvimento da doutrina da “razão de Estado” e, depois, da “ciência da polícia” e de todos os seus pressupostos, vinculados à busca pela segurança e prosperidade do Estado em um contexto de competição entre nações marcadas pelo mercantilismo.

## 1.2 Rei juiz e rei legislador: desenvolvimento da competência legislativa do poder monárquico

### 1.2.1 Conceção jurisdicional de Estado

As concepções mais tradicionais compartilhadas no Antigo Regime sobre o sentido, a legitimidade e a finalidade do Estado eram marcadas pela forte influência aristotélica. Apesar de analisar diversas formas de governo e diferentes “constituições” do seu tempo, Aristóteles se propôs a reunir o conceito de “justiça” ao conceito de lei (e de decreto) diante da autoridade do Estado. A lei natural estava vinculada à “justiça” e esta era indispensável para que os “decretos” do “soberano” pudessem ter “valor de lei” – assim a finalidade do Estado não consistia somente na satisfação de uma “boa vida” (BARNES, 2000; ARENDT, 2007), mas

também na garantia da justiça. Portanto, para Aristóteles, nem todo decreto da autoridade pública poderia ser considerado justo, sob pena de descaracterização substantiva da “lei”:

E, se for preciso considerar justo todo decreto que emanar de tal soberano, o que se qualificará de extrema iniquidade? Da mesma forma, se, na totalidade dos habitantes, a maioria decide usurpar os pertences da parte menos numerosa, isto não equivale a desagregar a sociedade? Ora, sendo a justiça o principal bem do Estado, não é possível que ela o dissolva. Ela não tolera tal roubo. Não é possível que decretos tão injustos tenham valor de lei” (ARISTÓTELES, 2000, p. 149-150).

A “Lei”, para Aristóteles, precisaria estar vinculada à “justiça natural”, entendida também como equivalente à “razão” e o oposto do julgamento passional. Assim como os demais animais, os seres humanos seriam afetados por “paixões” e, segundo o filósofo, “a paixão transforma todos os homens em irracionais”. As leis em geral não poderiam ser produzidas a partir das paixões humanas, pois “a lei, pelo contrário, é o espírito desembaraçado de qualquer paixão” (ARISTÓTELES, 2000, p. 153).

É importante lembrar que a tradição aristotélica concebia uma distinção entre diferentes tipos de leis e trazia consigo uma hierarquia implícita não somente entre a “lei natural” e a “lei da cidade”, mas também entre as leis particulares da *polis*. Assim, destacava Aristóteles, “faz-se necessária uma distinção entre as leis. Aquelas que estão impressas nos costumes dos povos têm uma autoridade bem maior e uma importância bem diferente das que estão escritas” (2000, p. 154). Toda cidade independente mantinha suas leis próprias protegidas por seus costumes e por suas tradições, mas somente algumas cidades possuíam leis (e “constituições”) escritas. As leis não escritas seriam superiores justamente por dispensarem o registro, por manifestarem uma prática particular espontânea e autônoma. Neste sentido, estava também implícito no pensamento de Aristóteles a proximidade entre a “razão” e o “costume” – pressuposto essencial do ordenamento jurídico do Antigo Regime.

A “constituição” de Estado cada Estado, segundo Aristóteles, determinava a sua forma particular de governo e como o poder e a autoridade política poderia ser exercido legitimamente. Peculiar do

pensamento de Aristóteles seria a definição do “governo regulado pelas leis” como constituindo uma forma específica de governo, diferente da monarquia ou da aristocracia. A *politeia*, república ou “governo constitucional”, seria uma forma particular de governo “bem ordenado”.

Ao buscar identificar a “boa ordem” necessária ao governo (*eunomia*), Aristóteles lançou um dos primeiros e mais influentes conceitos de “constituição” sob a expressão “*politeia*”, definindo-a como a “ordem das magistraturas”, ou a “ordem do Estado no tocante aos diferentes cargos”, ou ainda aquilo que determina “como o governo está distribuído, qual instância decide sobre a constituição e qual o objetivo de cada comunidade”. *Politeia* significaria a “constituição” da *polis* e, assim, a forma como os cidadãos estavam politicamente ordenados. Assim, dizia Aristóteles, que “o Estado é o sujeito constante da política e do governo; constituição política não é senão a ordem dos habitantes que o compõe” (ARISTÓTELES, 2000. p. 41), e ainda, que “a Constituição é a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil” (ARISTÓTELES, 2000. p. 149). O mesmo sentido seria depois recepcionado pelos romanos, e a “constituição” romana seria identificada como o conjunto de regras tradicionais pelas quais se organizava o uso do poder público investido nas magistraturas.

O resgate desta definição aristotélica de “Constituição” diante do seu conceito de “Lei” seria particularmente relevante porque, para Aristóteles, os governos monárquicos e aristocráticos não seriam “governados pelas leis” escritas como a *politeia*. Esta seria uma das razões pela qual Montesquieu eventualmente condenaria Aristóteles por não ter conhecido uma “verdadeira monarquia”. Para Aristóteles, o governo monárquico seria tipicamente limitado pela razão e pelos costumes, mas não pelo texto da lei. Isto, segundo o autor, serviria de argumento para os defensores da monarquia, pois “aqueles que preferem o governo monárquico se baseiam no fato de que as leis, sendo concebidas em termos gerais, não poderiam dar conta dos casos particulares”. O poder do monarca se enquadraria, dentre outras coisas, na necessidade de responder aos casos particulares, dos quais as leis não poderiam regular. Assim, extrapolava Aristóteles, “pela mesma razão, não pode haver Estado perfeitamente governado de acordo com o texto da lei” (2000, p. 156).

A noção de que o Estado não poderia ser inteiramente submetido a leis positivas e a distinção aristotélica entre a lei escrita – fundada na vontade – e a lei consuetudinária – sagrada e indisponível – marcaria não só o pensamento jurídico medieval, mas também a interpretação dos

historiadores do Direito clássicos sobre o tema. Seguindo esta tradição, Fustel de Coulanges sintetizaria que “o antigo direito não é obra de um legislador: pelo contrário, impôs-se ao legislador. Seu berço está na família” (2007 [1864], p. 93).

Aquele “antigo direito” teria sucumbido perante as “revoluções políticas” (principalmente em Roma e Atenas), quando “o direito saiu dos rituais e dos livros dos sacerdotes, perdeu o seu mistério religioso; é língua que todos podem ler e falar” (2007, p. 333). Depois da “revolução”, o direito sagrado seria suplantado pelo direito legislado, apresentando novos fundamentos, pois “os decênviros de Roma receberam o seu poder do povo e também foi o povo que investiu Sólon do direito de fazer as leis. O legislador não representa mais a tradição religiosa, mas a vontade popular” (2007, p. 333).

Desta forma, segundo a interpretação de Fustel de Coulanges, as revoluções políticas ocorridas na antiguidade teriam alterado profundamente os fundamentos do direito público e da própria concepção de lei. Isto porque, depois da revolução, “a lei não é mais tradição santa, *mos*; é simples texto, *lex*, e como representa a vontade dos homens, essa mesma vontade pode revogá-la” (2007, p. 334). Além dos méritos próprios da obra clássica, a interpretação de Fustel de Coulanges pode ser entendida também como uma projeção, ou pelo menos uma reflexão paralela, da mudança radical em torno do conceito de lei e de direito público do Antigo Regime operada pela Revolução francesa. Através desta mudança, a lei positiva, como “representação da vontade”, ganharia um status superior perante todas as outras formas de direito. Esta foi uma mudança que só se completaria na Revolução francesa, mas que já poderia ser identificada parcialmente no desenvolvimento do absolutismo e no reforço da capacidade legislativa dos monarcas. Neste sentido, o absolutismo monárquico lançaria um dos pressupostos do liberalismo constitucional.

### 1.2.2 Concepções sobre o direito legislado no Antigo Regime

O estudo do absolutismo como ponto de partida para a análise do direito positivo produzido pelo Estado consiste em uma âncora teórica já clássica nos estudos em ciência política e história do direito. Em sentido sociológico, foi a ascensão do absolutismo que produziu um modelo histórico para a formulação do tipo ideal weberiano de “Estado moderno”, definido pela monopolização do uso “legítimo” da violência pelo detentor



do poder político (WEBER, 1991 [1918]; WILSON, 2000)<sup>21</sup>. Dentre as variações do que se pode chamar de absolutismo monárquico nem o soberano teria reclamado todo o poder para si (monopólio da violência), mas de fato o aumento substancial da sua capacidade disciplinar em detrimento os “corpos intermediários” é o elemento comum das experiências absolutistas.

Se por um lado a ascensão do absolutismo abriu um grande espaço para o uso do poder político de forma menos restrita por outros polos de poder, a abrangência dos poderes monárquicos necessariamente esbarrava em limitações materiais que evidenciavam a fragilidade deste novo modelo de governo. As imensas dificuldades materiais e administrativas deflagradas por este processo de centralização ficariam especialmente evidentes no mundo colonial ibérico, no qual a ausência de instituições tradicionalmente “feudais” ofereceria menor concorrência para a monopolização do poder pela Coroa, ao mesmo tempo em que as distâncias e a falta de pessoal tornava quase impossível um controle efetivo sobre a gestão dos interesses do Estado e do governo.

Apesar das suas evidentes limitações práticas, o absolutismo teve um importante papel simbólico e teórico para o desenvolvimento da teoria do Estado moderno e especialmente sobre a fundamentação política do poder de legislar. Ao se desvencilhar das instituições tradicionais, o papel do legislador perante a sociedade poderia cada vez mais encontrar uma justificativa diferente daquela meramente conservadora da ordem para exercer um poder “reformador” ou até mesmo criador de uma ordem “melhor” ou mais “esclarecida”. Neste ponto teórico que o absolutismo poderia se associar ao iluminismo e apresentar ao poder político centralizado do legislador a sociedade a ser reconstruída pelas leis racionais como uma *tabula rasa*, ou como uma terra virgem (analogia ainda mais adequada à América colonial). Na concepção mais radical do absolutismo, como enfatizou Bauman, o rei assumia o papel de um deus legislador capaz de recriar a sociedade “a partir do nada”, como se toda a sociedade fosse moldável e pudesse ser costurada pelas leis do soberano (1987, p. 28).

---

21 “The absolute monarch was the first specimen of the Weberian 'modern state' distinguished by claiming a monopoly of the means of violence” BAUMAN (1987).

A figura do rei-legislador se desenvolveu junto ao absolutismo monárquico, em Portugal principalmente a partir de 1750, em contraste com a visão tradicional do papel do rei conciliador. Como apontou Seelaender,

para autores como Diogo Guerreiro C. De Aboym (1663-1709), o rei era especialmente um 'astro benigno', que distribuía graça e justiça, 'desfazendo toda a nuvem de pleitos'. Sua função consistia em conservar e defender a ordem jurídica, não em promover a sua reforma, transformação ou reorganização (2009, p. 97).

Para dar vazão à torrente de novas normas jurídicas emanadas pelo poder político, a ascensão do rei-legislador teve como seu principal instrumento o “alvará”. O alvará não possuía uma definição restritiva e tradicionalmente poderia tratar de qualquer coisa de interesse do governo abaixo da lei. A expansão do conceito de “polícia” no Antigo Regime, por sua vez, ampliou consideravelmente o que poderia ser considerado como “coisa de interesse do governo”. Desta forma, “após 1750 multiplicou-se claramente o número de alvarás. Estes se converteram em principal veículo da legislação em matérias de polícia, ocupando o lugar das obsoletas pragmáticas”.

Como apontado por diversos autores (STOLLEIS, 2008; SIMON, 2009; FOUCAULT, 1994; SEELAENDER, 2003), as “matérias de polícia”, deixariam de ter um papel marginal na atividade política do Estado para se tornar a principal doutrina política interna do período absolutista, ao lado do Mercantilismo e da “Razão de Estado”<sup>22</sup>. Transposta ao plano das normas jurídicas, a doutrina da polícia permitiria ao governante introduzir inovações e afastar as barreiras institucionais ao dar “força de lei” aos seus alvarás nas áreas de interesse estratégico da Coroa:

---

22 Sobre a passagem da polícia de uma forma de gestão doméstica para mais completa economia política e a sua influência na doutrina americana ver: DUBBER, M. D. **The police power: patriarchy and the foundations of American government**. New York: Columbia University Press, 2005.

Através de alvarás e “alvarás com força de lei” foram feitas importantes inovações e modificações na política colonial, na administração portuguesa, na situação jurídica dos índios brasileiros e na estrutura urbanística de Lisboa (SEELAENDER, 2009, p. 103)

Se anteriormente havia uma fundada tradição de diferenciação e de respeito a critérios jurídicos para o uso das diferentes normas legais, aquelas produzidas em conjunto com as cortes ou pelos ministros do rei e com a sanção da chancelaria, no absolutismo tornou-se notável a flexibilização das formas<sup>23</sup> e o uso de fórmulas voltadas a afastar o controle externo da sua aplicação. Novamente, a radicalidade das mudanças trazidas pelo absolutismo no campo da legislação ficam mais claras no mundo colonial (WEHLING; WEHLING, 2004), como apontou Seelaender:

Bom exemplo disso se encontra em um alvará de 1753, referente à administração do Distrito Diamantino. A Coroa exige aqui a observância do alvará 'sem embargo de que seu efeito durará por mais de hum anno, e de que não passe pela Chancellaria'. O alvará vale 'não obstante as Ordenações em contrario', que o Rei-Legislador declara 'derrogadas, como se dellas fizesse expressa menção' (2009, p. 104).

Dentro da tradição político-jurídica herdada do Antigo Regime e não completamente descartada pelo “liberalismo” havia um reconhecido e importante espaço a produção do “direito” diretamente pelo “governo”. Este direito não seria o “direito dos juristas”, o direito doutrinário ou o direito científico, mas certamente havia um volume de reiteradas fontes

---

23 “A multiplicação dos alvarás foi acompanhada de uma crescente desconsideração dos requisitos formais e da especificidade de cada tipo de diploma no direito português. Na segunda metade do século XVIII a equiparação do alvará à lei e à carta de lei já era abertamente imposta mesmo sem o prévio preenchimento de seus pressupostos legais” (p. 103).

escritas (alvarás, portarias, avisos, etc.) que podem ser identificadas enquanto “direito”, mesmo diante da sua falta de “autonomia” disciplinar

Parte importante das fontes que indicam a produção do direito legislado desde a Idade Média aponta para a atividade legislativa particular dos governos locais - dos municípios e dioceses até os reinos independentes - em contrariedade ao “direito comum” ou de forma independente deste. Pode-se argumentar que tais fontes não representavam uma ruptura com a concepção ordenativa do direito (em oposição à concepção “voluntarista”), mas que ressaltavam uma visão orgânica, porém menos sofisticada, de um direito compatível com peculiaridades e contradições, que por sua vez não demandavam uma sistematização pelos juristas por sua trivialidade. De fato, os juristas passariam a empreender um esforço de sistematização daquela legislação complexa e abrangente apenas por volta do século XVII-XVIII, principalmente na área da “polícia” (STOLLEIS, 2005).

Durante o desenvolvimento do absolutismo monárquico, a descaracterização de instrumentos jurídicos usados pelo monarca como excepcionais ou como não fazendo parte do “direito comum” poderia apresentar duas consequências importantes. Ao serem sub-categorizados, o uso de tais instrumentos poderia mais facilmente passar “abaixo do radar” das controvérsias jurídicas em que a opinião dos juristas teria um peso maior. Por outro lado, não fazendo parte do “direito comum”, mas não estando também em uma clara posição de inferioridade hierárquica, tais instrumentos permitiam a criação de regras concretas “apesar” das regras gerais do “direito comum”. A descaracterização daquelas normas como “direito”, portanto, eventualmente poderia servir aos propósitos do “rei legislador”, em especial quando este desejasse alterar ou contrariar o “direito comum” sem antagonizar a tradição jurídica.

Bodin (1576) já havia sintetizado as diferentes atribuições da soberania no poder de dar e de cassar leis (*donner & casser la loi* [cap. I, 8]). Fazer guerra e declarar paz, cunhar moeda e nomear magistrados, todas as atribuições do poder soberano poderiam ser chamadas de “legislar”. A caracterização “absolutista” que Bodin deu à lei como forma geral de manifestação da soberania não era completamente estranha às fontes do Direito romano clássico e medieval. De fato, a maioria das funções de produção e aplicação de normas, bem como o poder de comando, era compreendida no Direito romano sob a expressão *jurisdictio*, “jurisdição”. Através da “árvore das jurisdições” tardo-medieval, o poder jurisdicional de julgar e de executar o direito (*potestas* e *imperium*) era compartilhado por diversos ofícios particulares, enquanto

o poder jurisdicional geral e amplo seria reservado aos reis (i.e., como imperadores em seus respectivos reinos) (HESPANHA, 1982).

O “soberano absoluto” jamais reivindicaria para si, na prática, o domínio sobre “todo o Direito” vigente no reino, nem mesmo se colocaria como “fonte” de toda ordem jurídica – à exceção da teoria de Hobbes (1651). O domínio do monarca sobre o Direito geralmente estava associado ao “Direito legislado” e ao estabelecimento de comandos, ordens, ordenações. É preciso destacar, porém, que mesmo neste sentido, o “rei-legislador” raramente era a fonte dominante de “Direito legislado”, para além de períodos mais marcados pelo absolutismo em reinos juridicamente mais centralizados, como Portugal após o terremoto de Lisboa (1755). A atividade das câmaras municipais ou dos *parlements* regionais formavam um volume de normas escritas particulares que constituíam parte do “Direito local como um “Direito legislado” não associado à autoridade da Coroa.

As *ordonnances* francesas repetidamente buscavam reorganizar as leis vigentes em todo o reino, buscando reformar os costumes particulares através de ordenações gerais<sup>24</sup>. Neste sentido, a *ordonnance* de Blois de 1499 exigia que todos os juízes que não tivessem formação em Direito apontassem um assessor formado, a de Villers-Cotterêts de 1539 reformava a jurisdição eclesiástica, regulava o registro de batismo e determinava o uso da língua francesa em todos os documentos oficiais. As *ordonnances* d’Orléans em 1564, de Moulins de 1566 e de Blois de 1579 reiteradamente diferenciavam a “nobreza togada” da “nobreza de espada”, ao determinar que estes últimos poderiam ainda participar dos julgamentos em tribunais, mas sem poderes deliberativos – deixando a decisão para os togados

As repetidas tentativas de uniformizar o direito francês no Antigo Regime pelo monarca apontam para o fato de que até o final deste período, o monarca francês, ainda que “absoluto” em outros sentidos, não era o único legislador. Somente durante a Revolução francesa o diretório conseguiria se afirmar como o único legislador perante todo o ordenamento jurídico do país.

---

<sup>24</sup> Ordenações comentadas em CHÉRUÉL, Adolphe. **Dictionnaire historique des institutions, mœurs et coutumes de la France**. Paris, Librairie Hachette, 1899.[disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k82699n>]

### 1.2.3 Teoria da soberania e *potestas legislativa* (Jean Bodin)

Na França, o grande teórico do absolutismo real foi Jean Bodin (1530–1596). Em sua obra “Os seis livros da República” (1576), a soberania é definida como a força essencial que une uma comunidade política, garantindo-lhe existência. Assim, a soberania seria o fundamento do próprio Estado, seu elemento constituinte. A soberania teria, para Bodin, três características essenciais: sua “indivisibilidade”, seu caráter “perpétuo” e sua posição “absoluta”. A soberania seria indivisível por representar a força única que move a totalidade do Estado, perpétua por ser vinculada à continuidade do Estado – existindo enquanto o Estado durar – e absoluta por não estar sujeita a julgamento ou a ordens de outros poderes, não reconhecendo, portanto, autoridade superior.

Bodin definia o conceito de soberania independentemente das diferentes “formas de governo”. O autor descrevia através da história a existência de governos democráticos (governo de muitos) e aristocráticos (governo de poucos), mas concentrava sua obra na defesa da monarquia como a forma de governo mais perfeita para o exercício pleno da soberania.

No monarca soberano, segundo Bodin, residiria todo o poder do Estado, poder que seria exercido de forma absoluta, isto é, sem obstáculos externos ou internos. O rei não precisaria da aprovação de autoridades externas ao reino, como o imperador do Sacro Império ou o Papa, nem daquelas pertencentes ao reino, como os parlamentos de nobres ou de magistrados.

A monarquia apesar de “absoluta”, não seria ilimitada. Ao monarca cabia respeitar o Direito Natural, as leis divinas e ainda as “leis fundamentais do reino”. Aquele que violasse tais limitações degeneraria o seu governo e transformaria a monarquia em tirania. Mais do que o vago “Direito Natural”, ou as “leis divinas”, as “leis fundamentais do reino” formariam, no Antigo Regime, um amplo campo de conflito e de interpretação sobre os limites do poder real. Para Bodin as leis fundamentais seriam aquelas normas que regem o exercício da soberania e, em especial, as regras de sucessão do trono.

Apesar destas limitações jurídicas, Bodin não admitia que o poder do monarca pudesse ser oposto por vias institucionais explícitas. Assim, caberia ao monarca seguinte reparar os erros cometidos pelo soberano, nunca a outros poderes internos ou externos ao Estado. Assim como Bodin, Loyseau (1610) previa limitações ao poder do soberano ao

prescrever o cumprimento das leis divinas e naturais, assim como das “leis fundamentais”. Loyseau usava o conceito de *plenitudo potestas* do Direito Canônico para definir a soberania como um poder necessariamente completo, como o “círculo da coroa”<sup>25</sup>.

Loyseau apresenta em sua obra (1608, *Seigneuries* ii. 53; *Offices* II, ii, 30) uma posição plenamente diferenciada do poder do soberano perante os demais suseranos. O poder dos senhores estava baseado no domínio sobre a “propriedade”, o que trazia consigo o direito de administrar a justiça naquelas terras, mas sem representar um poder público (*Seigneuries* iv. 7-8). O rei não se confundiria com os demais senhores, ao passo que não possuía direitos imediatos sobre as terras e os bens das pessoas sob seu governo (direitos feudais), detendo um poder “absoluto”, tipicamente “público”, para legislar, criar ofícios, declarar guerra e paz, julgar recursos e cunhar moedas. Os oficiais criados pelo rei exerceriam parte daquela autoridade pública sobre a administração da justiça, concorrendo com o exercício da justiça “privada”, vinculada aos territórios e supervisionada pelos senhores da terra.

Os autores “absolutistas”, como Bodin e Loyseau, reavaliaram o status da soberania real perante o dever de guardar, proteger e administrar a justiça. Sem afastar o dever fundamental do rei de exercer a justiça, que precisava ser compartilhado com os “corpos intermediários”, estes autores defenderam uma atribuição especial e exclusiva vinculada ao poder soberano sintetizada no poder de legislar. Esta mudança radical do ponto de vista teórico teria uma influência duradoura na doutrina do direito público, apesar de não ter tido um impacto imediato tão significativo.

Vale lembrar que, ainda que se possa identificar uma mudança fundamental promovida por Bodin quanto à centralidade do poder de legislar diante dos atributos da soberania, na prática do “absolutismo” francês, os juristas mais influentes do período de Luís XIV, como Le Bret, Domat, Bossuet e de Ferrère, não fariam a mesma associação necessária entre a soberania legislativa e a autoridade real (PARKER, 1996, p. 171). Muito tempo depois da teoria de Bodin, a concepção do rei como sendo fundamentalmente um juiz permaneceria como a mais influente, especialmente para diferenciar o poder absoluto do monarca (irrecorrível) de um poder despótico (arbitrário).

---

<sup>25</sup> « la couronne ne peut être si son cercle n'est entier, aussi la souveraineté n'est point si quelque chose y fait défaut »

#### 1.2.4 Potestas legislatória no absolutismo

A teoria do soberano absoluto enquanto detentor de um poder pleno, *potestas absoluta*, capaz de derogar o direito comum, *legibus solutus*, foi se desenvolvendo em paralelo à centralização do poder papal na Igreja e a positivação do Direito Canônico. Berman (1983), identificou o papa e os concílios da Igreja como os primeiros legisladores da Europa da Idade média. Como destacou Black (2009), o papa havia se consolidado como a autoridade judicial mais alta da Igreja e logo arrogaria para si o direito de legislar e de alterar o direito e a interpretação vigentes<sup>26</sup>. Estes dois aspectos do poder absoluto no plano espiritual detidos pelos papas seriam refletidos no plano temporal pelos governantes seculares<sup>27</sup>. Neste sentido, Skinner (2003) identificou a importância da argumentação de Marsílio de Pádua sobre a aplicação da *plenitudo potestatis* pelos papas e príncipes.

A *plenitudo de poder* dos papas, segundo Marsílio, estava fundada primeiramente na pretensão de dar a definição dos significados das Escrituras, além de convocar os Concílios, de excomungar, de nomear ministros da fé e decidir sobre as controvérsias. No exercício do poder temporal, a *plenitudo potestatis* deveria ser transferida para “o fiel legislador humano”, de acordo com Marsílio, desta forma, “a figura do legislador, em cada reino ou cidade-Estado independente, é a única detentora do direito de uma completa 'jurisdição coercitiva' sobre 'toda pessoa individual e mortal, de qualquer condição que seja'” (SKINNER, 2003, p. 43). Assim, parte importante do desenvolvimento da teoria da soberania seria consequência da transposição da plenitude de poder enquanto prerrogativa papal para as prerrogativas reais. Esta transposição

---

<sup>26</sup> O *Decreto sobre as escrituras canônicas*, de 1546, determinava como uma interpretação central da contrarreforma a ideia de que a Igreja exercia “uma autoridade hierárquica e legislativa diretamente controlada pelo papa” (SKINNER, 2003, p. 422).

<sup>27</sup> “There were two particular strands to Innocent III’s understanding of plenitude of power that were to be of interest to secular rulers: first, the connection between fullness of power and the pope’s role as chief judicial officer of the Church; and second, the identification of plenitude of power with absolute authority above the law”. (BLACK, J. **Absolutism in Renaissance Milan: plenitude of power under the Visconti and the Sforza, 1329-1535**. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2009.p. 9).



já estava presente entre os juristas do século XIV e XV, ainda que não constituísse uma doutrina moderna da soberania propriamente.

O debate em torno da capacidade legislativa do monarca na modernidade teria, necessariamente, como pano de fundo, uma raiz na tradição jurídica legalista. Juristas que serviriam como fontes do direito comum, como Bártolo e Baldus de Ubaldis, aceitavam o pleno poder dos príncipes como não submissão do monarca às leis e admitiam que aquilo decretado pelos príncipes tinha “força de lei”<sup>28</sup>. A figura pessoal do príncipe como detentor de privilégios estava no núcleo deste conceito, já que este poder pleno de não se submeter às leis e derogá-las com suas decisões não era interpretado como um atributo do corpo político coletivo – do “povo” –, mas como uma prerrogativa pessoal do príncipe<sup>29</sup>. Para aqueles juristas já estava claro que a autoridade do príncipe era excepcional, em contraste com o direito comum, e que a sua autoridade tinha força própria e não se confundia com a vontade popular. Um passo posterior, necessário à consolidação da teoria do Estado, seria a caracterização do rei legislador como autoridade suprema em seu reino, em detrimento da jurisdição senhorial e eclesiástica<sup>30</sup>.

Assim como caberia exclusivamente aos papas a anulação de um casamento entre príncipes ou a permissão do mesmo entre parentes de sangue real, isto é, a decisão sobre algumas matérias jurídicas excepcionais, os príncipes reclamavam para si direito de julgar determinadas matérias como sua *iura reservata*, como um poder

---

<sup>28</sup> “Like his predecessors, Baldo accepted that plenitude of power could be identified with the ancient maxim that the emperor was not bound by law: ‘The expression is not found in the *Corpus iuris civilis*, but it is correct to say that it is indicated by the words “whatever the prince decrees has the force of law”.’” (BLACK, 2009, p. 19).

<sup>29</sup> “Since it was the prerogative of a personal ruler, not of a collective body, republican city-states did not have plenitude of power as such: in Baldo’s words, ‘plenitude of power is not an attribute of the people.’” (BLACK, p. 199)

<sup>30</sup> “Mais um pré-requisito para se chegar ao moderno conceito de Estado é que se reconheça que a suprema autoridade em cada regnum independente, enquanto poder legislativo e objeto de lealdade, não conte com rivais no interior de seu território. Uma tal imagem unitária da soberania política não teve condições de emergir, na Europa medieval, devido às teses jurídicas que fundamentavam a organização feudal da sociedade e à exigência da Igreja no sentido de atuar como um poder legislativo que coexistisse com as autoridades seculares, em vez de subordinar-se a elas. Assim, ocorreu mais uma alteração conceptual de grande importância ao começar a ser contestados os conceitos de jurisdição senhorial e eclesiástica”. (SKINNER, 2003, p. 619).

privativo. Isto era claro quanto ao poder privativo dos príncipes de legitimar os “filhos naturais”, de elevar um menor à maioridade, de decidir sobre os órfãos ou emancipados, de perdoar um criminoso pela graça, dentre outros casos em que as regras gerais poderiam ser afastadas. Em Portugal, a Casa da Suplicação exercia estas competências excepcionais e decidia sobre as matérias reservadas ao príncipe em nome deste. Neste sentido, a Casa da Suplicação exercia o papel de “tribunal de prerrogativa”, de forma análoga aos demais tribunais reais do Antigo Regime em outros reinos europeus.

### 1.2.5 Direitos reservados e jurisdição graciosa

A posição única do monarca como detentor de “direitos reservados” para julgar excepcionalmente seria reforçada, simbioticamente, com a prática das petições privadas direcionadas à Coroa por particulares. Tradicionalmente as “petições privadas” (*petitions des singuleres persones*) consistiam nos pedidos realizados perante o rei e seu conselho privado. Diferente das demais petições, as respostas àquelas petições privadas não geravam regras gerais ou precedentes garantidos pela coroa, mas estabeleciam decisões relevantes somente para os casos particulares (DODD, 2007), refletindo o poder real de estabelecer privilégios (MOHNHAUPT, 1975) e de agraciar (HESPANHA, 2006).

O pressuposto dos “direitos reservados” ao príncipe e do funcionamento dos “tribunais de prerrogativa” era a diferenciação entre a “justiça” e a “graça”, dentro da qual a justiça era um atributo real compartilhado com os demais magistrados, mas a graça permanecia vinculada à especial posição ocupada pelo *soberano*. Deve-se lembrar que nem sempre havia, entre aqueles que participavam da administração da justiça ou que peticionavam à Coroa, uma compreensão precisa e delimitada sobre o significado da graça. A graça era um conceito com características genéricas e, muitas vezes, as petições dos particulares à Coroa pressupunham a identidade da graça para com um apelo à prerrogativa real (DODD, 2007, p. 236). Parte do seu uso, no entanto, fazia parte do estilo jurídico da época, em que a autoridade do rei para resolver a controvérsia era invocada como forma de pedir uma especial consideração à causa do suplicante (não havendo um antagonismo necessário para com a execução da “justiça”).

O poder de peticionar diretamente à Coroa oferecia ao monarca a oportunidade de se posicionar mais claramente como único detentor da soberania, na medida em que de sua decisão não caberia recurso ou apelação a qualquer autoridade superior. Da mesma forma, a petição à Coroa era uma forma de se contornar as estruturas tradicionais e descentralizadas de poder (“poderes periféricos”) e de satisfazer uma demanda especial de qualquer um capaz de exercer influência sobre o sistema. Portanto, toda forma de resistência ao poder real em defesa da autonomia local sustentada pelos poderes periféricos podia ser também sabotada ou “rapidamente abandonada” quando a intervenção da Coroa pudesse ser útil para a satisfação de interesses particulares daqueles envolvidos com os poderes locais (DODD, 2007).

Em especial, deveria ser levado em consideração para a concessão da graça a existência de “relevantes serviços prestados ao Estado” pelo suplicante, coisa que não poderia ser julgada pela autoridade judicial ordinária. A especial autoridade do monarca perante a concessão da graça poderia também sopesar a pretensão do particular com as demais graças recebidas anteriormente pelo mesmo sujeito, ou a falta delas. Esta forma “graciosa” de julgamento, que parece ser exclusiva do Antigo Regime e incompatível com a ordem constitucional, poderia ser ainda identificada reiteradamente nas consultas do Conselho de Estado no Império<sup>31</sup>, em conjunto com as deliberações do Poder Moderador.

A concepção de que a graça, enquanto atributo próprio do soberano, estava associada à concessão de privilégio a um particular ou à dispensa da lei no caso concreto, é marcante por sua continuidade como parte habitual do vocabulário jurídico que é recepcionado no século XIX. Assim descrevia o “Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico” [v. 2], publicado em Lisboa em 1827, por por Joaquim José Caetano Pereira e Sousa: “entende-se por graça os dons, pensões, e

---

<sup>31</sup> Resolução nº 38 de 5 de janeiro de 1844 e Resolução nº 95 de 12 de setembro de 1846. Na primeira, o Conselho acolhe o pedido de indenização do Marquês de Cantagallo sobre a perda do “Officio de Escrivão da Alfândega”, na segunda, nega ao visconde de S. Leopoldo a indenização “pela perda dos officios de juiz e sellador das alfândegas”, sob o argumento que este último já haviam recebido diversas “mercês” como recompensa de seus serviços prestados. A Resolução de 28 de Junho de 1865 reconhecia o direito a parte dos rendimentos do ofício de tabelião de notas da Corte a duas viúvas descendentes do capitão tenente Guilherme Kelly, porque este havia prestado serviços à Coroa em 1794 e o ofício havia sido parte da sua remuneração graciosa. Sobre estes casos, ver análise já realizada em Coelho (2012).

privilegios concedidos pelo Soberano”. O autor do dicionário lembra que “graça também significa perdão” e que “os motivos que para a concessão da graça se allegão devem verificar-se como huma verdadeira condição della”. A obra indicava ainda que a graça poderia ter uma aplicação geral e indistinta, pois “as graças, e beneficios com que o Soberano promove a felicidade dos vassallos diz-se na Lei de 4 de Fevereiro de 1773, que devem descer do Throno com igualdade para todos”. A graça poderia significar a concessão de um privilégio pelo soberano, mas o monarca poderia estabelecer também “privilégios gerais”, garantidos à coletividade dos súditos.

Aquele mesmo raciocínio permitiria a assimilação anacrônica das garantias constitucionais – por juristas mais conservadores – como parte de uma tradição de concessões gerais graciosas do soberano para com seus súditos. Isto porque o discurso jurídico em torno da graça e as teorias legitimadoras da autoridade monárquica há muito tempo haviam aprendido a conviver ao lado de teorias de cunho jusnaturalista. Quando as teorias constitucionais mais liberais passam a atacar as prerrogativas monárquicas e o poder político da Coroa, os defensores destes elementos conservadores poderiam encontrar dentro das bases do discurso liberal – no direito natural racionalista – pontos de apoio para a manutenção da ordem institucional herdada do Antigo Regime.

## 2 O DIREITO LEGISLADO NO ANTIGO REGIME

### 2.1 O Direito legislado a partir do jusnaturalismo

Apesar possuir precedentes importantes, a concepção do direito enquanto comando vindo do governo e manifestável através de um instrumento jurídico genérico só poderia se consolidar após os desenvolvimentos trazidos pelos teóricos modernos do Direito Natural. Estas primeiras contribuições organizariam as questões político-jurídicas fundamentais que seriam debatidas no século XIX: o sentido e a forma da lei, a hierarquia entre as normas e a Separação dos poderes do Estado.

#### 2.1.1 Toda forma de lei como comando do soberano (Hobbes)

Thomas Hobbes foi o autor que argumentou de forma mais radical em favor da alteração dos fundamentos da lei da razão escrita para a autoridade política. Na época de Hobbes, no entanto, a prática do direito e da aplicação da lei consistia preponderantemente na busca por soluções razoáveis possíveis dentro da tradição exercida através da interpretação jurídica. Esta mudança de fundamentos elementares sobre o entendimento da lei teria acontecido, de acordo com diversos autores, principalmente durante o século XVIII, no período de expansão do absolutismo monárquico (OESTREICH, 1969) e da correspondente tentativa de controle sobre a prática judicial e a elaboração do direito pela autoridade soberana.

Exceto em Hobbes, que rejeita a distinção entre rei e tirano, o princípio segundo o qual o soberano é *legibus solutus* nunca é tomado ao pé da letra: para Jean Bodin, considerado com razão o maior teórico do absolutismo, o soberano *legibus solutus* está livre das leis positivas, que ele mesmo emite, ou das leis cuja validade depende, como no caso dos costumes, da sua tolerância, mas não das leis divinas e naturais que não dependem da sua vontade, e das leis fundamentais do reino, em virtude das quais o seu poder é um poder não de fato, mas legítimo (BOBBIO, 2000, p. 209).

Como já ressaltado por diversos autores (STOLLEIS, 2011; MOHNHAUPT, 2011), Hobbes emblematicamente afirmava que “todas as leis precisam de interpretação” (*Leviathan*). Tal afirmação certamente não tinha a função de defender a autonomia da interpretação ou do intérprete em relação à autoridade legislativa, mas justamente apontava para a inescapabilidade do problema da interpretação da lei. Se a lei deve expressar um comando soberano da autoridade política, tal lei precisa ser transmissível, cognoscível e aplicável em uma escala muito maior do que a força física imediata permitiria. Para que a autoridade política preserve e exerça a sua força de comando seria, portanto, essencial a sua capacidade de se fazer compreender a vontade do soberano.

Em *The Elements of Law, Natural and Politic* (1650), Hobbes abordaria a questão da interpretação da lei como parte do fenômeno maior da linguagem dos seres humanos. A interpretação consistiria no entendimento necessário do comando dado pelo soberano. O soberano naturalmente estaria vinculado ao uso de palavras para expressar os seus comandos, mas o sentido destas palavras deveria estar ele mesmo submetido ao soberano. Enquanto as palavras comumente usadas pudessem ter os mais diversos sentidos, as palavras emitidas pelo soberano não poderiam ter outro sentido senão aquele que deriva de sua vontade, sempre justa por definição.

Uma vez constituída a autoridade soberana por uma convenção de uma multidão de pessoas e de vontades a pessoa una e artificial passaria a manifestar a sua vontade de forma autônoma através de uma pessoa física (ou um conjunto de pessoas) descrita por Hobbes (1651) como um “ator” ([*Leviathan*], Liv. I, Cap. XVI). Este ator, que exerce em todos os aspectos os atributos da soberania, expressa a vontade daquela pessoa artificial (o “Estado”) ao emitir quaisquer de seus comandos. Todo o comando dado pelo soberano (“Estado”) pela boca do seu ator (rei, governo), independentemente da forma adotada representaria uma manifestação de vontade; e a vontade do soberano, para Hobbes, seria o fundamento da lei; o soberano seria também necessariamente o legítimo legislador civil.

No “estado de natureza”, o direito e a lei seriam coisas fundamentalmente distintas para Hobbes. Enquanto o direito natural consistiria em uma ampla e irrestrita “liberdade”, as leis da natureza seriam imposições ou “comandos da razão” (*Leviathan*, Liv. I, Cap. XIV). De qualquer forma, com a emergência da sociedade civil, que decorre do cumprimento das “leis da natureza” (a terceira em especial), o “direito natural anula o direito natural”, para citar a característica frase de Gierke

(KOSSELECK, 1999, p. 173): “Hobbes restringe tanto o conceito de lei à expressão da vontade soberana que as leis naturais – depois que elas deram origem ao Estado – perdem uma legalidade própria”.

Em outras palavras, após o seu uso para a fundamentação da autoridade soberana, o direito natural (junto com as “leis da natureza”) para Hobbes perde a relevância após a constituição da sociedade civil. Desta forma, o direito e a lei passariam a ter na sociedade civil qualquer conteúdo permitido ou desejado expressamente pela autoridade soberana. A lei não seria fundamentalmente distinta de um decreto, de uma sentença ou de uma ordem pessoal do soberano, senão pelas distinções formais trazidas pela tradição jurídica permitida pela autoridade e, da mesma forma, plenamente revogável.

O essencial para a definição de lei em Hobbes é a caracterização da manifestação pública de vontade do Estado sobre aqueles que lhe devem obediência. Lei, portanto, seria todo comando que decorre diretamente da vontade do soberano: “[...] the Law is a Command, and a Command consisteth in declaration, or manifestation of the will of him that commandeth, by voyce, writing, or some other sufficient argument of the same” (*Leviathan*, Liv. I, Cap. XXVI).

A interpretação da lei deve ser feita de acordo com a “razão”, o que para Hobbes significava a coerência para com a vontade e a intenção do legislador. Uma interpretação feita de acordo com a vontade de um juiz particular produziria um comando injusto, ao ser fundamentado em uma “razão privada”:

The subordinate Judge, ought to have regard to the reason, which moved his Sovereign to make such Law, that his Sentence may be according thereunto; which then is his Sovereigns Sentence; otherwise it is his own, and an unjust one (*Leviathan*, Liv. I, Cap. XXVI).

A caracterização que Hobbes deu à lei em *Leviatã* seria semelhante àquela dada por Montesquieu para os governos despóticos: “Na Pérsia, quando o rei condenou alguém, não se fala mais disto, nem se pede seu perdão. Se ele estivesse bêbado ou fora de si, a ordem teria de ser executada assim mesmo; sem isto, ele estaria em contradição, e a lei não pode contradizer-se” (MONTESQUIEU, 1748 [Livro III, cap. X.]).

Sendo o direito uma área reconhecida mesmo por Hobbes como tradicional e extensa, poderia convir ao soberano a manutenção das práticas, dos precedentes e das tradições judiciais, mas nunca por força própria, senão em virtude da vontade do Estado. O soberano poderia,

portanto, desfazer e refazer plenamente o direito e a legislação de acordo com a sua vontade, mas a eficácia desta medida, a “força da lei”, diferentemente dos demais comandos do soberano (sustentado pela sua capacidade de imposição da força física), dependeria fundamentalmente da “correta interpretação” da legislação.

O efetivo controle exercido pelo poder soberano sobre os súditos passaria necessariamente, segundo Hobbes, pelo controle do soberano sobre os magistrados e sobre a “direito” em geral. O poder de nomear ou destituir quaisquer magistrados, de julgar pessoalmente qualquer conflito e de reverter qualquer decisão judicial era considerado por Hobbes como inerente à autoridade soberana, mas tais ações individuais esbarrariam na incapacidade do soberano de determinar toda interpretação e toda a decisão de forma imediata. O soberano deveria necessariamente delegar a sua autoridade de interpretar a lei e de julgar em seu nome, mas a legitimidade de qualquer interpretação somente poderia advir da autoridade soberana, sendo passível de revogação ou alteração posterior.

Como sintetizou Stolleis (2011), no modelo de Hobbes não há possibilidade de “justiça independente”, “separação de funções estatais” ou autonomia para a interpretação dos juízes. Este modelo teórico coincidiria com a linguagem de comando presente nas declarações e ordenações reais que ressaltavam a autoridade monárquica sobre os magistrados no Antigo Regime e fortaleciam a teoria da soberania absoluta. Os magistrados seriam considerados “representantes do príncipe”, atuando em seu nome e obedecendo a sua vontade superior. A autoridade lei, assim como na famosa metáfora de Montesquieu (1748), advém do soberano para ser expressa pelo magistrado, que cumpre o indispensável papel de “boca da lei”.

Diferentemente de Grotius (1625), segundo o qual o Direito natural seria verdadeiro “ainda que deus não existisse”, Hobbes estendeu a sua compreensão voluntarista de lei às bases do Direito natural, argumentando que as leis naturais só merecem esse título se forem entendidas como “comandos” de deus. Consequentemente, a vontade divina como fonte de legalidade deveria ser substituída na sociedade civil pela vontade do soberano e qualquer comando oriundo da vontade do soberano teria *força de lei*.



## 2.1.2 A lei como ordem natural e o decreto soberano como milagre (Leibniz)

Não se pode esquecer que, para os jusnaturalistas, o Direito natural possuiria uma vigência de forma independente da legislação estatal. A vigência transcendental daquele Direito não significaria, no entanto, que a sua aplicação era defendida de forma unânime e universal pelos filósofos e juristas. Por conta da “vagueza” do Direito natural, segundo Leibniz ([*Théodicée*]1710), o direito positivo deveria adquirir a função de concretizar as determinações das leis da natureza. O legislador poderia mesmo se afastar dos ditames do Direito natural em situações em que os direitos são disponíveis, pois a precedência da lei natural ficava clara somente perante a ausência da legislação estatal, nos casos de omissão ou incompletude (LUIG, 2008).

A partir da filosofia moral, Leibniz tentou reconciliar a teoria de Hobbes com os elementos mais tradicionais do jusnaturalismo já estabelecidos por Grotius (JOLLEY, 1995). A tese de Leibniz sobre o jusnaturalismo tentava resolver o problema da certeza do direito (*certitudo*). Leibniz defendia a unidade do conhecimento do Direito natural e das leis da natureza, atribuindo à jurisprudência a necessidade de se orientar à observação e à lógica enquanto uma verdadeira ciência natural, ou de forma equivalente às ciências naturais. Assim, a jurisprudência poderia revelar o conjunto de regularidades – as leis universais – da mesma forma que as demais ciências que descrevem a natureza.

Foi neste sentido que Koselleck destacou a doutrina de Leibniz como um indicativo da percepção temporal da história perante o absolutismo:

Qual é o horizonte histórico-temporal em meio ao qual se pôde desenvolver esse refinamento da política absolutista? O futuro deixava-se contemplar, desde que o número de forças políticas em ação permanecesse limitado ao número de príncipes. [...] Em um tal horizonte, a história tinha ainda caráter comparativamente estatístico, e as palavras de Leibniz -"o mundo que está por vir já se encontra embutido no presente, completamente modelado" puderam ser aplicadas à política. No horizonte da política absolutista dos príncipes

soberanos, e apenas nesse horizonte, nada de essencialmente novo poderia em princípio ocorrer (2006, p. 34).

Segundo Leibniz, a natureza perfeitamente ordenada pela divindade se revelaria pelas suas regularidades, enquanto os milagres apontariam para as exceções às leis da natureza. Na visão de Leibniz, as leis naturais seriam simples e perfeitas, enquanto os milagres gerariam complexidade e imperfeição na natureza (BLUMENFELD, 1995). A mesma estrutura arquitetônica, utilizada para descrever a natureza, poderia ser projetada para descrever o ordenamento jurídico, no qual a simplicidade e regularidade das leis poderia conferir um maior grau de certeza e de previsibilidade, enquanto a variação nas decisões concretas – os “milagres” – aumentariam a complexidade e a imperfeição do “mundo jurídico”.

Esta visão de Leibniz em particular, apesar da complexidade do seu sistema filosófico, estava de acordo com a compreensão ordinária compartilhada pelos teólogos e juristas do período: identifica-se cada milagre como uma exceção às leis da natureza e o mesmo se pode afirmar sobre a decisão do soberano – seus decretos – diante do Direito comum. Esta visão fazia parte da teoria política do Antigo Regime, com lembrou Hespanha: “De facto, a teoria política reconhecia ao rei uma prerrogativa extraordinária, justificada por uma causa de suprema utilidade pública em que o rei, tal como Deus ao afastar a lei da natureza no caso de milagre, violava os mecanismos ordinários da justiça” (2006, p. 470).

Nesta linha de pensamento, as leis que regem natureza seriam leis diretamente fundadas na razão, portanto indisponíveis e não fundamentadas na *vontade* divina. Ao mesmo tempo, a razão não seria oponível à *vontade* divina e um milagre poderia alterar ou contrariar as leis da natureza. Da mesma forma, as leis humanas deveriam estar fundadas na justiça e na razão, mas não seriam oponíveis ao soberano, pois um *decreto* seu poderia afastar a aplicação das leis e do Direito em geral e criar um privilégio ou estabelecer uma decisão excepcional.

### 2.1.3 Hierarquia das leis perante o Direito natural (Vatel)

A teoria de Hobbes ditava que todo o direito se resumiria a comandos expressos ou tácitos do soberano, sem que houvesse qualquer distinção interna relevante entre as diferentes normas tradicionais. Outros,

como Leibniz, ressaltariam uma dicotomia presente em todo o ordenamento jurídico entre “lei” e “decreto” ou entre “direito” e “prerrogativa”. Uma terceira discussão importante no jusnaturalismo seria a noção de hierarquia interna entre as fontes jurídicas, destacando os diferentes tipos de “leis”. Para além da divisão entre Direito positivo e Direito natural, a separação mais importante entre as diferentes “leis” internas ao Estado decorreria da definição de “lei fundamental” do Estado.

A identidade aristotélica entre a “constituição” do Estado e as regras que regem a autoridade pública é o ponto de partida da definição de “lei fundamental” para Vattel (1758): “O regulamento fundamental que determina a maneira pela qual a autoridade pública deve ser exercida é o que forma a *constituição do Estado*”. O elemento inovador de sua definição é a introdução da “nação” na base do conceito: “Essa constituição não é senão o estabelecimento da ordem na qual uma nação se propõe a trabalhar em comum para obter as vantagens em vista das quais a sociedade política foi estabelecida”<sup>32</sup>.

Vattel não se dedicou a estabelecer uma hierarquia entre diferentes normas jurídicas de forma elaborada, mas a sua descrição sobre a superioridade das leis fundamentais (equivalente a “constituição do Estado”) perante as demais leis representa o desenvolvimento de uma hierarquização entre as normas jurídicas dentro da tradição jurídica herdada de J. Bodin. Mais interessante do que a superioridade das leis fundamentais do Estado é o critério de separação entre as leis civis e as leis políticas: as leis civis tratam dos direitos dos cidadãos privados entre si, enquanto as leis políticas tratam de tudo que convém ao bem do Estado e dos cidadãos. Em outras palavras, o direito civil ainda seria uma área tradicional e relativa à propriedade e as relações privadas (um direito que não poderia ser alterado pelo soberano, segundo Bodin), mas caberia às leis políticas tratar de todas as demais matérias de acordo com o critério de utilidade. Este seria um tema recorrente na teoria da legislação durante o iluminismo: no direito privado deveria prevalecer a *justiça*, no direito público a *utilidade*.

Dentre as leis políticas se encontrava a legislação de polícia, decorrente do dever vinculado ao soberano de garantir a boa ordem e a segurança do Reino, segundo a qual se poderia ordenar sobre todas as coisas convenientes e úteis ao Estado e à coletividade:

---

<sup>32</sup> VATTEL, E. de. O direito das gentes ou Princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 171-2. § 27.

A política [no sentido de *polícia*] consiste na atenção do príncipe e dos magistrados em manter tudo em ordem. Sábios regulamentos devem prescrever tudo aquilo que melhor convém à segurança, à utilidade e à comodidade públicas, e aqueles que têm a autoridade em mãos jamais dedicariam suficiente atenção para fazê-los observar (§ 174).

As leis políticas, para serem úteis ao Estado, naturalmente seriam mais flexíveis e, mesmo não sobrepondo permanentemente as leis fundamentais ou as leis civis, pelo princípio *salus populi suprema lex [esto]* poderiam afastar as normas gerais na aplicação concreta. Em sentido semelhante, Vattel esclarece: “*Salus populi suprema lex*, a segurança do povo é a lei suprema, e essa lei é da mais transparente justiça, uma vez que o povo só se uniu pelos laços da sociedade em vista de sua segurança e de sua própria vantagem” (§ 61, p. 199).

A elaboração de legislação positiva para o Estado, segundo Vattel, seria de suma importância para a administração da justiça. O direito não poderia ser deixado inteiramente a cargo dos tribunais, dos juristas ou das leis naturais. As leis naturais não bastariam, pois o entendimento dos seres humanos não é sempre igualmente justo e são necessárias “regras gerais e formais” que convertam a lei natural em lei civil. As leis civis, no entanto, precisariam ser tecidas também pelo soberano, pois

seria perigoso confiar os interesses dos cidadãos ao puro arbítrio daqueles que devem fazer justiça; o legislador deve ajudar o entendimento dos juízes, forçar seus preconceitos e seus pendores, sujeitar sua vontade por regras simples, fixas e certas; e aí estão ainda as leis civis (VATTEL, p. 286, § 159).

Vattel usava de forma recorrente o termo neutro “legislador”, mas deixava claro que em muitas situações o mesmo significava diretamente o monarca. A nação poderia designar o poder legislativo a um grupo de pessoas, “mas o condutor do Estado deve naturalmente ter uma parte considerável na legislação; pode até mesmo ser o único depositário dela”. O príncipe, como condutor do Estado e executor da justiça, deve também ter parte no legislativo e “em todos os casos, deve proteger as leis, vigiar aqueles que são revestidos de autoridade e levar cada um a cumprir seu dever” (p. 287, § 161). Como chefe do poder executivo, o “soberano”

“deve ser considerado como revestido dele em toda a sua amplitude, quando as leis fundamentais não o restringirem” (§ 162), pois “a execução das leis é da competência do condutor da sociedade” (§ 172).

Como era tradicional na doutrina jurídica do Antigo Regime e permaneceria no liberalismo, Vattel destacava também que “a própria natureza do governo exige que o executor das leis tenha o poder de dispensar delas [...] quando o bem do Estado exigir uma exceção” (§ 173). Desta forma, reafirmava-se o ditado de que “o príncipe deve reservar para si todos os assuntos de graça e deixar aos magistrados os rigores da justiça (§ 173).

Vattel seria representante de uma vertente do pensamento jusnaturalista que defendia claramente o papel do monarca como legislador perante o direito privado, mas principalmente perante o direito público. Enquanto legislador, o monarca precisaria respeitar as leis fundamentais, mas as suas leis ou decretos – indistintamente – poderiam derrogar o direito comum, as leis anteriores e, excepcionalmente, qualquer outra disposição, para conceder a graça ou para garantir a salvação do Estado.

## 2.2 Hegemonia simbólica da Coroa afirmada através da legislação

### 2.2.1 As fórmulas da lei no Direito do Antigo Regime

A extensão do absolutismo e os ganhos concretos da Coroa sobre os outros polos de poder exigiriam uma análise mais aprofundada, mas, como já destacou Hespanha (2006), a tese da decadência do poder senhorial na modernidade pode ser suficientemente justificada no plano simbólico. A superioridade do monarca dentro do sistema político se traduzia no conceito de poder real adotado pela linguagem da legislação. Este conceito transparece primeiro nas fórmulas adotadas para reforçar a manifestação da vontade superior, absoluta e compulsória. Além das fórmulas específicas utilizadas para reforçar simbolicamente o poder real, áreas inteiras do direito seriam delimitadas como próprias do “direito real” nas ordenações portuguesas, como demonstrou Hespanha (2008):

Não apenas nas suas fórmulas (que exprimem a superioridade, o senhorio eminente e o poder “absoluto” do rei); mas também nos seus conteúdos, quando considera como essencialmente reais certos direitos (*Ord. fil.*, II, 26), certos tratamentos (v. g., “Nosso Senhor”, *Ord. fil.*, II, 45, 3), certas prerrogativas (v. g., nobilitar e conceder cartas de brasão, *Ord. fil.*, II, 26; ter “relação” ou “decidir por acórdão”, *Ord. fil.*, II, 45, 4; exercer a correição, *Ord. fil.*, II, 45, 8, etc.). Embora seja difícil encontrar uma norma destas que não tenha sido dispensada em favor de algum senhor, não se pode ignorar o seu papel na conformação de uma certa visão do poder. (p. 285)

Outras formulas presentes na legislação teriam o sentido de destacar a autonomia e a superioridade do poder real, invocando frequentemente a utilidade pública. Assim, “começa a surgir a ideia de que o governo da polis podia exigir que o príncipe editasse, ex officio [por sua iniciativa] e figura iudicii non servata [não observadas as formalidades do juízo], comandos ad consequendam publicam utilitatem [para realizar a utilidade pública], livremente avaliada pelo príncipe” (HESPANHA, 2008,p.352).

A concepção absolutista de poder do rei legislador poderia ser detectada na redação dos alvarás e outros instrumentos legais da Coroa portuguesa principalmente a partir da segunda metade do século XVIII. Havia, na redação legal setecentista, uma relação direta com os termos tradicionalmente utilizados séculos antes para a afirmação da plenitude de poder dos príncipes contra o direito comum – parte de uma linguagem compartilhada também com a doutrina do poder legislativo papal. Na linguagem jurídica tradicional, diversos termos fariam referência ao poder real de legislar, como o decreto feito *de plenitudine potestatis, ex certa scientia, non obstante* ou pelo *motu proprio*. O uso destas expressões serviria para reforçar o caráter compulsório e juridicamente válido do comando do príncipe como tendo força de lei, ainda que este comando fosse contraditório com o direito vigente. Ainda que não houvesse menção expressa à plenitude de poder dos príncipes, o uso daquelas expressões implicava na reprodução desta doutrina<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> “*De plenitudine potestatis* was only one of the standard phrases used in concessions and decrees. Others were *ex certa scientia* (from certain knowledge), *non obstante* (notwithstanding), and *motu proprio* (voluntarily). In the hands of a

Este destaque às prerrogativas reais não era tão comum na tradição portuguesa do Antigo Regime antes do período iluminista. Neste período se reforçaria a interpretação de que o príncipe deveria tomar todas as medidas necessárias à defesa do Reino por conta própria. “Aqui se incluiria – segundo este coriféu do regalismo, bebido na publicística alemã e austríaca – o *ius gladii*, a potestas legislatória, o *ius fisci*, o *ius circa sacra*, o *ius asylii*, a potestas circa agriculturam, *commercium et res nauticas*, o *ius militaris*” (HESPANHA, 2008)

Apesar de todo o domínio simbólico em favor do poder real autônomo perante o direito, a concepção mais tradicional do direito favoreceria a ideia de que o príncipe deveria transpor da sua forma um direito de conteúdo doutrinário.

Embora venha a reconhecer-se – sobretudo a partir do século XVI – que o poder real tem razões que esta razão jurídica não pode incorporar (*i. e.*, que à “razão do direito” se opunha uma “razão de Estado”), o princípio que recolhe mais sufrágios é o de que o príncipe tem, na sua atividade normativa, que se conformar com o direito, tal como ele decorre dos textos doutrinários e dos conselhos (*consilia*) dos juristas). (HESPANHA, 2008, p. 137).

Um passo além nesta direção seria a ideia de que o direito legislado poderia ser derrogado pela opinião dos juristas, tendo em vista a necessidade de concordância da com a “razão artificial” do direito:

Isto levava, nomeadamente, à conclusão de que o rei não podia legislar sem o conselho dos juristas e de que, se o fizesse, era de presumir que decidira contra a *ratio iuris* (“sem o conselho dos [juristas]

---

ruler, these expressions were analogous to plenitude of power. *Ex certa scientia* meant that he was fully aware of existing law and of the legal consequences of his action. *Non obstante* indicated that contrary acts or privileges were to be disregarded; *motu proprio* signified that an act was the result of the ruler’s settled purpose. [...] *Ex certa scientia*, *non obstante* and *motu proprio* all signalled a ruler’s intention to bypass contradictory laws and rights, but plenitude of power was the prerogative which underpinned the force of the other phrases. Even where there was no explicit reference to plenitude of power, if an act was not legally possible without it, then it was assumed that it was based on plenitude of power” (BLACK, 2009, pp. 206-209).

o príncipe não pode editar leis, ainda que o possa fazer sem a convocação de cortes”, escreve o jurista seiscentista Bobadilla, na sua *Politica para corrigedores*). Se as coisas se passavam assim no plano da criação legislativa, muito mais se passavam no plano da integração e integração do direito, sedes em que os juristas sempre tiveram uma tendência natural<sup>209</sup> para integrar, interpretar e corrigir o direito do reino a partir dos princípios doutrinários (HESPANHA, 2008, p. 138).

Esta tendência de restrição da capacidade legislativa do monarca pelo filtro do dos juristas só seria mais sistematicamente contrariada e combatida em Portugal no período pombalino. O mesmo processo ocorreria em várias monarquias europeias que experimentavam a ascensão do absolutismo político diante do pano de fundo do iluminismo. Como destacou Hespanha:

A política pombalina do direito – paralela à de outros países europeus na mesma época – visa submeter direito e juristas a um controlo mais estrito da coroa. Esta política desenvolve-se em três frentes de reforma – a da legislação, a do sistema das fontes de direito e a do ensino do direito (2008, p. 140).

O certo é que as políticas absolutistas teriam como ponto de ancoragem a defesa dos poderes majestáticos autónomos e na proeminência da jurisdição real. A tradição jurídica portuguesa reproduzia muito das concepções compartilhadas no Antigo Regime sobre as origens e as aplicações dos poderes majestáticos e do direito real. Os direitos reais e as prerrogativas poderiam ser interpretadas como parte do patrimônio pessoal do monarca, pois “a generalidade das prerrogativas políticas (poderes de mando, de tributação, de nomeação de oficiais) era considerada como bens in patrimonio. Daí que tivessem um regime semelhante aos bens patrimoniais em sentido mais estrito” (HESPANHA, 2008, p. 76). Esta concepção apontava para os aspectos patrimoniais da jurisdição no Antigo Regime.

Enquanto a patrimonialidade da jurisdição poderia privilegiar o governo das elites – que exerciam a jurisdição senhorial –, o absolutismo partiria deste pressuposto patrimonial para “burocratizar” a jurisdição régia. Como destacou Hespanha (2008), a doutrina iluminista portuguesa



sobre o patrimônio régio serve como um exemplo para demonstrar a “estatização” do soberano, através da qual aos direitos reais sobre a jurisdição se estenderiam as proteções do regime de bens da coroa (estabelecido pela Lei Mental). Desta forma, ocorreria um processo de unificação entre os “bens da coroa” e os direitos reais dentro do desenvolvimento do Direito Público moderno. Em autores como Mello Freire e Sampaio (que influenciaram a formação de juristas por gerações), os direitos reais estavam associados a uma concepção unitária de poder em que tais direitos eram equivalentes aos direitos majestáticos.

O poder de majestade poderia ser descrito como decorrente da constituição da sociedade política ou da “natureza da sociedade civil”, mas era entendido essencialmente como inseparável da pessoa do rei. Por isto, a jurisdição poderia ser exercida somente em nome do rei e não por titularidade própria. Desta forma, Mello Freire iria argumentar que o rei mantinha sempre o poder de revogar as decisões da jurisdição sempre que houve interesse da Coroa.

## 2.2.2 As formas da lei nas *Institutiones* de Mello Freire

Uma tendência importante do pensamento jurídico absolutista português, representado por Mello Freire, seria a oposição ao contratualismo ou pactualismo como doutrina política. Mello Freire rejeitava o contratualismo jusnaturalista moderno, presente em Hobbes e Locke, e também àquelas manifestações mais antigas sobre a existência de um povo que haveria originalmente conferido o poder aos reis, como argumentavam teólogos e juristas medievais<sup>34</sup>. Desta forma, Mello Freire lembrava que os reis de Portugal “nunca receberam do povo o seu supremo poder majestático, com efeito, o Conde D. Henrique e D. Afonso I já eram supremos senhores e governadores de Portugal, muito antes das Cortes de Lamego” (FREIRE, 1966 [1788])<sup>35</sup>.

Ao rejeitar a concepção contratualista de poder, Mello Freire afastava também a doutrina constitucional da fundação do poder

---

<sup>34</sup> Neste sentido ver as teorias da soberania popular desenvolvidas por Marsílio de Pádua e Bártolo de Sassoferrato, dentre outros, em SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

<sup>35</sup> Título I, § II. FREIRE, Pascoal José de Mello. *Instituições do Direito Civil Português tanto público quanto privado*. Tradução de Miguel Pinto de Meneses. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.161, p.149-150, [1788]1966.

majestático em um momento originário atribuído pelas cortes, bem como a noção de “constituição mista”

Se, efectivamente, o Príncipe não tivesse o direito de a seu arbítrio fazer leis, por cuja norma os súbditos regulassem as suas acções, como poderia – pergunto eu – dirigir os seus vassallos e ajustar todas as coisas à honra e utilidade da República? [...] Eis por que o poder de fazer leis se considera, com razão, o principal direito majestático, e nunca pode afastar-se do sumo Imperante numa República (FREIRE, 1966 [1788]).

A capacidade legislativa dos monarcas não deveria romper radicalmente com a tradição, mesmo dentro da doutrina absolutista, mantendo-se a lei do enunciada pelo soberano como um produto da deliberação consciente e retida. O príncipe teria o pleno poder legislativo, “no entanto, o Príncipe pode, ou melhor, deve, ouvir os súbditos, principalmente em se tratando de inovações, sem que com isso se veja remitir alguma porção do seu supremo poder” (FREIRE, 1966 [1788]).

O poder de legislar estaria fundado no direito de “ajustar todas as coisas à honra e utilidade da República”. Mello Freire especificamente vinculava, desta forma, a capacidade do príncipe de legislar com o seu dever de agir tendo vistas à utilidade pública. Esta associação é especificamente distinta da definição tradicional do dever do príncipe no Antigo Regime, o de guardar a justiça. Ainda comentando o poder de legislar, Mello Freire apontava para o fato de que o capítulo sobre os direitos reais das ordenações filipinas e manuelinas não haviam explicado a generalidade destes direitos. Assim, mencionava o jurista que “o mesmo capítulo é deficiente e imperfeito, não abrangendo todos os direitos majestáticos, pois omite, além de outros, o poder de legislar, que é o primeiro e principal”.

Como seria característica do absolutismo, Mello Freire concordava com Bodin na defesa da “forma pura de governo”, contra a ideia de constituição mista, alegando que “na monarquia pura, com o trono ocupado, não reside nem nas Cortes nem no povo a mais pequena partícula do poder magestático”. O poder majestático, portanto, não poderia ser dividido ou compartilhado. Ele representaria um poder uno que poderia ser exercido pelo monarca, guiando todos os poderes do Estado.

Ao explicar os “diversos gêneros de leis” Mello Freire dividia inicialmente as leis gerais, aplicadas a todos, e os forais, aplicados somente a alguns lugares. Os “privilégios concedidos sem exemplo a alguém” equivaleriam a leis gerais, pressuposta a distinção entre lei e privilégio concedido a particulares. “Só o Rei pode fazer, propor e abrogar as leis” Mello Freire argumentava citando as ordenações, sendo que as mesmas “não obrigam logo que forem publicadas na Chancelaria do Reino, porquanto, para terem efeito e vigor, concede-se a vacância de oito dias na Corte e três meses nas Províncias”.

Apesar da caracterização formal da lei em sentido geral e das suas regras de vigência, Mello Freire lembrava que “entre nós ninguém ignora [...] que diferem os Edictos gerais, que chamamos *Cartas patentes de Leis*, dos Diplomas Régios, *Alvaras*, das Cartas patentes do Rei não seladas, *Portarias*, e dos Decretos e Resoluções Régias”.

Parte do Direito pátrio português, descrito por Mello Freire, consistia também na “interpretação autêntica” das leis, dadas “quando o próprio Rei interpreta a sua lei, ou em seu nome o faz a Real Casa da Suplicação”. A “interpretação autêntica” seria uma manifestação direta do poder magestático, não se confundindo, portanto, com a interpretação doutrinária, com a prática costumeira dos tribunais do Reino ou com “a praxe e o uso de julgar”. Em nenhum momento a interpretação doutrinal seria proibida, mas a ocorrência da interpretação autêntica afastaria a necessidade de interpretação doutrinal.

Ao lado da “interpretação autêntica” estava também a vigência dos “costumes correntes e razoáveis” como parte integral da legislação do Reino. “Os costumes de longa duração” dizia Mello Freire ao citar Justiniano,

parecem-se com a lei, e isto é perfeitamente verdadeiro no estado de liberdade; porém, numa monarquia, se estes costumes forem contrários às leis escritas, não têm valor, porquanto tudo aquilo que vulgarmente se afirma do tácito consenso do Príncipe, não só é demasiado subtil, mas também reprovado a cada passo pelas nossas leis (FREIRE, 1966 [1788])

O Poder Judiciário “exerce-o o Príncipe ou pessoalmente ou por intermédio de outros. Por isso, só a ele pertence criar juízes, escrivães, tabeliães [...] e estabelecer a ordem dos juízos tanto nas causas cíveis [...] como nas causas crimes”. O domínio do monarca sobre o poder judicial

faria parte de uma atribuição do poder soberano, encarregado da segurança do Estado. Assim, “ao poder de legislar segue-se imediatamente o poder judiciário, que vela pela paz e segurança interna dos cidadãos”. Este poder de julgar não estaria completamente vinculado à administração da justiça, mas também à liberdade de agraciar. As diferentes atribuições do poder real ao administrar a graça e a justiça determinariam a diferença, de acordo com Mello Freire, entre as “Relações” e os “Tribunais”, por “em nestes se tratarem negócios de justiça, e, naqueles, negócios de graça”.

O exercício do poder judicial pelo Príncipe seria parte inerente de sua função soberana, mas este poder seria exercido predominantemente *em nome* do príncipe pelos magistrados. Ao descrever as atribuições do regedor da Casa da Suplicação, Mello Freire destacava que “de início, apenas presidiam a este nobilíssimo Senado os próprios Reis, mas depois passaram a dirigi-lo homens dos mais ilustres por sua nobreza e virtude”. Neste sentido, a presidência do mais alto tribunal do Reino era um cargo ocupado por um magistrado de grande prestígio, mas o soberano poderia legitimamente tomar o seu lugar na presidência do tribunal, caso julgasse necessário.

A visão sistemática de Mello Freire sobre os poderes majestáticos seria altamente influente até no século XIX, ao lado de outros defensores das prerrogativas reais, como Sousa e Sampaio. Nas *Prelecções de direito patrio publico e particular* publicadas por Francisco Coelho de Sousa e Sampaio entre 1793 e 1805 em Coimbra, o jurista destacaria a necessidade das cartas de lei e alvarás passarem pela chancelaria, sob pena de nulidade das mesmas. Reafirmando o entendimento tradicional, quaisquer determinações cujo efeito devesse durar mais de um ano deveriam necessariamente ser feitas através de cartas de lei, não por alvarás.

Segundo Sampaio, ficava claro pela história registrada nos códigos que os monarcas portugueses sempre haviam exercido o seu direito de legislar. “O modo por que os Senhores Reis de Portugal usam deste Direito”, explicava Sampaio, “tem diferentes nomes, e se denomina Carta de Lei, Lei, Alvará, Decreto, Provisão”. Para o autor, todos aqueles dispositivos obrigariam a todos, mas não com a “mesma autoridade”. Haveriam diferentes objetos para as Cartas de Lei e para os Alvarás simples (tit. I, cap. 2), pois

Alvará he huma especie de rescripto, cujo effeito não dura mais de hum anno, sendo o objecto d'elle tal, que possa cumprir-se dentro do anno; pelo

contrario, as Cartas de Lei são Constituições, ou Edictos de hum effcito perpetuo, ou que ao menos haja de durar mais de hum anno, de maneira que sendo estas cousas determinadas por Alvarás, são estes nullos, e sem efeito (SOUSA E SAMPAIO, 1793)

Se uma matéria fosse tratada por um dispositivo em contrariedade com a classificação trazida pela tradição, então o dispositivo seria nulo, segundo o autor. Em seguida (tit. XXXXI [*sic.*]) Sampaio afirmava que da mesma forma, não se poderia dar cumprimento a portaria real “sem passar pela Chancellaria”. Tudo isso era ainda reafirmado pelo autor das *preleções* muito tempo depois da prática do absolutismo ter dissolvido as separações, as distinções e o rigor das formas dos instrumentos legislativos do poder real. Não por acaso, os alvarás *com força de lei* se extenderiam longamente no uso de justificativas e fórmulas para afastar expressamente as restrições tradicionais reproduzidas até pelos juristas considerados fortes defensores do poder monárquico.

### 2.2.3 Alvarás de Polícia, avisos de justiça

De acordo com as fontes portuguesas disponibilizadas pelas coletâneas digitalizadas pela Universidade Nova de Lisboa, a primeira ocorrência de um “aviso” nas coletâneas aparece em 1605<sup>36</sup>, no primeiro tomo (referente aos anos de 1603 a 1612) da coleção de José Justino de Andrade e Silva, publicada em 1854. Através da coleção da legislação organizada por António Delgado da Silva, pode-se encontrar a presença dos avisos reais emitidos desde o primeiro ano abarcado pela coleção, 1750<sup>37</sup>. O mesmo ocorre no primeiro volume da obra de José Roberto Monteiro de Campos Coelho Sousa, publicada em 1783<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> SILVA, José Justino de Andrade e. Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854. [disponível em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id\\_obra=63](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id_obra=63)]

<sup>37</sup> SILVA, António Delgado da. Collecção da Legislação Portuguesa: desde a última Compilação das Ordenações. Lisboa: Typ. Maignense: 1828. [disponível em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id\\_obra=73](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id_obra=73)]

<sup>38</sup> SOUSA, José Roberto Monteiro de Campos Coelho e. Systema, ou Collecção

A expedição dos avisos já era prevista como parte da atividade oficial do Estado no século XVII.

Os assuntos de Estado são definidos, no alv. de 29.11.1643, como “contratos, cazamentos, alianças, instruções, avizos publicos, ou secretos, que se derem a quaisquer embaixadores, comissarios, agentes, rezidentes, agentes, e quaisquer poessoas [...] que se despacharem dentro ou fora do Reino, e negócios que forem da qualidade referida” (HESPANHA, 2008).

O prólogo do “Índice Chronologico Remissivo da Legislação Portugueza Posterior à Publicação do Codigo Filippino” destacava que “entre os nossos diplomas, merecem huma particular contemplação os que encerrão as providencias, dadas imediatamente pelos Soberanos, ou pelos seus Tribunaes, e Ministros competentes, sobre a administração da Justiça, Fazenda Real, Milícia, Marinha, Polícia etc.”. Aquelas providências dadas imediatamente pelos soberanos eram objetos de legislação por meio de “leis, alvarás, cartas regias, e outras resoluções legitimadas”.

A uniformização da legislação e a equiparação dos diferentes instrumentos legislativos do poder real seriam promovidos no Antigo Regime português mais marcadamente no período pombalino. As reformas pombalinas envolveriam a administração portuguesa também no Brasil. A importância estratégica da colônia seria ressaltada pelos reforços militares, pela retomada das fortificações no litoral brasileiro, pela organização das juntas da fazenda nas diversas capitanias, bem como pela edição do *Diretório dos Índios do Pará e Maranhão*.

A redação dos alvarás com “força de lei”, típicos do período pombalino, revelava a sobreposição de elementos do direito tradicional do Antigo Regime por novas reivindicações associadas ao absolutismo monárquico. Assim, o “Diretório dos Índios do Pará e Maranhão”, editado na forma de alvará encerrava as suas disposições fazendo referência à autonomia do poder real – “por este Alvará o confirmo do meu próprio Motu, certa Ciência, poder Real, e absoluto” – e à prevalência da autoridade real sobre uma série de autoridades menores que lhe deviam obediência – “mando ao Presidente do Conselho Ultramarino, Regedor

da Casa da Suplicação, Presidente da Mesa da Consciência, e Ordens [...] e a todos os Ministros, Juizes, Justiças, e mais Pessoas, a quem o conhecimento deste pertencer, o cumpram”. O cumprimento exigido pelo soberano de suas disposições reais presentes no alvará deveria ser “sem embargo, nem dúvida alguma” e qualquer norma não poderia ser interpretada de forma contrária a sua aplicação. O cumprimento do alvará era um comando a ser obedecido “não obstante quaisquer Leis, Regimentos, Alvarás, Provisões, Extravagantes, Opiniões, e Glossas de doutores, e costumes, e estilos contrários: Porque tudo Hei por derogado para este efeito somente, ficando aliás sempre em seu vigor”.

Neste sentido, o alvará era capaz de derogar todas as disposições contrárias de maneira indistinta a origem das contrariedades, perante aquela regulação concreta – isto é, sem incorrer na revogação daquelas normas para as demais situações. O “direito real legislado” se apresentava não exatamente como um direito “superior” ao direito comum, mas como um “direito especial” naquele contexto de pluralismo jurídico. Assim, o “absolutismo esclarecido” usaria de fórmulas especiais para burlar as antigas restrições e formalidades do direito tradicional, tornando o alvará um ato equivalente a um comando direto do príncipe, afastando o controle exercido pela chancelaria e a limitação temporal de um ano para a vigência destes instrumentos jurídicos extraordinários. Reforçando estes elementos da autoridade legislativa real contra as limitações tradicionais terminava o *Diretório*:

E Hei outrossim por bem, que este Alvará se registre [*sic*] com o mesmo Regimento nos livros das Câmeras, onde pertencer, depois de haver sido publicado por Editais: E que valha como Carta feita em meu Nome, passada pela Chancelaria, e selada com os Selos pendentes das minhas Armas; ainda que pela dita Chancelaria não faça trânsito, e o seu efeito haja de durar mais de um ano, sem embargo das Ordenações em contrário.

Enquanto o registro do alvará na chancelaria do reino havia sido afastado pela própria redação da norma, o *Diretório* seria registrado na Secretaria de Estado dos Negócios do Reino em 1758. Esta secretaria seria a antecessora da Secretaria de Estado dos Negócios do Brasil, que depois daria origem à Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça e, finalmente, ao Ministério da Justiça do Império do Brasil.

As concepções presentes na doutrina do poder de polícia e a dissolução das formas legais por detrás da execução da Razão de Estado seriam incorporadas, após a reforma do ensino jurídico no período pombalino, pela disciplina “Direito pátrio”. Seria parte fundamental das reformas de Pombal a mudança nos currículos existentes e a criação de novas faculdades em Coimbra. Dentro do projeto iluminista, as novas ciências deveriam contribuir para a promoção da prosperidade dos súditos e do Estado, bem como para a finalidade política do governo, agora orientada não somente para a defesa da justiça, mas para a produção do “bem público”<sup>39</sup>.

A descrição trazida por Seelaender ilustraria bem como um conjunto de juristas associados ao iluminismo estaria também vinculados ao absolutismo reformador:

A exemplo de tantos letrados ibéricos influenciados pelo Iluminismo, Nogueira serviu lealmente à monarquia absolutista e defendeu-a em seus escritos, antes das invasões napoleônicas. Ele pertencia, então, àquela corrente política que buscava um compromisso entre a inovação e a preservação do existente, desejando viabilizar, por meio de um ativo absolutismo reformador, a atualização da sociedade estamental e a superação do atraso econômico e cultural português (2011)

A adesão dos juristas ao absolutismo reformador teria se desenvolvido principalmente a partir das reformas do ensino jurídico promovidas por Pombal, que impuseram a existência da disciplina “direito pátrio” nas faculdades de Direito. A própria disciplina “Direito pátrio” serviria, em Portugal, para a consolidação do poder legislativo do monarca. Como destacou Seelaender, ao analisar a obra de Ricardo Nogueira, “tanto o conteúdo das “Preleções” como sua orientação política foram consideravelmente condicionados pelas próprias finalidades principais da matéria “Direito Pátrio” – a efetiva transmissão

---

<sup>39</sup> Neste sentido destacava Schultz (2008): “A ciência natural, em particular, como ferramenta para entender as leis e a economia da natureza, tornou-se uma questão de Estado crucial, a base para promover reformas fundamentadas que promoveriam a ‘pública prosperidade’ e o ‘bem público’.” (p. 49).



das leis régias e a conversão das novas gerações de juristas em instrumentos do rei-legislador absolutista” (2011).

A atividade legislativa da Coroa ganharia novas justificativas, na medida em que o papel do governante deixava de ser apenas o de administrar a justiça para ser também de dirigir o Estado e a sociedade em seus aspectos econômicos. Como explicou Seelaender

A Economia não deveria, porém, apenas orientar, como um saber técnico, a gestão estatal nos quadros do absolutismo. Também tinha por função legitimar as leis da monarquia absoluta. Cabia à “Economia Civil”, como matéria universitária, revelar aos futuros legistas a “utilidade” das leis reais e esclarecer quais eram os prováveis motivos de “interesse público” a elas subjacentes. Nesse contexto, ela devia ajudar na busca da real intenção do legislador, sem servir, no entanto, como instrumento de crítica a este último (2011).

Este sentido da “ciência econômica” como fundamento legitimador da atividade do rei-legislador ficaria registrado também nos “Estudos do bem-commum e economia política, ou sciencia das leis naturaes e civis de animar e dirigir a geral indústria, e promover a riqueza nacional e prosperidade do Estado”, publicado no Rio de Janeiro em 1819, por José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu. Nesta obra, o autor sempre identificado pelos liberais como um “absolutista”, identificava as razões de economia política por detrás dos alvarás e da legislação régia, destacando, dentre outros exemplos, o Diretório dos Índios do Pará e Maranhão:

O Alv. de 13 de Novembro de 1756 declara no Preâmbulos " O meu Regio e Paternal dezejo he o alliviar e restabelecer os povos que Deos me Confiou, de sorte que mediante a Divina Assistência, os possa restituir ao estado de viverem á sombra do throno em paz e abundância; contribuindo todos reciprocamente pára o Bém-commum. O *Directorio dos índios*, que se mandou observar no Brazil pelo dito Soberano em o Alvará de 17 de Agosto de 1758, sendo hum Compêndio da Sciencia Econômica, adaptado á intelligencia de povos rudes (SILVA LISBOA, 1809, p. IV)

Sobre a disciplina de Economia Política, Cairu lembrava ainda que “Smith a caracterizou como hum ramo da Sciencia do Legislador” (1809, p. X). Neste sentido, Seelaender identificou esta “argumentação absolutista” compartilhada em Nogueira:

Como ciência auxiliar da interpretação jurídica, a Economia devia capacitar os juristas para identificar as prováveis razões políticas das leis, fazendo-os observarem melhor, na aplicação do Direito, a vontade do legislador.<sup>63</sup> O objetivo de tal capacitação consistia, pois, no aumento da efetividade do poder da Coroa quanto ao exercício da atividade legislativa (SEELAENDER, 2011).

Diante do notório aumento da atividade legislativa da Coroa na segunda metade do século XIX – especialmente após o terremoto de Lisboa de 1755 (SUBTIL, 2011), algo relativamente inédito até então, o ensino das doutrinas econômicas que estavam associadas ao mercantilismo e à Razão de Estado passaria a ser visto como essencial para a garantia da efetividade da nova legislação. Em outras palavras, “a lógica da nova legislação” traria a necessidade de uma nova geração de juristas, capazes de compreendê-la e aplicá-la (SEELAENDER, 2011). Isto porque diante do jurista de formação tradicional, a aplicação da nova legislação da Coroa poderia ser limitada pelas concepções jurídicas tradicionais do Estado jurisdicional, em que se prezaria pelas distinções formais e se guiaria a interpretação pela justiça e equidade. A nova interpretação deveria receber a legislação como um comando soberano orientado pela utilidade e bem públicos, por razões de Estado que não poderiam ser questionadas ou reavaliadas pelos juristas. Considerado por alguns como um “paradoxo do iluminismo” (MAXWELL, 2001), as reformas pombalinas e o desenvolvimento prático das doutrinas do absolutismo esclarecido abririam um caminho dentro do emaranhado jurídico do Antigo Regime para o estabelecimento do liberalismo político e do constitucionalismo moderno.

## 2.2.4 Do Sistema corporativo e do absolutismo para o Liberalismo

Como lembrou Hespanha (1982), a “distância entre o direito legislado e o direito praticado – se já é grande no conemporâneo ‘Estado legal’ (*gesetzstaat*), em que o quadro das fontes de direito formais se reduz à lei e em que o grau de efectividade do direito legislado é, apesar de tudo, muito grande – é ainda maior nas anteriores formas de organização política” (p. 21). Isto aponta para um reduzido grau de efetividade das medidas do poder governamental por deficiências administrativas, mas também por conta da pluralidade de fontes jurídicas e da difusão da sua normatividade.

O desenvolvimento do absolutismo tinha como pano de fundo uma sociedade caracterizada por sua constituição “corporativa”, como explicou Hespanha:

É importante destacar que as disposições absolutistas que reforçariam a importância do direito legislado estavam sendo desenvolvidas dentro de um “sistema corporativo”. Esta sociedade corporativa apresentava um arranjo constitucional específico e “no plano sociológico, este tipo de constituição política centralizante e burocratizante parece visar responder às dificuldades da cobrança periférica da renda feudal: o poder central vai agora encarregar-se dessa cobrança através dos impostos e vai proceder à sua redistribuição pelas classes feudais através de tenças, de doações de bens e de cargos, de padrões de juro, etc. (HESPANHA, 1982, p. 44).

O absolutismo pode ser visto também como resultado de uma estratégia política desenvolvida como resposta ao aumento da demanda pela preservação da ordem e da segurança do Estado (interna e externamente) e ao aumento das responsabilidades identificadas como atribuições do “governo” (não mais compartilhadas de forma difusa com a igreja ou a nobreza), acompanhadas pela deficiência nos meios de realização destas “necessidades” cada vez mais complexas.

A assunção destas funções de ordenação social (a ‘boa polícia’, a ‘estatística’, reguladas pelo ‘direito público’) exige a montagem duma importante máquina administrativa, cuja racionalização e docilidade são as condições da sua eficácia; integrando o ‘funcionário (i.e., o agente detentor de uma ‘função’, e não dum ‘ofício’) ou o

‘comissário’ (i. e., aquele que apenas detem poderes delegados e não uma ‘jurisdição’ própria); o agente estadual não é mais, nem um membro da alta nobreza ou do alto clero (como no feudalismo típico), nem um proprietário (vitalício, patrimonial) de um cargo (como no *Standesstaat*). (HESPANHA, 1982, p. 45).

A formação do “Estado liberal” a partir da independência e da Constituição se daria em parte como uma continuidade de disposições e concepções jurídicas que já faziam parte do regime anterior e em parte como uma inovação e uma ruptura em relação ao passado e uma projeção para o futuro. Como “continuidade”, ou como tendência à consolidação de concepções anteriores, é preciso destacar a defesa do “monopólio da força” pelo Estado, da “unidade do poder político”, da “soberania” e da separação entre “Estado” e “sociedade”. Todos estes elementos teriam novas aplicações sob o regime constitucional, mas suas inovações estariam ancoradas em ideias já estabelecidas do regime anterior.

Quanto às inovações estabelecidas por oposição ao sistema antecedente pode-se destacar especialmente a valorização da limitação jurídica do poder do Estado por regras gerais e por disposições legais abstratas, a ideia de que estas limitações pressupõem a subordinação dos atos da Administração, a hierarquia da lei e a superioridade da Constituição, e também de que aquelas limitações constituem garantias de direitos individuais. No plano normativo, a ruptura teórica mais importante na passagem do Antigo Regime para o liberalismo não parece ser propriamente a “centralidade da lei”, que em alguma medida já vinha ganhando espaço sobre as demais fontes do Direito, mas a vinculação da lei ao sistema representativo. Em outras palavras, a “lei” passa a ser algo distinto e especificamente oriundo da atividade parlamentar.

A perda do passado ou da tradição histórica como referência política fundamental para a legitimidade do Estado no plano ideológico – a emergência da “representação” e do “consentimento” como veículos de legitimação – parece indicar para uma “aceleração da experiência histórica” voltada para o futuro. É possível, neste sentido, uma comparação direta com a interpretação de Koselleck e de sua análise sobre a transição política do Antigo Regime para o liberalismo refletida no plano conceitual. Esta aceleração presente no plano da linguagem e dos discursos políticos pode, em alguma medida, ser identificada nos registros da imprensa e, principalmente, nos debates parlamentares. A linguagem e a redação das decisões administrativas e das normas infra

legais oferecem, por outro lado, um contraponto a esta “reorientação” da experiência política voltada para o futuro e apresenta um enorme campo de infiltração da tradição e da continuidade normativa da história na prática do governo e no funcionamento do ordenamento jurídico perante situações concretas.

### 3 LIBERALISMO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

#### 3.1 O liberalismo político e a oposição à expansão do poder real

Um dos principais elementos do liberalismo político clássico reside na capacidade institucional de se estabelecer limites formais ao poder do governo. Para isto, as teorias liberais do Estado se desenvolveram, em parte, na direção de teorias legais do Estado – isto é, o liberalismo clássico exigiria que o poder político fosse moldado e limitado pelo direito. Nesta perspectiva, adotada por Bobbio, dentre outros, a história do liberalismo político estaria intimamente relacionada com a história do constitucionalismo e da capacidade deste último para limitar o poder político em geral, inclusive o democrático (BOBBIO, 1997).

O liberalismo político seria, portanto, um dos fundamentos para o desenvolvimento da noção de “Estado de Direito”, na qual a legitimidade da ação estatal se torna vinculada à legalidade. Nesta tradição se insere não só a noção mais moderna de *Rechtstaat*, mas também interpretações mais antigas como a de John Adams, que definia, citando Aristóteles, Tito Lívio e Harrington, a república como “um governo de leis e não de homens”<sup>40</sup>.

Para os “liberais” do século XVIII e XIX, a noção “republicana” de Estado abarcava, naturalmente, formas monárquicas de governo, conquanto que se respeitassem um conjunto de instituições permanentes, capazes de restringir a atuação daquele governo (SPERBER, 1994). Até sob uma monarquia absoluta esta forma “republicana” deveria prevalecer, desde que as formalidades tradicionais fossem cumpridas. Segundo

---

<sup>40</sup> “If Aristotle, Livy, and Harrington knew what a republic was, the British constitution is much more like a republic than an empire. They define a republic to be a *government of laws, and not of men*. If this definition be just, the British constitution is nothing more nor less than a republic, in which the king is first magistrate. This office being hereditary, and being possessed of such ample and splendid prerogatives, is no objection to the government’s being a republic, as long as it is bound by fixed laws, which the people have a voice in making, and a right to defend” ADAMS, John. **Novanglus Essays**. N. 7. 1775, disponível em [http://en.wikisource.org/wiki/Novanglus\\_Essays/No.\\_7](http://en.wikisource.org/wiki/Novanglus_Essays/No._7).

expunha John Adams, mesmo que a vontade do monarca absoluto fosse a lei no reino ela sempre deveria ser registrada pelos parlamentos (tribunais). O uso de fórmulas que buscavam suprimir a exigência de confirmação do direito real legislado por outros órgãos era visto como um indicativo do despotismo e uma característica dos *impérios* em oposição às *repúblicas*<sup>41</sup>. Neste sentido, o Reino Unido seria constitucionalmente uma “república”, ou uma *commonwealth*, que, no entanto, estaria se degenerando na forma de governar suas colônias como um “império”.

Se o liberalismo político clássico estava universalmente preocupado com as limitações ao poder do Estado através dos arranjos constitucionais e das formas legítimas de se proceder no governo, não esteve sempre claro se aquelas limitações se dariam pelo direito positivo, ou, mais estritamente, pela formalidade da lei. Enquanto era reconhecível uma tradição que atribuía limites genéricos ao poder dos governantes com base no direito divino ou no direito natural, ou ainda, nas leis fundamentais do reino, a teoria do “governo misto”, ou da “constituição mista”, defendia um equilíbrio entre as forças políticas atuantes na sociedade como uma forma de contenção recíproca do poder, muito antes de uma delimitação formalmente estabelecida entre diferentes “funções” estatais (como a separação dos poderes por funções). Estas tradições argumentativas apontavam para um conjunto de limitações políticas ao governo que eram pensadas em um sentido muito mais amplo do que a lei positiva. Por outro lado, o poder do governo era de forma quase unânime compreendido também como mais amplo do que se poderia delimitar pela *legalidade*.

O ponto nevrálgico em torno do qual se desenvolveu um contraste mais claro entre a atuação legalmente delimitada do governo e a sua atuação legalmente “não limitável” foi, principalmente no contexto inglês, o debate sobre as prerrogativas reais. Amplamente presentes e documentadas pelos precedentes como parte integrante dos governos monárquicos, a existência e a legitimidade das prerrogativas reais não poderiam ser questionadas, ao menos em suas aplicações mais tradicionais, sem uma completa ruptura de mentalidade (POCOCK, 1987;

---

<sup>41</sup> “An empire is a despotism, and an emperor a despot, bound by no law or limitation but his own will; it is a stretch of tyranny beyond absolute monarchy. For, although the will of an absolute monarch is law, yet his edicts must be registered by parliaments. Even this formality is not necessary in an empire. There the maxim is *quod principi placuit legis habet rigorem*, even without having that will and pleasure recorded.” (ADAMS, John. *Novanglus Essays*/No. 7. 1775, disponível em [http://en.wikisource.org/wiki/Novanglus\\_Essays/No.\\_7](http://en.wikisource.org/wiki/Novanglus_Essays/No._7)).

HILL, 1987). As inevitáveis mudanças econômicas, assim como uma estrutura política restritora e o caráter genérico da definição das prerrogativas levaram a aplicações “novas” daqueles tradicionais instrumentos de governo, como forma de resposta a situações sem precedentes claros, consideradas como extraordinárias ou emergenciais (como a guerra e a “segurança do Estado”).

Particularmente na Inglaterra a expansão do uso das prerrogativas reais pode ser facilmente rastreada ao longo do século XVII pelos *Stuarts*. A aplicação regular de novos tributos a partir de velhas formas de financiamento emergencial da guerra, como o *ship Money* (POCOCK, 2002)<sup>42</sup>, esteve no centro da resistência parlamentar ao uso amplo das prerrogativas reais na Inglaterra. O uso destas prerrogativas estava inserido em uma concepção de soberania tipicamente monárquica e mesmo os maiores opositores das inovações legais se deparavam com um problema teórico que se apresentava ao se propor a limitação jurídica ao poder real. Como apontou Christopher Hill, “somente os pensadores monarquistas possuíam uma teoria clara acerca da soberania”. O caso de *sir John Eliot*, preso por ordem do rei Jaime I após a dissolução do parlamento em 1629 exemplifica a dificuldade de se contornar o problema da soberania absoluta (SKINNER, 2005):

Na Torre, ele compilou um tratado, *De jure Majestatis* [“Dos Direitos da Soberania”]. Nem todas as ideias expressas nesse tratado são necessariamente as opiniões de Eliot, já que ele copiou algumas de outros autores, mas, aparentemente, ele o fez porque concordava com elas. Em tempos normais, escreveu Eliot, o soberano não pode tocar nenhum bem sem a anuência do proprietário; em caso de necessidade, ele pode tributar arbitrariamente. (HILL, 2012, p. 70).

Os poderes extralegais que envolviam a soberania e as suas manifestações na forma de prerrogativas não poderiam ser diretamente questionadas, mas os defensores da limitação do poder real argumentariam que aquele conjunto de direitos reais deveria respeitar os precedentes. Como identificou Hill:

---

<sup>42</sup> Ship Money Act 1640. CF. Parker, H. The case of ship money. 1640 (<http://oll.libertyfund.org/titles/810/164706>).



Todos concordavam que o rei tinha certos direitos de prerrogativa, tais como o de cunhar moedas ou de instituir títulos de nobreza. O que Jaime e Carlos também reivindicavam era o direito de prerrogativa absoluto de tomar, a seu critério, qualquer decisão fora do âmbito da lei, se a considerassem necessária para a defesa ou para a segurança nacional. [...] O Parlamento e os advogados do *common law* não negavam a existência da prerrogativa real, mas, já que ela estava sendo utilizada para resolver problemas novos, eles corretamente achavam que o rei e seus prediletos a estavam ampliando de forma sem precedentes.(2012, p.71).

A mudança de argumentação em torno das prerrogativas reais pelos parlamentares ingleses apontaria na direção, não da negação daqueles poderes extraordinários detidos pelo monarca, mas da sua excepcionalidade. Esta excepcionalidade poderia ser, a partir daí, demarcada pelas leis do parlamento. Na Inglaterra, seria esta capacidade de limitar o campo de aplicação das prerrogativas reais que estabeleceria a superioridade formal da lei sobre a prerrogativa, do parlamento sobre os atos do executivo<sup>43</sup>. Como ensinaria Dicey (2013 [1885]), o princípio da “supremacia do parlamento” seria estabelecido em conjunto com a “primazia da lei”, prescrevendo que o parlamento deteria o poder de fazer e de revogar quaisquer leis, ao passo que nenhum outro órgão poderia derrogar ou agir em desconformidade com aquelas leis<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> “The legislative supremacy of Parliament, increasingly asserted in the sixteenth and seventeenth centuries, was assured by Parliament’s victory in the Civil Wars of the 1640s and by the so-called ‘glorious’ revolution of 1688–89, which, among other things, established the primacy of statute over prerogative”. TURPIN, C. **British government and the constitution: text and materials**. 7th ed ed. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2012.

<sup>44</sup> “The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament . . . has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”. DICEY, A. V. **Lectures introductory to the study of the law of the constitution**. First edition ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013. p. 27.

### 3.1.1 Constituição e prerrogativa

A noção de supremacia do parlamento e de primazia da lei passaram a ser, ao menos após a “Revolução Gloriosa”, elementos típicos da “constituição britânica”. Estes elementos serviriam como ponto de referência fundamental para o liberalismo político clássico, como justificativa da prosperidade e das liberdades do Reino Unido e como um elemento de contraste com os demais governos “absolutistas” da Europa. A defesa deste “modelo político bem-sucedido” seria, especialmente na França, vinculada à agenda dos autores e políticos “liberais” do século XIX (MCMAHON, 2002)<sup>45</sup>.

Enquanto os liberais puderam desenvolver uma formulação positiva de como o Estado deveria ser legalmente organizado – como uma “monarquia constitucional” – ainda não poderia haver senão uma definição negativa dos poderes reservados aos monarcas. Dicey definiria a prerrogativa real como a porção remanescente daquele poder original na Coroa<sup>46</sup>, destacando o caráter residual do poder discricionário do Executivo. O poder reservado ao monarca e aos seus ministros em um regime constitucional seria, portanto, aquele não abrangido pela lei, delimitado assim por sua exclusão. A delimitação da prerrogativa pela lei, no entanto, apesar de fundamental ao regime constitucional, era entendida

---

<sup>45</sup> “Known by the general label Liberal and grouped around such leaders as Jacques Manuel, Jean Casimir-Perier, the Marquis of Lafayette, Jacques Lafitte, and Benjamin Constant, this Constitutional, or Independent, party defended popular sovereignty and individual rights, denigrated the role of the church (often in overtly anticlerical terms), and looked to England as a political model for France. Constituting a minority within the chamber as a whole, the faction nonetheless controlled sufficient votes to force the government of Decazes, based on several non-Ultra, centrist groupings, to grant concessions. Outside the chamber, the Liberals boasted an active and flourishing press”. MCMAHON, D. M. **Enemies of the Enlightenment the French Counter-Enlightenment and the making of modernity**. New York; Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 157-8.

<sup>46</sup>“the remaining portion of the Crown's original authority, and it is therefore ... the name for the residue of discretionary power left at any moment in the hands of the Crown, whether such power be in fact exercised by the King himself or by his Ministers”. DICEY. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 10 ed., 1959, p 424.

como historicamente posterior à origem do poder real. A delimitação da prerrogativa pela lei poderia progredir e “inovar”, mas as características do Poder Executivo seriam ainda descritas como a continuidade de um poder original, mesmo que restrito ao longo do tempo.

Esta anterioridade do poder monárquico e a sua limitação progressiva pode ser observada na “constituição britânica” e é uma de suas contradições formais que a distanciam das constituições hierárquicas – que separam o poder constituinte do poder constituído (MCLEAN, 2010)<sup>47</sup>. Enquanto o sistema britânico chamaria de “constituição” a evolução histórica do governo e da sua (auto)regulação – inexistindo uma distinção profunda entre “direito constitucional” e “direito administrativo”<sup>48</sup> – a revolução americana forneceria o evento histórico essencial para o estabelecimento de uma constituição liberal sem fundamento na tradição.

Ao tratar da constituição americana, Thomas Paine descreveria um novo conceito de constituição em oposição direta ao modelo inglês: a constituição não seria “ato” (*act*) do governo, mas um ato do povo ao instituir um governo (PAINE, 1792)<sup>49</sup>. A norma constitucional não poderia se confundir com aquelas normas criadas pelo governo (*acts*), até mesmo porque a constituição seria “algo que antecede o governo”, não sendo qualquer poder do governo legítimo senão em virtude da constituição – instrumento que confere ao governo o consentimento dos governados. Este modelo de constituição permitiria pensar um Estado mais amplamente regulado pelo direito positivo, fundamentado sobre bases contratuais tipicamente lockeanas, no qual a questão das prerrogativas reais desapareceria sob as ordens da norma constitucional.

A definição “revolucionária” de constituição descrita por Thomas Paine pressupõe uma ruptura histórica e foi pensada em sua época

---

<sup>47</sup> Sobre a série de “contradições” presentes na constituição britânica ver: MCLEAN, I. **What’s wrong with the British constitution?**. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2010.

<sup>48</sup> Esta problematização perpassa os *textbooks* britânicos de maneira geral, p. ex.: TURPIN, C. **British government and the constitution: text and materials**. 7th ed ed. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2012. BARNETT, H. **Constitutional and administrative law**. 4th ed ed. London: Cavendish, 2002. POLLARD, D. **Constitutional and administrative law: text with materials**. 4th ed ed. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2007.

<sup>49</sup> “A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government, and a government without a constitution is power without right ... A constitution is a thing antecedent to a government; and a government is only the creature of a constitution”. [1792, Pt II, p 93].

como uma forma oposta àquela “constituição britânica”, que harmonizava os elementos arcaicos do governo monárquico com as liberdades individuais modernas. Esta definição revolucionária de constituição, quando projetada para regimes constitucionais que não se fundamentam igualmente naquela “ruptura total” para com outras fontes de autoridade (Coroa, Igreja, etc.), confrontava-se com a necessidade de legitimar as prerrogativas reais, que não deixariam de existir nos regimes defendidos por aqueles liberais do século XIX.

A declaração de independência dos Estados Unidos e a constituição norte-americana podem ser descritas em termos nitidamente lockeanos: no “estado de natureza” todos os homens seriam livres e iguais, o governo instituído entre os homens teria a finalidade maior de garantir a segurança e a propriedade e o poder só seria legítimo quando fundamentado sobre o consentimento do povo; a propriedade só poderia ser atingida pela lei aprovada por representantes do povo e caso o governo violasse a lei e a propriedade do povo, este último deteria o direito de se defender de todo o poder usado sem o seu consentimento. Aquela definição dada por Paine para a constituição americana seria completamente coerente com *O segundo tratado sobre o governo*, suas bases contratualistas e sua descrição jusnaturalista do poder político, senão talvez por um elemento: a defesa de Locke às prerrogativas reais.

### 3.1.2 Prerrogativas reais e poderes extralegais (Locke)

A filosofia política de Locke tinha como fundamento a igualdade natural dos homens. A existência das prerrogativas reais no seio do poder político, no entanto, formaria um elemento oposto àquela igualdade jurídica, já que as prerrogativas eram poderes próprios de pessoas dotadas de uma qualidade específica. De fato, Locke ressaltava as qualidades próprias dos príncipes e as relacionava com o uso das prerrogativas reais, mas, como lembrou Waldron (2002), a virtude política e as qualidades do governante não eram atributos indispensáveis ao governo. Seria o consentimento dos governados o elemento que conciliaria, em Locke, as habilidades dos príncipes e o seu status superior perante os súditos.

Locke tratou das prerrogativas reais em um trecho relativamente pequeno do *Segundo tratado sobre o governo*, mas a importância da questão para todo o seu sistema político é enorme, principalmente ao se levar em conta o *Primeiro tratado sobre o governo* e o seu maior

antagonista, Robert Filmer e seu livro *Patriarcha* (1680). Sua importância seria destacada pela interpretação de Carl Schmitt, que afirmaria, talvez forçosamente, que a exceção era algo de importância incomensurável para Locke<sup>50</sup>.

Em seu texto que trata sobre as prerrogativas do soberano e suas bases jurídico-teológicas, é interessante destacar que Schmitt não usa a expressão “prerrogativa” em qualquer parte do primeiro volume<sup>51</sup> – talvez de forma planejada –, mas sempre “exceção”. Com isto Schmitt deseja implicar que a exceção sempre fez parte dos sistemas jurídicos modernos e que uma autoridade monocrática naturalmente daria um poder anterior à lei, para decidir sobre ela. Locke não chegou a esta conclusão, ao contrário, determinou que a lei seria a única forma de conferir autoridade política ao governante, deixando ao próprio povo, em último caso, a decisão sobre a continuidade ou a dissolução do governo<sup>52</sup>. Nem ao povo, nem ao parlamento, no entanto, caberia o exercício daquelas prerrogativas próprias do monarca e de seus ministros. Prerrogativas que não seriam a exceção fundamental que define o que é jurídico, mas que conferiam a

---

<sup>50</sup> “The exception was something incommensurable to John Locke's doctrine of the constitutional state and the rationalist eighteenth century. The vivid awareness of the meaning of the exception that was reflected in the doctrine of natural law of the seventeenth century was soon lost in the eighteenth century, when a relatively lasting order was established”. SCHMITT, C. **Political theology: four chapters on the concept of sovereignty**. University of Chicago Press, Chicago: University of Chicago Press, 2005, p. 13-4.

<sup>51</sup> Texto usado: SCHMITT, C. **Political theology: four chapters on the concept of sovereignty**. University of Chicago Press, Chicago: University of Chicago Press, 2005. A expressão “prerrogativa” aparece rapidamente em três passagens do segundo volume, mas não no sentido das prerrogativas reais aqui debatidas. A versão em português que inclui os dois volumes também foi consultada: SCHMITT, C.; ANTONIUK, E.; MOREIRA, L. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>52</sup> Schmitt tenta apontar o “erro” de Locke, ao afirmar que a lei dá a autoridade, mas não determina a quem: “The law gives authority, said Locke, and he consciously used the word *law* antithetically to *commissio*, which means the personal command of the monarch. But he did not recognize that the law does not designate to whom it gives authority. It cannot be just anybody who can execute and realize every desired legal prescription”. Para Locke a qualquer um é sim lícito executar o direito natural e proteger as garantias estabelecidas caso o governo não o faça e haja uma parcela suficientemente grande da população unida neste sentido (vide, §§ 168, 240, dentre outros, do *Segundo tratado sobre o governo*).

um poder a legitimidade de atuar na ausência da lei ou em sua contrariedade.

Segundo a teoria de John Locke, o poder legislativo seria o poder supremo na comunidade política, submetido apenas ao poder originário do povo que instituiu o governo e que teria, portanto, a última palavra para julgar o exercício do poder político. O Segundo Tratado sobre o Governo de Locke concentra em torno do poder de legislar a maior parte dos atributos do poder político soberano, deixando ao poder executivo e ao “poder federativo” (manifestação externa do poder executivo) o exercício de competências importantes, mas ainda subordinadas ao legislativo.

O “poder supremo na sociedade civil”, para Locke, seria o legislativo porque somente este é competente para, com o consentimento dos cidadãos, dispor sobre a propriedade de todos através da lei. Apesar do conceito lockeano de propriedade ser tão amplo que envolve a vida e a liberdade do indivíduo proprietário de si mesmo, em relação ao poder político Locke separa o poder deliberativo sobre a propriedade – exclusivo do legislativo – do poder de comando – “poder absoluto” – de um chefe militar sobre a vida e a morte dos soldados sob sua disciplina. Mesmo sendo um poder “absoluto”, este não seria “arbitrário” pois, apesar do oficial em relação ao soldado poder “mandar prendê-lo à menor desobediência”, aquele não poderia “se apoderar do mais insignificante dos objetos” deste último. O poder do Estado, portanto, não se resumiria à regulação do direito de propriedade e, por sua vez, a necessidade de consentimento (representação) dos indivíduos só se daria no tocante à esfera da propriedade. Diferente do legislativo, o poder executivo possuiria um “poder absoluto” para tratar de seus assuntos, poder que não seria arbitrário conquanto que não invadissem a propriedade alheia.

Assim como posteriormente defenderiam Montesquieu, Jay, Hamilton e Madison, dentre outros, John Locke já afirmava que a separação entre o poder executivo e o poder legislativo, apesar de necessária, não precisaria ser “absoluta”. A titularidade do exercício destes poderes poderia variar de acordo com as diferentes formas de governo, segundo Locke, sem prejuízo ao funcionamento do Estado. Por ser essencial para se entender a relação entre os poderes em seu tempo, o *Segundo Tratado sobre o Governo* se preocupa em descrever o funcionamento das prerrogativas reais que, vinculadas ao executivo, seriam decorrentes do Direito Natural. O executivo teria naturalmente, segundo Locke, de atuar de forma útil à comunidade nos “casos que a lei civil nada prescreve” e assumir aquelas áreas em que as leis “não teriam meios para desempenhar um papel útil”, deixando-se a cargo do bom-

senso daquele que detêm nas mãos o poder executivo, para que ele as regulamente segundo exigirem o bem público e suas vantagens”.

Destaque-se aqui que o executivo possuía, para Locke, a titularidade de uma parte essencial do governo do Estado: além do poder regulamentar, ao bom-senso do executivo cabia administrar de forma “útil” o “bem comum” da comunidade, assim como julgar as necessidades do Estado e agir conforme exigisse o “bem público”.

Enquanto que ao legislativo caberia a feitura das leis que deveriam ter caráter permanente, esta permanência das leis só poderia ser garantida através da atuação do poder executivo, tanto na aplicação da lei, quanto na adaptação das leis às mudanças ocorridas ao longo do tempo<sup>53</sup>. Como o legislativo não teria uma atuação permanente no sistema político lockeano, não estando sempre reunido na forma de parlamento, o executivo exerceria uma parcela substantiva do governo em sua execução, mas também na regulação das leis.

A natureza “periódica” do legislativo traria também a necessidade de nomear um responsável permanente para agir de acordo com a prudência para proteger a comunidade política e para promover o bem comum<sup>54</sup>. Os poderes extraordinários do executivo não se dariam somente

---

<sup>53</sup> “Como os legisladores são incapazes de prever e prover leis para tudo o que pode ser útil à comunidade, o executor das leis, possuindo o poder em suas mãos, tem pela lei comum da natureza o direito de utilizá-lo para o bem da sociedade em casos em que a lei civil nada prescreve, até que o legislativo possa convenientemente se reunir para preencher esta lacuna. Há muitas coisas em que a lei não tem meios de desempenhar um papel útil; é preciso então necessariamente deixá-las a cargo do bom-senso daquele que detêm nas mãos o poder executivo, para que ele as regulamente segundo o exigirem o bem público e suas vantagens. Mais que isso, convém às vezes que as próprias leis se retraiam diante do poder executivo, ou antes, diante da lei fundamental da natureza e do governo, ou seja, que tanto quanto possível todos os membros da sociedade devem ser preservados” (§159).

<sup>54</sup> “Qualquer atraso em sua convocação podia comprometer a segurança pública; e às vezes, também, havia tanto a fazer que o tempo limitado de suas sessões corria o risco de ser muito curto para a execução da tarefa e privar o povo do benefício que somente uma deliberação madura poderia proporcionar. Nesse caso, o que poderia ser feito para impedir que a regularidade dos intervalos que separam as sessões do legislativo e a fixação da duração de seus trabalhos não expusessem a comunidade cedo ou tarde a algum perigo iminente aqui ou ali, senão confiando na prudência de um personagem cuja presença constante e seu conhecimento dos negócios públicos tornasse capaz do uso desta prerrogativa para o bem público? E que melhor escolha que a de confiá-la a quem já estava encarregado da execução das leis para o mesmo fim?” [*idem*].

em virtude da ausência de um parlamento permanente, mas também como consequência dos perigos que envolvem o Estado em tempos de emergência (FATOVIC, 2009)<sup>55</sup>. Estes fundamentos incidentais gerariam o espaço reservado às prerrogativas.

A definição mais simples que Locke dá à “prerrogativa” é “este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa” (§160). Apesar de apontar para os casos em que se constatava o abuso das prerrogativas, Locke vincula o conteúdo justo – o bem público – à correta definição de prerrogativa:

Uma vez que a prerrogativa não é senão um poder nas mãos do príncipe para promover o bem público naqueles casos que, dependendo de acontecimentos imprevistos e incertos, teria sido muito perigoso submeter a leis imperativas e imutáveis. Todo ato que tem manifestamente por objetivo o bem do povo e o estabelecimento do governo sobre suas verdadeiras bases, é e sempre será uma prerrogativa justa (§158).

Só pode ser considerada uma prerrogativa aquela que for “justa”, que tiver por objeto o “bem do povo”. Locke, portanto, se esquia de uma definição ou delimitação formal do que seria a prerrogativa, considerando-a em seu sentido material. A prerrogativa em sua justa aplicação se tornaria quase indistinta da atividade regular do bom governo. Sua natureza e seus limites não seriam objeto de questionamento enquanto ela fosse bem empregada, sendo amplamente aceita pelo povo quando exercida em seu benefício:

Quando este poder é exercido no interesse da comunidade e de modo adequado às responsabilidades e objetivos do governo, trata-se sem dúvida de prerrogativa e jamais é questionado. É muito raro, se é que chega a ocorrer, que o povo manifeste escrúpulos ou rigor sobre este ponto, ou

---

<sup>55</sup> “Despite Locke's insistence that the powers of government 'ought to be exercised by *established and promulgated laws*' (II, § 137), he permitted the executive to exercise enormous discretionary powers in times of emergency”. FATOVIC, C. **Outside the law: emergency and executive power**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009. p. 39.



chegue a questionar a prerrogativa quando ela é empregada de uma maneira mais ou menos aceitável em vista do fim a que é destinada, ou seja, o bem comum, e não vise manifestamente prejudicá-lo. Mas se houver uma contestação entre o poder executivo e o povo a propósito de qualquer coisa reivindicada como prerrogativa, a tendência do exercício de tal prerrogativa para o bem ou o mal do povo decidirá facilmente a questão (§161).

Assim como Dicey, Locke traçava a prerrogativa ao longo da história para demonstrar a sua limitação progressiva a partir da experiência dos governados com o governo. Enquanto o governo era simples e virtuoso, não havia necessidade de se estabelecer limites à prerrogativa:

É fácil imaginar que no início dos governos, quando as comunidades civis pouco diferiam das famílias quanto ao número de pessoas, também pouco diferiam delas quanto ao número de leis; e como os governantes atuavam quase como pais e velavam pelo seu bem-estar, o governo se identificava quase inteiramente com a prerrogativa. Poucas leis estabelecidas serviam aos seus propósitos, e o discernimento e a cautela do governante supriam o resto. Mas quando o erro ou a lisonja persuadiu alguns príncipes a utilizar este poder para fins privados que só interessavam a eles mesmos, e não ao bem público, o povo reclamou leis expressas para circunscrever a prerrogativa naqueles pontos onde a considerava desvantajosa; proclamou então os limites da prerrogativa nos casos em que considerou necessário, que ele e seus ancestrais haviam deixado, em toda a amplitude, a cargo da sabedoria daqueles príncipes, que dela não fizeram um uso correto, ou seja, visando o bem público (§162).

A “evolução” da prerrogativa estaria vinculada à experiência empírica dos governos e não poderia ser claramente estabelecida *a priori*. Locke usa o exemplo da história inglesa para ilustrar seu argumento:

Quem examinar a história da Inglaterra verá que a prerrogativa foi sempre maior nas mãos dos príncipes mais sábios e melhores, porque o povo, observando que a tendência geral de suas ações era o bem público, não contestava o que era feito sem o respaldo legal; ou se alguns desvios mínimos, visando o bem-estar público, manifestavam alguma sombra de fragilidade ou erro humano (uma vez que os príncipes são homens como todos os outros), quando percebia que a principal intenção de sua conduta era a preocupação com o bem público. Por isso, como o povo tinha motivos para estar satisfeito com esses príncipes quando eles agiam sem o respaldo da lei, ou mesmo contra ela, aquiescia ao que faziam e, sem qualquer queixa, permitia-lhes ampliar sua prerrogativa o quanto quisessem, julgando corretamente que eles nada fariam em prejuízo de suas leis, desde que agissem em conformidade com a base e o objetivo de todas as leis, que é o bem público (§165).

A boa atuação do governo, ainda que formalmente *illegal*, estaria protegida, segundo Locke, pelo Direito Natural e pela apreciação do povo. Ainda que a única forma de conferir autoridade política ao governante fosse a lei, esperar um bom governo não significaria, a partir da visão de Locke, esperar a submissão integral da atividade do governo ao cumprimento da lei. Desta forma não seria conveniente também tentar estabelecer barreiras ou impedimentos no sentido de evitar que o governo (executivo) descumpra as leis, sendo justamente este o sentido reservado à prerrogativa. O povo concederia, desta forma, uma permissão tácita para o governante descumprir a lei para atingir o bem público: “a prerrogativa pode significar apenas a permissão que o povo concede a seus governantes para fazer várias coisas de sua própria livre escolha, nas situações em que a lei for omissa, e às vezes mesmo em contrário ao que reza o seu texto, visando o bem público e com a consagração popular dos atos realizados nestas condições” (§164).

Ao rejeitar uma delimitação formal do campo das prerrogativas, Locke conseqüentemente estabelece uma delimitação material que serviria não só para restringir o uso das prerrogativas, mas também para julgar materialmente a lei: “Os únicos abusos são aqueles que prejudicam ou entram o bem público” (§163). Esta relação entre a lei e a prerrogativa, bem como a separação formal entre os Poderes legislativo e

executivo seriam discutidas e reformuladas dentro do liberalismo político pela obra de Montesquieu (1748).

### 3.1.3 Constituição mista e separação dos poderes (Montesquieu)

A teoria de Montesquieu defendia que a estabilidade e o bom funcionamento da monarquia pressupunha a existência de “poderes intermediários”, que, vinculados à sua função política pela importância da “honra” na sociedade, serviriam de impedimento para pretensões “despóticas” de qualquer monarca, compartilhando parte importante do exercício do poder público. Estes “corpos intermediários”, típicos do Antigo Regime europeu, eram representados pela complexa hierarquia da nobreza e do clero independente. Os mais poderosos membros da nobreza francesa – assim como em outros países – tradicionalmente preenchiam as posições mais importantes da alta administração militar e ministerial na cúpula do sistema durante o Antigo Regime, enquanto os seus membros de menor status – a “nobreza de toga” – ocupavam amplamente o emaranhado de funções judiciais presentes nas *cortes de província* e nos tribunais do direito comum.

De acordo com a teoria política de Montesquieu, a nobreza deveria cumprir uma função específica dentro de uma das formas de governo – a única na qual ela faz sentido –, a monarquia. Desta forma, Montesquieu buscou refuncionalizar a nobreza, retirando-a de seu relativo declínio político – em contraste com a ascensão da teoria da soberania absoluta – para lhe conferir um papel de conservação e de estabilização social e política. Não por acaso, Montesquieu tentaria recuperar o prestígio e a importância da nobreza para o governo, ao passo que a considerava essencial como instrumento de limitação do poder real. Sua teoria, portanto buscaria conciliar a teoria da soberania real com algumas das posições adotadas pelos defensores da *Thèse Nobiliaire*, prescrevendo para a monarquia uma forma de governo compartilhado e limitado pelas distinções da nobreza.

A tese nobiliárquica era uma variação daquelas teorias políticas do início da Idade Moderna que buscavam reagir aos alegados avanços do absolutismo monárquico (OESTREICH,1984)<sup>56</sup>. Seus fundamentos se

---

<sup>56</sup> In: HESPAÑA, António. **Poder e instituições na Europa do Antigo Regime**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

espelhavam em alguma medida nas visões clássicas neorromanas sobre o papel da “constituição” da “república”, das formas de governo e da ordem das magistraturas e dos ofícios públicos. Na França, uma versão “reacionária” desta teoria era representada pela obra de Boulainvilliers. O argumento defendido por Boulainvilliers era de que a nobreza teria compartilhado o poder e o governo com os reis desde a formação do reino, mantendo seus privilégios territoriais fundados em um original direito de conquista sobre as terras e sobre os comuns. Para Boulainvilliers, o absolutismo monárquico seria uma deterioração e um abuso promovido posteriormente por monarcas “tirânicos”\*, enquanto a antiga nobreza deveria resguardar as suas liberdades, que se manifestavam tanto em sua independência quanto em sua participação no governo e no conselho do reino. Em “O espírito das leis”, Montesquieu rapidamente dispensa a teoria de Boulainvilliers. Segundo Montesquieu, Boulainvilliers cometera um erro crucial ao pressupor que os conquistadores francos haviam reduzido os habitantes da antiga província romana à condição de servos ou escravos. Esta teoria aristocrática seria, para Montesquieu, errônea e simplista, constituindo um ataque desproporcional ao papel do terceiro estado do reino e um elogio mal fundado a mais antiga nobreza feudal.

Uma posição igualmente exagerada seria aquela assumida pelo Abade du Bos em sua defesa da liberdade do terceiro estado perante a nobreza, descaracterizando a conquista na Gália e alegando alguma continuidade das instituições romanas no reino dos francos.

Enquanto Bodin havia argumentado frontalmente contra a teoria do “governo misto” defendida por autores “antiabsolutistas” como Hotman (SKINNER, 2003), Montesquieu buscou caracterizar o governo monárquico como especificamente distinto da democracia e do despotismo, de forma similar à “constituição mista”. As distinções sociais, a honra e tradição aristocrática – elementos contrários à natureza das repúblicas e dos impérios – serviriam como os fundamentos para o bom funcionamento dos reinos harmônicos e bem governados, segundo Montesquieu. Para este autor, um governo monárquico sem a participação da nobreza se transformaria em um império despótico (tal era o “destino” da Rússia), ao passo que se o poder residisse unicamente nos nobres a distinção atribuída pelos reis à nobreza perderia o sentido e o reino se tornaria uma república. A garantia da ordem e da estabilidade de um reino – em que os súditos podem desfrutar de liberdades – seria a limitação mútua estabelecida entre aqueles que compartilhavam o poder, sendo o governo misto (monarquia) o único capaz de oferecer limitações ao poder político. Desta forma, a nobreza teria, para Montesquieu, a “função pública” de dividir o poder do governo entre si e o monarca, com vistas a

impedir a concentração dos poderes do Estado em uma única figura, garantindo assim as liberdades possíveis somente aos súditos de uma monarquia.

Apesar da importante influência do pensamento republicano clássico em sua obra, Montesquieu destacava que a “liberdade” não poderia ser confundida com a participação direta no governo ou na produção da lei. O “autogoverno” seria possível somente nas repúblicas, mas este seria um dos elementos que tornaria esta forma de governo instável e, portanto, perigosa para a liberdade. Considerando que “a liberdade é poder fazer tudo aquilo que as leis permitem”, a garantia da liberdade seria a manutenção da segurança e da ordem, uma vez que as leis não seriam “arbitrárias”, mas derivadas de “relações necessárias entre as coisas”. Se no despotismo as leis são expressão dos caprichos do governante e na república os homens precisariam abdicar dos seus interesses para legislar pelo bem comum, nas monarquias o governante deveria prioritariamente atuar dentro de leis fixas e estabelecidas, tendencialmente imutáveis. Esta última situação é a que melhor representaria a manifestação das leis mais próxima do “natural”, pois fixas e reconhecidas não em uma vontade particular. As instituições tradicionais existentes nas monarquias teriam o papel negativo de impedir o governante de ultrapassar aqueles limites estabelecidos pelas leis. A mais comum destas instituições seria, claro, a nobreza.

Diferente da teoria republicana clássica e da teoria da constituição mista, o papel da nobreza diante da monarquia, para Montesquieu, não impediria a caracterização jurídica do poder absoluto dos monarcas, seu status superior e suas prerrogativas, mas permitia àquela nobreza, sob justificativa da honra que lhe seria típica, negar ao monarca o cumprimento de ordens contrárias às leis e às tradições. A limitação do poder do monarca não significaria, desta forma, um compartilhamento do poder soberano, mas um conjunto de obstáculos concretos às possíveis arbitrariedades do governante.

A monarquia seria, para Montesquieu, a forma de governo mais apta a garantir a liberdade. Enquanto as repúblicas exigiam a manutenção de uma sociedade economicamente igualitária e politicamente virtuosa, os tempos modernos teriam tornado tais exigências distantes ou mesmo impossíveis. A honra exigida pela sociedade nobiliárquica dispensaria nas monarquias aquelas virtudes públicas indispensáveis aos governos republicanos, estabelecendo um regime mais estável e menos suscetível a mudanças violentas.

A teoria de Montesquieu, não comprometida com o contratualismo, preocupava-se em vincular os diferentes governos, seus

princípios e as suas relativas leis e instituições. Assim, a liberdade típica dos regimes monárquicos precisaria ser sustentada por um conjunto de instituições tradicionais e de privilégios a serem respeitados. “Acabem, em uma monarquia, com as prerrogativas dos senhores, do clero, da nobreza e das cidades; terão em breve um Estado popular, ou um Estado despótico”.

Para Montesquieu, não seria suficiente, numa monarquia, que existissem grupos intermediários; precisava-se ainda de uma instituição para o depósito das leis. “Este depósito só poderia estar nos corpos políticos, que anunciam as leis quando elas são elaboradas e as lembram quando são esquecidas”. As leis, que teriam os corpos políticos intermediários como os seus depositários, teriam um papel essencial para as monarquias, por que as leis substituiriam a virtude dos governados:

Nas monarquias, a política promove as grandes coisas com a menor virtude possível; assim como nas mais belas máquinas, a arte usa tão poucos movimentos, tão poucas forças e tão poucas rodas quanto possível. O Estado subsiste independentemente do amor à pátria, do desejo da verdadeira glória, da renúncia de si mesmo, do sacrifício de seus interesses mais caros e de todas as virtudes heróicas que encontramos nos antigos e das quais só ouvimos falar. As leis ocupam aí o lugar de todas estas virtudes, das quais não se precisa; o Estado nos dispensa delas: uma ação que se conclui sem alarde é nele como que sem consequência.

Ao valorizar o papel dos tribunais como corpos intermediários entre o rei e o povo, Montesquieu argumenta que a estabilidade constitucional do Estado não seria construída a partir do “poder soberano” ou do “consentimento dos governados”, mas a partir da contínua prestação jurisdicional dos magistrados. Apesar de apelar de forma vaga à razão e ao direito natural no início da sua obra, Montesquieu se distanciou das teorias de Hobbes e de Locke para conciliar alguns elementos liberais novos com a tradição jurídica do Antigo Regime. Na teoria de Montesquieu, o direito público pode determinar as regras sobre o governo, mas é a aplicação do direito civil que melhor representa o Estado em funcionamento.

O direito seria particularmente complexo nas monarquias, segundo Montesquieu, porque havia uma enorme quantidade de regras, restrições e soluções particulares que acabavam elevando a prática jurídica a uma forma de arte argumentativa diferenciada – “parecem fazer da própria razão uma arte” (l. 6, c. I.). Esta definição da prática de julgar identificada como o uso de uma “razão artificial” parece estar diretamente relacionada à concepção de Coke (1608).

Para Montesquieu, os *Parlements* seriam os depositários das leis fundamentais da monarquia, já que a sua atividade judicial servia para estabelecer limites passivos às inovações jurídicas capazes de ameaçar a continuidade das tradições do Reino. Segundo Montesquieu, a monarquia possuía um desenvolvimento histórico próprio que lhe atribuía um valor superior. O grande filósofo Aristóteles não teria conhecido a verdadeira monarquia e todos os outros filósofos não poderiam estabelecer uma forma de governo mais perfeita do que aquela criada pelos germânicos livres. Isto porque, segundo Montesquieu, os poderes e as limitações do governo monárquico eram garantidos pela tradição e pela experiência de um povo acostumado a conquistar e dominar outros povos e a não se submeter à dominação.

A monarquia seria, portanto, uma forma de governo equilibrada e limitada. A defesa das limitações jurídicas ao poder político serviria para destacar os aspectos “liberais” da obra de Montesquieu e contribuiriam para o seu grande sucesso. Por outro lado, a maior parte destas limitações jurídicas dependeria fundamentalmente da formação histórica peculiar de cada país, pois, ao contrário da forma como seria majoritariamente recepcionado, Montesquieu não propunha um modelo inovador de constituição política a ser construído. A obra de Montesquieu seria uma referência para os federalistas americanos e para os constitucionalistas do século XIX sem a observância dos pressupostos históricos indispensáveis para a caracterização da monarquia lentamente desenvolvida pela “tradição germânica”.

Outro ponto fundamental para a compreensão da teoria da separação dos poderes de Montesquieu é o fato desta estar inserida em uma teoria da legislação. A necessidade de separação dos poderes só aparecia em uma das três diferentes formas de governo (na monarquia) e esta separação consistia em uma consideração marginal perante a teoria mais geral sobre o estudo e o funcionamento das leis e do papel do legislador. Assim, a importância da separação dos poderes não deve ser superestimada dentro da obra de Montesquieu e a sua concepção mantinha uma hierarquia implícita entre os diferentes poderes, privilegiando o papel central do legislador perante o Estado. Ao destacar

o papel do poder judiciário nas monarquias, Montesquieu não estava rompendo com a divisão lockeana dos poderes legislativo, executivo e federativo para defender a plena independência dos juízes. Como lembrou Tuckness, a concepção de independência judicial em Montesquieu era muito mais modesta e não pode ser lida anacronisticamente através da de Hamilton (TUCKNESS, p. 152).

Como um contraste mais importante, Montesquieu se afastou da teoria de Locke sobre as prerrogativas reais, dando uma predominância certa à lei e deixando à prerrogativa um papel marginal perante o Direito público. O que poderia parecer uma concepção mais liberal, no entanto, seria contraposta à defesa feita por Montesquieu ao longo de toda a obra em favor da atuação do monarca no Poder legislativo. Portanto, Locke havia delimitado melhor a fronteira entre o Poder legislativo e o Poder executivo, reservando um poder autônomo e extraordinário ao monarca enquanto detentor de prerrogativas não legislativas. Montesquieu, ao contrário, reduziria a importância das prerrogativas reais, na medida em que admitia ao chefe de Estado o controle total do Poder executivo combinado com uma participação maior ou menor no exercício do Poder legislativo.

Assim como em Locke, havia em Montesquieu uma ênfase no poder político do legislador, sua centralidade dentro do Estado e a prevalência do Poder legislativo sobre os demais poderes. No governo monárquico, no entanto, o Poder legislativo seria uma espécie de poder misto, exercido coletivamente e essencialmente guiado pelo monarca. A função legislativa não era concebida por Montesquieu como um tipo de poder que devesse ser purificado ou separado completamente dos demais poderes do Estado. Portanto, a mistura entre as funções executivas e legislativas nas mãos do monarca não seriam estranhas à teoria de Montesquieu.

Esta mistura de funções e a peculiar concepção de Montesquieu sobre a separação dos poderes trazia muita confusão aos intérpretes do século XIX. Citando Montesquieu, Góes e Vasconcellos tentaria aplicar a teoria do autor à constituição brasileira:

Montesquieu diz, que a monarchia é a especie de governo em que um só governa: é a definição de todos os publicistas. Mas para que um homem só governe, e, por consequencia, exista o govemo monarchico, uma de duas há de necessariamente succeder. Ou o imperante concentra em suas mãos os poderes legislativo e executivo, e então a monarchia é absoluta. Ou participando, com o



parlamento nacional, do poder legislativo, elle possui a plenitude do poder executivo, e nesse caso a monarchia é limitada ou constitucional (GÓES E VASCONCELLOS, 1862, p. 118).

Na análise do constitucionalista brasileiro, a teoria de Montesquieu – e a de “todos os publicistas” – permitia a defesa de duas formas distintas de monarquia: a monarquia absoluta e a monarquia representativa. Em ambas o monarca teria a “plenitude do poder executivo”, mas somente na monarquia representativa o monarca deveria “dividir” o poder legislativo com o parlamento. Implicitamente a aplicação desta teoria consistia em caracterizar a representação nacional não como o elemento fundamental do Estado, mas como uma concessão de parte da *potestas legislativa* originária do monarca ao novo elemento político constituído no parlamento.

O legislador, em Montesquieu, era um ente essencialmente complexo – formado pelo monarca em conjunto com os corpos intermediários – e a maior parte dos poderes do Estado ainda deveria ser guiada pelo chefe de Estado. Legislar seria considerado ainda como uma função prática da atividade do governo, manifestação da “força executora do Estado”. A distinção mais profunda e clara entre o legislador e o governo – e os demais poderes do Estado – seria desenvolvida no Direito público principalmente a partir da obra de Rousseau (1762).

### 3.1.4 A prevalência do legislador (Rousseau)

Os autores contratualistas, como Hobbes, Spinoza e Locke, omitiram substancialmente o papel do “legislador” como figura central na fundação e no funcionamento do Estado, da forma viria a tratar Rousseau (CUSHER, 2010). Para os primeiros contratualistas, entendidos os termos do contrato, a atividade legislativa do Estado decorreria como consequência daquele ato fundamental e a *potestas legislativa* restaria diretamente à autoridade soberana. Rousseau aderiu ao argumentou contratual como fundamento para a constituição de um corpo político, mas a autoridade da lei não poderia se assentar sobre a vontade de uma pessoa particular, sendo legitimada somente pela “vontade geral”.

Além de uma teoria sobre a formação da sociedade política, em seu *Contrato Social* Rousseau buscou desenvolver uma verdadeira “teoria da

legislação”. Esta teoria decorre da caracterização do governo “republicano” como o único governo legítimo. Tal “república” seria um “Estado regido por leis” em que “somente o interesse público governa”, “independentemente da forma de organização”. Desta forma, a teoria da “vontade geral” de Rousseau pode também ser interpretada como uma aplicação republicana da vontade soberana absoluta (CHEVALLIER,1953).

A definição ampla de República dada por Rousseau – que não era incomum no século XVIII e seria comum a Kant – vincularia a ação do Estado à produção e à aplicação das leis; definição que permaneceria ligada à tradição jurídica moderna e que formaria um terreno fértil para uma eventual caracterização *positivista* do Estado. Neste sentido, todas as funções do Estado se resumiriam essencialmente à legislativa (criação de normas) e à executiva (aplicação de normas). Esta concepção dual da atividade estatal, contrária ao argumento da separação dos poderes como separação de funções, influenciou grande parte da doutrina do Direito Público<sup>57</sup> no Brasil e na Europa, especialmente a partir de Kelsen. Distante da definição kelseniana de “norma jurídica” no entanto, para Rousseau, a lei seria definida materialmente pelo seu conteúdo moral, pela sua concordância com a “vontade geral”.

As leis, para o autor, deveriam ser o verdadeiro motor do Estado e, para estarem de acordo com a “vontade geral”, precisariam ser sempre “gerais” e “abstratas”. Neste sentido Rousseau diferenciava expressamente significado de “lei” e de “decreto” de forma correlata com a distinção da figura do “legislador” perante o “governo” exercido pelos magistrados do “Executivo”. O legislador seria um “homem extraordinário”, não sendo nem parte regular do governo, nem se confundindo com a pessoa do soberano, a sua função seria “particular e superior”, estando acima das magistraturas do executivo. O legislador seria também responsável pela ordenação da república e pela sua “constituição”, não estando formalmente submetida a ela, somente à “vontade geral”. Se as leis devem tornar os homens virtuosos e moralmente livres, o legislador precisaria ter estas características antes mesmo da existência das leis, no momento de fundação do Estado.

As leis redigidas pelo legislador, segundo Rousseau, não poderiam ser consideradas boas em si mesmo, senão em relação aos seus destinatários e às suas condições específicas. As leis precisavam ser

---

<sup>57</sup> Não somente no século XIX como textos clássicos do direito administrativo brasileiro do século XX, como BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

endereçadas ao povo, deveriam atender às suas particularidades e deveriam tornar o povo mais livre e civilizado. O fracasso dos legisladores em atender através da legislação as necessidades políticas dos povos levaria, na opinião de Rousseau a uma inevitável “revolução”, a qual “todos os reis da Europa trabalham de comum acordo para acelerá-la”<sup>58</sup>.

Diante do problema dos diferentes Estados e suas dimensões, Rousseau dedicou sua atenção à relação entre as leis e os costumes. Por um lado, os costumes e as tradições, são por vezes vícios e interesses particulares em oposição à “vontade geral”; é neste sentido que “o que torna penosa a obra da legislação não é tanto o que é preciso estabelecer, mas sim o que é preciso destruir”. O sucesso da legislação, seja política, civil ou criminal, dependeria, contudo, da “mais importante” lei: a concordância dos “usos, dos costumes e, em especial, da opinião”. Precisando o legislador destruir alguns costumes indesejáveis, deve encontrar uma harmonia entre as suas leis e as relações naturais que afetam os Estados e os povos, consolidando as leis sobre a base dos costumes e criando paulatinamente uma tradição republicana.

Mais marcante na teoria jurídica de Rousseau seria o antagonismo entre os conceitos de “lei” e de “decreto”. Para o autor, todo decreto seria uma manifestação particular de vontade e, desta forma, jamais poderia ser considerado uma expressão da soberania. A soberania estaria vinculada à vontade geral e deveria se expressar através das leis. Os decretos seriam normas jurídicas oriundas de uma vontade particular encarnada na figura do “governo” – um elemento interno e necessário ao funcionamento do Estado.

Ao delimitar uma diferenciação entre a vontade geral e a vontade particular baseada na diferença entre a soberania e a execução de suas disposições, Rousseau reafirmava a tese da soberania indivisível (FROST, 2013, p. 151). Assim, explicava Rousseau:

Pela mesma razão que a torna alienável, a soberania é indivisível, porque a vontade é geral, ou não o é; é a vontade do corpo do povo, ou apenas de uma de suas partes. No primeiro caso, essa vontade declarada constitui um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou um ato de magistratura: é, no máximo, um decreto.

---

<sup>58</sup> *Contrato social*, Livro II, Cap. VIII

A separação rígida entre lei e decreto serviria para associar essencialmente o conceito de “soberano” com o de “legislador”, fazendo do soberano um ente puramente legislativo. Abaixo do legislador estariam os magistrados encarregados de executar as disposições das leis gerais aos casos particulares, portanto o “poder executivo” estaria abaixo do “poder legislativo”, refletindo a mesma relação de hierarquia entre o “soberano” e o “governo”, entre lei e decreto. A distinção entre lei e decreto permaneceria não só como uma separação formal, mas também material, relacionada a seus diferentes conteúdos e valores. Desta forma lembrava Rousseau:

Vê-se ainda que, reunindo a lei da universalidade da vontade e a do objeto, tudo que um homem, seja quem for, ordena de sua cabeça não é em absoluto uma lei; mesmo o que é ordenado pelo soberano acerca de um objeto particular não é igualmente uma lei, mas um decreto; nem constitui um ato de soberania, mas de magistratura.

Assim Rousseau descrevia um modelo de Estado composto por dois poderes hierarquicamente organizados, um consolidado na figura do legislador – representante da soberania e da vontade geral – e outro expresso no poder executivo e em todos os magistrados que o compunham. A esfera judicial seria, portanto, uma parte integral do poder executivo e a sentença emitida por um juiz consistiria em uma norma particular do mesmo tipo de um decreto emitido pelo governo. Assim, uma norma particular (sentença) poderia ser alterada por outra norma particular (decreto), mas ambas deveriam estar submetidas à norma geral (lei).

A superioridade do Legislador em Rousseau pressupunha uma distinção entre o Legislador e o governo, para que o governo não pudesse impor a sua vontade particular sobre a legislação. Toda a distinção abstrata necessária para a coerência da teoria da vontade geral de Rousseau, no entanto, se dissolveria cada vez que o próprio autor tentasse prescrever medidas práticas para o governo (CUSHER, 2010).

No contexto do Brasil do início do século XIX, Rousseau seria lido como mais um ilustre autor que trazia noções abstratas de governo e, por vezes, somado a um conjunto de outras referências ao “governo misto” de Montesquieu e do federalismo americano.

## 3.2 Separação dos poderes e constituição liberal

### 3.2.1 Separação dos poderes como limitação do Poder legislativo (Hamilton, Jay, Madison)

A separação mais rígida e abstrata entre o Poder executivo e o Poder legislativo era essencial para a concepção absoluta de soberania defendida por Rousseau (CHEVALLIER, 1953). Esta separação também tinha um papel relevante para a monarquia equilibrada de Montesquieu e principalmente para a monarquia representativa de Locke. O problema em torno da delimitação de competências do Poder Executivo e o espaço a ser reservado ao Poder Legislativo, no entanto, não estava limitado às monarquias parlamentares. O modelo de Separação dos Poderes presente na Constituição norte-americana foi criticado pesadamente pela falta de clareza na definição e na diferenciação dos poderes do governo federal. Ao substituir os *Artigos da Confederação* (1777), a Constituição federal precisaria estabelecer um sistema de governo uniforme diante de diferentes Constituições estaduais que mantinham concepções diversas de como os Poderes estatais deveriam ser organizados.

Como lembrou Manin (1994), os federalistas precisavam demonstrar através dos seus escritos que a nova Constituição Federal, com o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), não violaria a Separação dos Poderes, mas garantiria um governo mais forte e mais equilibrado do que o existente. Este era um ponto de argumentação dos *anti-federalistas*, que rejeitavam o estabelecimento de um governo federal forte e uma estrita Separação de Poderes de acordo com as diferentes funções do Estado.

Os federalistas divergiam da doutrina *whig* herdada da tradição política inglesa, em que a Câmara baixa do parlamento servia como o exclusivo representante da vontade popular, enquanto os *anti-federalistas* defendiam a autonomia dos legisladores como únicos representantes legítimos de um governo democrático (STORING, 1981). Para legitimar a limitação do legislativo pelo Executivo e, principalmente, pelo Judiciário, os federalistas argumentavam que as diferentes instâncias governamentais atuavam igualmente como agentes do povo, sem que

incorressem nos mesmos vícios da política das facções, mais típica do legislativo.

Hamilton, Jay e Madison (1787) defenderiam uma variação nova da antiga doutrina *whig*, aplicando aos demais poderes do Estado o mesmo grau de legitimidade e de representação política próprios da Câmara dos Comuns inglesa. Desta forma, a Constituição federal estenderia ao Executivo e ao Judiciário a mesma proteção contra as interferências externas gozadas pelos legisladores (MANIN, 1994).

“Os adversários da Constituição consideravam, ao contrário, que a responsabilidade diante do povo era a pedra angular do governo republicano” e, desta forma, não caberia a outras instituições governamentais “punir” os legisladores eleitos. Assim, os anti-federalistas sintetizavam a Separação dos Poderes no princípio de “um órgão, uma função” e rejeitavam as passagens da Constituição americana que atribuíam diferentes funções a um mesmo órgão, não só como uma forma de tirania, mas também fonte de confusão, de ambiguidades e de conflitos (MANIN, 1994). Ao invés de uma limitação baseada no exercício simultâneo dos poderes por diferentes órgãos, os anti-federalistas valorizavam a delimitação clara de competências como forma de conferir segurança através da certeza. Diante deste argumento, os federalistas lembravam que “não bastam declarações escritas para conter os diferentes poderes nos seus limites legais; e pelo que nesse se disse, o expediente de apelar para o povo não é prudente nem eficaz” (cap. 49, p. 313).

Havia, no núcleo do debate constitucional norte-americano, o confronto entre duas concepções distintas de Separação dos Poderes. A primeira concepção partia da especialização funcional de cada poder do Estado, argumentando que cada poder estaria limitado a exercer unicamente a sua função e a defesa contra as arbitrariedades decorreria do impedimento do mesmo agente exercer mais de um poder. Esta era a visão melhor recepcionada pelos anti-federalistas americanos. A concepção defendida pelos federalistas, que ficaria conhecida como a dos freios e contrapesos, pressupunha que todo tipo de poder político concentrado constituiria uma ameaça à liberdade e que o mesmo deveria ser distribuído entre os diversos órgãos do Estado de forma que cada órgão mantivesse um interesse próprio em impedir o abuso de poder pelos demais.

A ideia de que o interesse particular pela manutenção do poder político detido por cada órgão do Estado poderia garantir a estabilidade do sistema através de uma limitação recíproca do poder, baseada não na virtude cívica, mas no interesse de cada grupo em defender os seus

privilégios, seria a aplicação moderna mais influente da teoria do “governo misto”. Esta adaptação da teoria do governo misto constituiria um argumento central dos federalistas em defesa de uma Constituição que priorizasse a estabilidade e a conservação da ordem social. A teoria do governo misto pressupunha que os diferentes elementos da Constituição de um Estado representariam forças sociais distintas – o povo, a aristocracia e o monarca –, portanto a versão moderna desta teoria presente na Constituição norte-americana foi, naturalmente, criticada pelos defensores da democracia popular.

A concepção de Separação dos Poderes, inspirada na teoria do “governo misto” e defendida pelos federalistas americanos, possuía um forte traço conservador e contra-majoritário, ao rejeitar a viabilidade de um governo puramente democrático – ou um “governo simples” – como um princípio político universal. Os federalistas viriam a caracterizar as medidas legislativas estaduais – entendidas pelos anti-federalistas como a mais legítima manifestação da democracia – frequentemente como a incarnação das arbitrariedades e das injustiças da maioria contra a minoria.

Como um exemplo das arbitrariedades legislativas, os federalistas apontavam para as populares leis estaduais que determinavam o perdão das dívidas e escandalizavam os credores<sup>59</sup>. Neste tipo de situação, o Poder Legislativo, exercendo precisamente a sua função, estaria, no entanto, agindo de forma tão arbitrária como aquele que julga e executa uma determinação em benefício próprio. Isto demonstrava, segundo os autores, que a simples separação funcional dos poderes não seria suficiente para a garantia das liberdades – especialmente da propriedade

---

<sup>59</sup>No ano de publicação dos artigos federalistas, 1787, a *Society for the Relief of Distressed Debtors*, formada em Nova Iorque naquele ano, contou 1162 presos nas cadeias da cidade por dívidas, 716 destes por menos de 20 shillings. Após a crise de 1792, John Pintard, legislador do Estado de Nova Iorque, seria preso por dívidas decorrentes da perda de seus investimentos no projeto de Alexander Hamilton de financiamento da dívida pública. Vide: LEPORE, Jill. How we used to treat debtors. *Annals of Finance*, [New York] abril, 13, 2009. Os federalistas chamaram a “rebelião de Shays” como a primeira guerra civil americana, afirmando que “se Shays não se tivesse visto afogado em dívidas, nunca o Estado de Massachusetts teria sido envolvido nos horrores da guerra civil” (cap. 6. p. 37). Sobre as rebeliões populares contra o aprisionamento dos devedores e o seu reflexo no pensamento constitucional americano, ver BERCOVICI, G.

– dos indivíduos e que o Poder Legislativo precisaria de limitações externas no exercício de suas funções típicas.

Os federalistas seguiam a argumentação já adotada, em parte, por Locke, afirmando que os governos são estabelecidos “porque as paixões dos homens não obedecem espontaneamente aos preceitos da razão e da justiça” (cap. 15, p. 95). Divergindo da teoria de Locke, no entanto, os federalistas rejeitavam o pressuposto de que o consentimento da maioria seria suficiente para legitimar a atuação do legislador e para garantir uma compreensão razoável das leis naturais pelo governo. Como mencionou Russell (1972), Locke podia ser considerado “o mais afortunado dos filósofos” justamente porque ao escrever seu *Segundo Tratado* (1689) defendia opiniões compartilhadas pela maior parte dos membros da classe dominante no governo após a *Revolução Gloriosa* (1688). O mesmo não poderia ser dito sobre os autores dos artigos federalistas.

As posições adotadas pelos federalistas encontraram grande resistência e oposição em sua época, mas a articulação política dos autores dentro do governo permitiria o seu sucesso contra os opositores, geralmente desorganizados e sem uma unidade ideológica. A concepção de que a maioria poderia agir de forma injusta e que os diferentes grupos políticos não seriam capazes de escutar a “voz da razão” transparecia nos argumentos dos federalistas na descrição dos seus opositores. Os anti-federalistas eram caracterizados como representantes do espírito partidário e faccioso presente na política da jovem república e, segundo os federalistas, haveria um número de opiniões políticas radicais opostas de forma análoga ao número de seitas religiosas inconciliáveis entre si.

“A justiça é o fim de todo o governo e de toda a sociedade civil”, mas em vez de “promover a justiça” ou de “garantir a liberdade humana”, para os federalistas “o fim principal da legislação moderna deve ser o de submeter a regras certas esta multidão de interesses opostos; e o espírito de partido e de facção deve entrar sempre no cálculo das operações ordinárias e necessárias do governo” (cap. 10, p. 62). A legislação deve estar submetida a uma forma de cálculo racional sobre o posicionamento dos diversos grupos no sentido de garantir a vigência de regras que assegurem segurança jurídica, especialmente importante contra a vontade da maioria. A racionalidade exigida por detrás da legislação, no entanto, não poderia ser garantida, na perspectiva dos federalistas, se a formação da lei se desse por um único órgão simples, encarregado da função legislativa.

Ao defender a “Utilidade da União como salvaguarda contra as facções e as insurreições” (capítulos 9 e 10), os federalistas retomaram o argumento tradicional de que “ninguém pode ser juiz em causa própria”



para dar um novo sentido à legitimidade do Poder Legislativo. Em vez de representante do todo, ou da coletividade, o legislativo era descrito pelos federalistas como uma “multidão de interesses opostos”, cada qual advogando em causa própria e, ao final, pronunciando uma sentença capaz de afetar os direitos (a propriedade) de todos os cidadãos. Assim, argumentavam, “que outra coisa são os legisladores de todas as classes senão advogados e partes em todas as coisas que julgam?” (cap. 10, p. 62).

A exclusividade funcional do Poder Legislativo na produção da lei levaria, paradoxalmente, à tirânica demolição concreta da Separação dos Poderes, segundo o argumento federalista. Isto porque os legisladores estariam sempre submetidos aos interesses privados e às paixões das facções e, agindo desta forma, tenderiam a arbitrariedades, equiparadas à defesa dos interesses da maioria – já que a maioria seria simplesmente mais uma das muitas facções. Na esfera estadual, este cenário já parecia se concretizar.

A influência dos chefes facciosos pode, talvez, acender o fogo da discórdia nos seus Estados particulares, mas nunca ocasionar um incêndio geral nos outros; uma seita religiosa pode muito bem degenerar em facção política em uma parte da Confederação, mas a variedade de seitas espalhadas na superfície total põe o conselho nacional a salvo de todo o perigo a esse respeito; o furor pelo estabelecimento do papel-moeda, pela abolição das dívidas, pela divisão das propriedades, ou outro projeto igualmente absurdo e desastroso pode mais facilmente invadir um dos membros isolados do que o corpo inteiro da União, do mesmo modo que uma moléstia dessa natureza pode mais facilmente infetar um condado ou um distrito do que a totalidade de um Estado (p. 66).

Nos artigos 10 e 51, os federalistas apontava para a pluralidade de opiniões competindo entre si como uma forma de limitar o poder das maiorias, mas no artigo 63, esta solução seria apontada como insuficiente, sendo necessárias outras precauções. O bicameralismo era visto como o único recurso contra a “desgraça” que consiste na predominância do Poder legislativo nos governos republicanos. O Senado deveria ser capaz de barrar a câmara dos representantes, tendo regras diferentes para a sua

composição e um conjunto de atribuições que o aproxima do Poder executivo.

O artigo 49 deixaria em aberto a questão sobre a proteção dos direitos contra as mudanças do legislador, sugerindo que a limitação externa do Poder legislativo pelo judiciário e pelo executivo não seria suficiente. Esta questão seria retomada no artigo 78, perante a defesa da independência dos tribunais e do controle judicial como uma proteção à Constituição como uma forma de garantir a prevalência do poder do povo sobre os poderes constituídos. Considerando que Hamilton, Jay e Madison eram juristas formados na tradição do “common law”, a sua Separação dos poderes levava em consideração que a “natureza” do judiciário fazia deste, dentre os três poderes, o menos perigoso para as liberdades, pois sua atividade consistia unicamente em julgar de acordo com o direito, o que seria fundamentalmente diferente da política. Pressuposto aqui era a concepção de uma “razão artificial” típica dos juízes e diferente da razão do povo ou dos governantes. Este argumento, “criticado por Hobbes e ignorado por Locke” (CARRESE, 2003), seria retomado por Hamilton para caracterizar a interpretação da Constituição como uma atribuição profissional própria do Poder judiciário.

Em um governo livre é preciso que os direitos civis tenham o mesmo meio de segurança que os direitos religiosos. A segurança, no primeiro caso, consiste na multiplicidade de interesses; no segundo, na multiplicidade de seitas.

A concepção cíclica de governo fica evidente quando o artigo 51 usa como exemplo as tendências ao governo popular em Rhode-Island – onde houve grande oposição à Constituição federal – para afirmar que por conta própria, aquele governo exercido por uma “maioria facciosa” se veria obrigado “a invocar o auxílio de um poder inteiramente independente do povo”, sugerindo que da democracia pura nasceria eventualmente uma tirania.

Mesmo ao defender o aumento dos poderes do governo federal e o seu status como detentor da soberania no plano internacional, os federalistas alertavam que tais poderes não poderiam estar concentrados no Poder Legislativo. Caso o Congresso detivesse o controle sobre os atributos da soberania, tal situação criaria necessariamente uma forma de tirania<sup>60</sup>. A defesa constitucional contra a tirania do Poder Legislativo

---

<sup>60</sup> “Acabaremos por acumular em um só corpo todas as prerrogativas da soberania; e transmitiremos à nossa posteridade uma das mais execráveis formas

seria uma forma de Separação dos Poderes capaz de impedir as tendências políticas populares por detrás da ascensão do Legislador eleito. A limitação do Poder Legislativo através da transferência de elementos típicos da soberania para os demais órgãos do Estado pela Constituição federal teria sido, portanto, uma forma de impedir o prolongamento indefinido da Revolução e garantir a conservação da ordem estabelecida<sup>61</sup>.

Seguindo a interpretação tradicional, os federalistas descreviam as prerrogativas reais como parte de um poder ancestral pertencente aos reis que seria, com o tempo, limitado pela mobilização da nobreza e do povo em nome da “liberdade”. Desta forma, no passado, “a autoridade do rei era quase absoluta”, mas “pouco e pouco, foram os barões e o povo invadindo a autoridade real em favor da liberdade até o momento em que as suas mais formidáveis prerrogativas foram extintas; porém, só com a revolução de 1668, que colocou o príncipe de Orange sobre o trono da Grã-Bretanha, é que a liberdade triunfou completamente na Inglaterra” (cap. 26, p. 159).

Quais são as causas principais de despesa nos diferentes governos? Que concurso de circunstâncias ocasionou essa enorme acumulação de dívidas com que se acham oprimidas algumas nações da Europa? A resposta é simples: as guerras e as rebeliões - estas duas moléstias incuráveis da sociedade. As despesas relativas à simples administração do Estado, ao exercício do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, com tudo quanto lhes pertencem - o que é preciso para animar a agricultura e manufaturas - tudo isso, apesar de compreender todos os objetos de despesa dos Estados, nada é em comparação das despesas que traz consigo a guerra (cap. 34, p. 205).

A argumentação dos federalistas frequentemente recorria a elementos tradicionais do common law e em vez das teorias dos autores mais radicais do liberalismo e do iluminismo europeu. Como destacou Carrese (2003), os federalistas citavam Blackstone quase tanto quanto

---

de governo que a extravagância dos homens nunca inventou. Será o meio infalível de criar esta mesma tirania, objeto das inquietações reais ou simuladas dos adversários da nova Constituição” (cap. 22, p. 141).

<sup>61</sup> Parte desta discussão já foi discutida, dentre outros, em Bercovici (2013).

Montesquieu, mas não citavam outros autores ingleses influentes como Locke, Hobbes, Sidney ou Harrington. Locke e Hobbes em especial – cada um a sua maneira – serviam como influências contrárias ao posicionamento adotado pelos federalistas, já que estes enfatizavam o poder do legislador e davam aos magistrados um status político inferior. Isto aponta para a interpretação de que a concepção federalista de Separação dos poderes não foi um desenvolvimento necessário do liberalismo político ou do republicanismo, mas decorreu da assimilação daquelas teorias pelo filtro da experiência do sistema do “common-law” e do governo das colônias.

O pensamento típico da jurisprudência do “common law” e o “liberalismo gótico” presente em Montesquieu e em Blackstone seriam influências diretas sobre a teoria da Separação dos poderes que contrastavam com o pensamento analítico de Hobbes e de Locke, bem como dos racionalistas de maneira geral e, mais tarde, dos utilitaristas (CARRESE, 2003).

No Art. 49, os federalistas buscaram associar o legislativo às perigosas “paixões”, enquanto os poderes executivo e judiciário estariam associados à “razão” e ao bom senso (CARRESE, 2003). A estabilidade constitucional decorreria de uma situação de equilíbrio na qual as paixões do legislativo seriam limitadas pela razão do executivo e do judiciário. A identificação do legislador como passional demonstra a forte oposição dos federalistas à teoria de Rousseau – defendida por Jefferson – segundo a qual o legislador deveria ser uma pessoa moral que exerce seu poder de acordo com a vontade geral (racional).

Como lembrou Gillman (1993), durante e logo após a Revolução americana a ideologia *whig* (do liberalismo inglês) e a tradição do humanismo cívico (do republicanismo) não representavam discursos hegemônicos nem homogêneos dentro do debate americano. Estes discursos seriam recebidos e processados na formação de um novo tipo de constitucionalismo fundado a partir da disputa entre aqueles diversos discursos. No entanto, o sucesso teórico e prático da obra resultante dos artigos federalistas acabaria por influenciar o debate sobre a Separação de poderes e a Constituição liberal em outros contextos. Assim, a introdução da edição brasileira de o *Federalista*, em 1840, apontava para o enorme interesse que tinham os brasileiros naquela obra:

Se pela raridade de qualquer escripto póde medir-se o seu valor, poucos o terão tal como este. Todo o mundo procura o *Federalista* sem o achar: cada exemplar da tradução, francéza, não obstante ser

cheia de defeitos e de lacunas, paga-se por cinquenta mil réis, e assim mesmo não aparece.

A teoria da separação dos poderes inclusa na obra dos federalistas consistiria em mais um elemento presente na compreensão do mesmo problema perante a Constituição brasileira, ainda que a obra não fosse contextualizada ou inserida naquele conflito entre diferentes discursos que havia lhe dado origem.

### 3.2.2 Liberalismo após a Revolução francesa (Constant)

O liberalismo político enquanto proposta constitucional concreta precisaria passar por um processo de reavaliação após a experiência da Revolução francesa. Como lembrou Lynch, os liberais franceses “espremidos entre os contra-revolucionários partidários do Antigo Regime absolutista e os jacobinos de Robespierre, foram derrotados logo no início do processo revolucionário” (2008, p. 47). Esta derrota política do liberalismo “racionalista” (inserido na tradição iluminista continental) acabaria por reforçar o papel do modelo constitucional inglês como ponto de referência para as novas propostas de liberalismo viável, de cunha mais empírico e mais pragmático. Assim, parte importante dos partidários do liberalismo na França passaria a defender um arranjo constitucional capaz de conciliar a necessidade de garantias de individuais com a permanência da tradição institucional monárquica – sem radicalismos.

Após o “fracasso” do liberalismo na Revolução francesa, o projeto liberal teria a sua redenção com a restauração da monarquia parlamentar (1814) e, principalmente, a partir da Carta constitucional de 1830. Foi neste contexto, após a Revolução francesa e entre as revoluções de 1830 e 1848, que se desenvolveu a doutrina política liberal mais influente acerca das monarquias constitucionais na França (FORTECUE, 2005). Como sintetizou Lynch:

Os maiores expoentes teóricos do liberalismo clássico na França no período foram Benjamin Constant (1767-1830) e François Guizot (1787-1874), este último chefe do grupo dos doutrinários, que reuniu, entre outros, o Duque de Broglie e Royer Collard. As doutrinas por eles desenvolvidas tornaram-se referências obrigatórias para todos os

modelos de monarquias constitucionais até pelo menos meados da década de 1860 (2008, p.47).

O contexto europeu pós-napoleônico compartilhava dois elementos comuns às monarquias constitucionais e às “absolutas”, a falta de republicanismo e de democracia (SPERBER, 2005). A articulação teórica destes dois elementos com as contribuições do liberalismo formaria uma espécie de constitucionalismo monárquico: uma tentativa de conciliação entre as instituições autocráticas tradicionais e os limites jurídicos exigidos pelo liberalismo, sem a necessidade de uma republicanização das instituições ou controle democrático do poder. Esta conciliação doutrinal seria encabeçada por Benjamin Constant.

Ao descrever os acontecimentos históricos recentes, Constant destacava que a queda dos regimes políticos e as ameaças à liberdade dos indivíduos decorreram diretamente do fato de que o poder político dominante representava um único princípio político. Primeiramente, havia um governo totalmente concentrado nas mãos do monarca, havendo o predomínio do Poder executivo. Com a Revolução, os representantes do povo concentraram novamente o poder, promovendo o domínio do Poder legislativo.

Os conflitos e os problemas constitucionais do Estado francês estavam permeados pela disputa entre estes dois princípios políticos – o monárquico e o representativo – e esta disputa se manifestava internamente no antagonismo entre o Poder executivo e o Poder legislativo. A forma constitucional de governo necessária para garantir a liberdade dos modernos deveria estabelecer uma espécie de separação dos Poderes em que um destes princípios não pudesse dominar completamente o Estado. Os Poderes executivo e legislativo, cada um oriundo de uma fonte distinta de legitimidade política, deveriam se limitar mutuamente.

Para os liberais do século XIX, um Poder executivo independente, chefiado por um monarca hereditário dotado do poder de nomear livremente os ministros, consistiria no contrapeso mais eficaz perante o Poder legislativo. A refuncionalização do monarca como chefe de Estado fez com que a maioria dos liberais da década de 1840 na Europa fossem também defensores da monarquia constitucional (SPERBER, 2005, p. 66). A proposta constitucional de Constant buscava, desta forma, receber e assegurar algumas das conquistas e ideais representados pela Revolução, desassociando aqueles ideais do sistema republicano e popular de governo.

Assim como nos autores iluministas que antecederam a revolução francesa (KOSELLECK, 1999), a teoria política de B. Constant tinha como pano de fundo também uma certa filosofia da história, através da qual se podia identificar um progresso efetivo dos valores associados ao liberalismo ao longo de sucessivas “épocas” históricas. A referência central neste ponto era a obra de Condorcet, principalmente o "Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano". Portanto, como destacou Bell (1996), a modernidade em Constant, mais do que uma descrição da realidade de seu tempo, pode ser vista também como um “projeto de modernidade”. A doutrina política de Constant, no entanto, não seria apenas uma representação tardia do liberalismo filosófico.

Enquanto a tradição filosófica iluminista valorizava o *contrato social*, especialmente a partir de Rousseau, como a forma (ou instrumento) pela qual os indivíduos (cidadãos) poderiam exercer a sua liberdade – ou obter uma *vita activa* (ARENDT, 1958) – durante a Revolução o conceito de “liberdade negativa” já estava se estruturando nas obras de Staël e Constant. Em *Réflexions sur la paix intérieure* (1795), Staël caracterizava a liberdade política como um meio para assegurar liberdade civil – liberdade civil seria o objeto principal e a liberdade política sua garantia. O pressuposto fundamental deste argumento, compartilhado com Constant, estava fundamentado na tradição política protestante, que espera que a autoridade do Estado defenda a liberdade e a tolerância perante uma sociedade desprovida de “unidade” e marcada pelo pluralismo religioso (ISBELL, 1996).

Constant, ao lado de Staël, romperia com alguns elementos consagrados no iluminismo para propor um regime constitucional garantidor de uma nova forma de liberdade. Esta nova concepção de liberdade estava relacionada a uma noção de progresso histórico, como lembrou Lynch:

É a concepção da história como progresso que torna leva Constant a rejeitar o resíduo republicano, presente em Montesquieu e Rousseau, de que as instituições políticas deveriam restabelecer a “pureza de costumes”. Para Constant, não era a sociedade que deveria se comportar conforme a forma de governo preestabelecida; cabia a esta última, isto sim, acompanhar as mudanças sociais e históricas da sociedade (LYNCH, 2008, p. 55).

A extensa obra de Constant teria muita influência e seria considerada de grande importância no Direito público brasileiro. Constant desenvolveria uma concepção própria de como os poderes do Estado deveriam se relacionar entre si e a sua caracterização dos poderes executivo e legislativo sob uma monarquia constitucional seria fundamental para o debate sobre a atuação e os poderes ministeriais no Brasil no século XIX.

Apesar de a herança iluminista ter sido de fundamental importância para o pensamento constitucional de Constant, este assumiria os pressupostos da soberania popular sem submeter o Estado plenamente à noção de contrato. A aversão à teoria contratual do Estado como oposição direta aos eventos relacionado com a Revolução Francesa já havia ficado clara na argumentação de Burke (1790), segundo a qual algumas relações sociais até poderiam ser baseadas em um contrato entre partes interessadas, mas os assuntos de Estado deveriam ser entendidos em um plano superior ao dos interesses particulares<sup>62</sup>.

A doutrina constitucional de Constant parece tomar como ponto de partida a teoria da soberania de Rousseau. Ao conceituar a soberania do povo, Constant a descrevia como “a supremacia da vontade geral sobre toda vontade particular”, pois a “vontade geral” seria a fonte de toda legitimidade política do governo. Tal princípio seria aplicável “à todas as instituições”, monarquias ou outras formas de governo, já que todos os governos ou se sustentavam pela força – de forma ilegítima – ou pela vontade geral. A doutrina constitucional de Constant não daria continuidade, no entanto, ao radicalismo da teoria de Rousseau. Isto porque a soberania do povo, “sem uma definição exata e precisa”, de um triunfo teórico poderia se tornar um desastre em sua aplicação (CONSTANT, p. 2).

Ao contrário de Rousseau, Constant defenderia uma noção de soberania essencialmente limitada em suas manifestações práticas. “A universalidade dos cidadãos é o soberano”, caracterizava o autor, para afirmar que nenhum indivíduo, facção ou grupo de pessoas poderia arrogar para si a soberania. A soberania só poderia ser exercida de forma delegada e, portanto, “a soberania não existe senão de uma maneira

---

<sup>62</sup> “Society is indeed a contract. Subordinate contracts for objects of mere occasion, a interest may be dissolved at pleasure – but the State ought not to be considered as nothing better than a partnership agreement in a trade of pepper and coffee, calico or tabacco, or some other low concern, to be taken up for a little temporary interest, and to be dissolved by the fancy of the parties” (BURKE, E. Reflections on the Revolution in France, 1790)



limitada e relativa” (CONSTANT, p. 4). O argumento Rousseau acerca do contrato social teria sido, segundo Constant, de grande auxílio para todos os tipos de despotismo, ao advogar a alienação completa dos direitos dos indivíduos em favor da comunidade política. Essencial para Constant seria, portanto, a descaracterização da soberania como “absoluta”, já que esta definição estaria na base do “erro” de Rousseau e do sistema “despótico” de Hobbes.

A noção de soberania limitada de Constant serviria para restringir também o poder de toda e qualquer autoridade pública – inclusive a autoridade da lei. Assim, Constant defenderia que os cidadãos são possuidores de direitos individuais independentes de toda autoridade social ou política e que qualquer autoridade que viole tais direitos se tornaria ilegítima (p. 9). Este conceito de direitos individuais se tornaria um elemento fundamental para a defesa liberal do governo monárquico. Ainda assim, Constant reconhecia a importância do questionamento, uma limitação abstrata da soberania não seria uma garantia satisfatória para a defesa daquela liberdade. Aqui o autor ecoaria o argumento utilizado pelos federalistas americanos e a antiga doutrina da constituição mista: seria necessário separar e dispor de forma oposta e equilibrada as “diferentes partes” da comunidade política, os diferentes poderes do Estado. A limitação e o equilíbrio de forças sob a Constituição do Estado, no entanto, precisaria de algum elemento capaz de garantir que os diferentes poderes do Estado não se somassem ou ultrapassassem os limites de suas competências. A resposta ao problema seria colocada no âmbito da monarquia constitucional.

A descrição mais influente dos poderes do monarca dentro do regime constitucional por Constant apareceria no seu discurso sobre a responsabilidade dos ministros (1815). Neste texto Constant defenderia mais claramente a separação entre o poder real e o poder ministerial a partir da correspondente inviolabilidade do monarca e responsabilidade dos ministros. Os ministros, encarregados da execução das ordens do governo e aplicação das leis, exerceriam uma autoridade submetida à responsabilidade, enquanto o monarca, encarregado de nomear os ministros e exercer outras prerrogativas, seria investido de uma autoridade inviolável.

A partir desta doutrina, Constant desenvolveria a teoria de que o poder real investido na figura do chefe de Estado seria uma espécie de “poder neutro”, enquanto aquele exercido pelos ministros seria um “poder ativo”. Assim, a monarquia constitucional teria criado um poder neutro, na pessoa do chefe de Estado, para conservar o equilíbrio entre os demais poderes. O poder neutro seria, portanto, o poder conservador, encarregado

de garantir a manutenção de uma soberania limitada capaz de assegurar as liberdades individuais.

Se todo o poder ativo ficaria atrelado ao “poder ministerial”, ao “poder real” restaria o exercício das prerrogativas reais. Nas palavras de Constant, restaria aos monarcas, sob uma constituição livre, as “nobres, belas” e “sublimes prerrogativas”. Estas consistiriam no direito de agraciar – “direito de uma natureza quase divina” – para corrigir os erros da justiça humana e também para enobrecer indivíduos notáveis por suas contribuições ao Estado. Além disso, caberia também dentre estas prerrogativas o poder de nomear magistrados, de dissolver a assembleia dos representantes e, em termos gerais, garantir a segurança e a defesa da nação. A caracterização deste poder real como um poder neutro por Constant, reforçaria a tese de que as prerrogativas reais deteriam um status plenamente autônomo e independente dos demais poderes políticos do Estado e poderiam ser utilizados de forma excepcional, mas irresponsável. Assim, a independência do poder de nomear os ministros e magistrados (dentre outras posições de Estado, como conselheiros) consistiria na essência da realeza em uma monarquia representativa (CONSTANT, 1815, p. 41). O rei não agiria em nome próprio, por conta de sua inviolabilidade, mas suas prerrogativas permaneceriam “intactas” e deveriam ser “respeitadas”, não sendo possível contestar o seu direito de livre nomeação e exoneração dos gabinetes.

Ainda ao tratar sobre a responsabilidade dos ministros, Constant admitiria que a inviolabilidade do monarca estava ainda fundamentada na ficção jurídica de que a coroa não poderia errar (ou “fazer o mal”) e que esta seria uma ficção necessária para a manutenção da ordem e da própria liberdade individual. Isto porque a tentativa de responsabilizar o monarca traria a “desordem e a guerra eterna” ao colocar o rei como um partido em meio às diferentes facções do Estado. Portanto, o equilíbrio necessário à conservação da ordem exigiria também a completa independência e inviolabilidade do poder monárquico no uso das suas atribuições, de tal forma que Constant consentiria inclusive com o uso da graça pela coroa como forma de perdoar um ministro declarado culpado (cap. XII).

Além da caracterização do poder real como um “poder neutro”, a obra de Constant dava especial atenção à defesa das atribuições do Poder executivo. Já em “*Des réactions politiques*” (1797), Constant destacava que a Constituição francesa mais revolucionária – a Constituição do ano III – teria sido a mais sábia e a mais liberal, mas a mesma possuía o defeito de ter partilhado o Poder executivo e lhe negado o poder de veto. Para Constant, a Constituição era a “garantia de liberdade de um povo” e deveria impedir o uso arbitrário do poder.

Em “reações políticas” Constant destacava que a arbitrariedade era a grande inimiga da liberdade e que as ações legítimas do governo não poderiam se confundir com as arbitrariedades. Constant criticava aqueles que defendiam a arbitrariedade como uma forma necessária de poder governamental apontado para o fato de que após três diferentes constituições na França, ainda não se sabia determinar o poder e a importância devida à Constituição como forma de garantir a liberdade. No mesmo texto, Constant defendia que o Poder executivo deveria ter reservado para si um poder discricionário.

O domínio dos aspectos mais “populares” do governo sobre o Estado poderia, segundo Constant, liberar o espírito de conquista e de ambição que moveria os Estados às guerras. Este movimento histórico – vivenciado durante a Revolução francesa e as guerras napoleônicas – refletir-se-ia em uma doutrina constitucional que viria a prezar pela “conservação da ordem” como equivalente à defesa da liberdade.

Em “*De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*” (1814), Constant argumentaria que a anarquia e o despotismo seriam formas políticas muito semelhantes. Nas duas situações haveria o desprezo pela forma e pelas garantias da lei e as duas trariam para o *Estado social* aquilo que seria típico do *Estado selvagem* (Estado de Natureza), com a diferença de que a anarquia colocava a todos na mesma situação de arbitrariedade (CONSTANT, 1814, p. 120). Esta condição de arbitrariedade, diante da qual não poderia haver a liberdade individual, seria uma consequência necessária da usurpação do poder político, do desrespeito aos limites estabelecidos ao exercício da soberania.

As limitações ao exercício da soberania deveriam ser garantidas pelo poder neutro, em conjunto com a responsabilização do poder ministerial, mas Constant apontava também as falhas do legislativo em aplicar as disposições constitucionais. Neste sentido, em seu discurso sobre as eleições de 1818 (CONSTANT, 1818, p. 382), Constant voltava a analisar a questão da responsabilidade dos ministros, afirmando que a mesma não havia sido organizada propriamente e que, desta forma, ela teria se tornado uma teoria sem possibilidade de aplicação prática. Desta forma, Constant apontava para a dificuldade de se organizar uma monarquia constitucional a partir da obra de um legislador (ou constituinte). A monarquia existente nos países da Europa, segundo o autor, seria uma instituição moldada pelo passar dos tempos e temperada pelos costumes. Seguindo a caracterização de Montesquieu, Constant afirmava que a monarquia era envolvida e limitada por “corpos intermediários” e que acabaria se tornando uma espécie de “ente abstrato”

que transcendia qualquer indivíduo ou conjunto de reis através de “uma tradição de muitos séculos” (1814, p. 187).

Por conta do seu caráter indisponível, a monarquia poderia ser aceita como uma forma de garantia da ordem contra as usurpações do poder político capazes de ameaçar as liberdades individuais. A monarquia não seria fruto da vontade de um soberano, mas de um conjunto de circunstâncias<sup>63</sup>. Portanto, a monarquia seria uma garantia contra as arbitrariedades. Até mesmo o despotismo, segundo Constant, seria preferível à usurpação, pois enquanto o despotismo suprime as liberdades, a usurpação “as profana”<sup>64</sup>. Em outras palavras, a usurpação, diferentemente do despotismo, usaria os poderes políticos de forma abusiva em nome da soberania do povo.

Nesta obra, ficaria novamente clara a presença de uma filosofia da história no pensamento de Constant. Isto porque, segundo o autor, um governo corrompido e movido pelo “espírito de conquista”, ao promover a guerra e a conquista diante de outros povos europeus, estaria cometendo “um grosseiro e funesto anacronismo”, dando a sua nação um impulso contrário à natureza. A tendência histórica “natural” para os povos civilizados da Europa seria a substituição da guerra pelo comércio e a organização política dos Estados através de uma forma limitada de soberania. A teoria política de Constant consistia também em uma teoria sobre a modernidade.

Vale lembrar que as opiniões “mais modernas” de Constant estavam em debate em um contexto em que os interlocutores mantinham posições “menos modernas” como evidentes e que o autor sabia como destacar estas diferenças. Isto ficava claro no seu tratamento sobre a liberdade de imprensa, em que Constant analisava o posicionamento incerto da jurisprudência a respeito da responsabilização dos autores e impressores. Segundo Constant, a ausência de uma compreensão clara sobre a liberdade de opinião no judiciário e a dificuldade para o acusado se defender e recorrer das decisões judiciais deixava o poder nas mãos do ministério público. No discurso sobre as eleições de 1818, Constant fazia

---

<sup>63</sup> “L'hérédité s'introduit dans des siècles de simplicité ou de conquête; maison ne l'institue pas au milieu de la civilisation. Elle peut alors se conserver, mais non s'établir. Toutes les institutions qui tiennent du prestige ne sont jamais l'effet de la volonté: elles sont l'ouvrage des circonstances”.

<sup>64</sup> “Le despotisme bannit toutes les formes de la liberté; l'usurpation, pour motiver le renversement de ce qu'elle remplace, a besoin de ces formes; mais en s'en emparant, elle les profane”.

questão de transcrever as opiniões dos seus adversários para evidenciar a diferença de tratamento dos princípios constitucionais. Em uma passagem, Constant transcrevia a opinião de que a defesa de um acusado seria contrária ao interesse público e equivalente à cumplicidade no crime, seguindo-se da conclusão de que questionar a infalibilidade dos tribunais seria uma forma indireta de ataque à autoridade real, já que toda a justiça emanaria do rei.

Diferente de Montesquieu, B. Constant proporia a neutralidade do monarca como elemento regulador capaz de exercer o papel conservador do “poder intermediário”. Prescrevendo um papel de moderação e controle entendido como essencialmente reativo, Constant defendia uma limitação clara do poder do monarca, vinculando-o à posição de freio contra as possíveis arbitrariedades do poder legislativo. Assim Constant retiraria também do poder do monarca o seu caráter ativo, o que seria notado pela doutrina publicista nascente no Brasil (Pimenta Bueno).

Superando o antigo argumento do “governo misto”, Constant não defendia o exercício ativo do poder político de forma autônoma pelo monarca e pela nobreza, passando a concentrar a discussão sobre a dinâmica constitucional do poder político agora sobre a relação entre um legislativo mais ou menos representativo e um executivo operado de forma mais ou menos autônoma perante os representantes e os representados pelo legislativo. O pressuposto do governo misto era que os diferentes grupos possuiriam diferentes interesses e representariam diferentes partes da sociedade. Os Artigos Federalistas já haviam tratado extensivamente do assunto como sendo o principal problema constitucional daquela época, mas para Constant, o “poder neutro” precisaria ser “apartidário” e não estar envolvido nos conflitos pelo poder; conflitos que eram típicos da relação entre o poder executivo e o poder legislativo, que disputavam para si a representação imediata do interesse público.

### 3.2.3 Liberalismo do administrado (Vivien)

Além da doutrina constitucional de Constant, uma grande influência para o Direito público brasileiro seria a doutrina administrativista francesa. As peculiaridades desta doutrina, que refletiriam as consequências práticas da teoria constitucional, podem ser extraídas do que sintetizado por Vivien (1859) – autor amplamente citado entre os publicistas do império, especialmente pelo Visconde de Uruguai.

Os poderes legislativo e judiciário eram considerados por Vivien (1859) desmembramentos posteriores do poder unitário, anteriormente concentrado no poder monárquico. Após a separação dos poderes e à constitucionalização das monarquias, ao monarca teria restado somente o poder executivo. Este último se dividiria entre o poder político, encarregado do direcionamento moral dos interesses da nação, e o poder administrativo, que estaria mais propriamente vinculado à execução dos serviços públicos<sup>65</sup>.

Mais do que um fruto direto da teoria política, Vivien considerava que a divisão dos poderes públicos decorria da própria história política e administrativa nacional e de suas sucessivas transformações na direção da repartição dos poderes entre o chefe do governo e as assembleias<sup>66</sup>. A história precisaria ser invocada agora não simplesmente como um elemento de legitimação acerca das origens do poder político, mas para justificar medidas administrativas específicas que não poderiam ser derivadas de maneira direta do novo quadro teórico “liberal constitucional”.

A história da monarquia, que antecedia o arranjo constitucional em vigor, serviria de base para a formação da doutrina dos poderes ministeriais exclusivos do executivo. Assim, os instrumentos normativos historicamente compreendidos como próprios do Poder executivo teriam sua validade afirmada não por qualquer disposição constitucional específica, mas diretamente pela história administrativa.

---

<sup>65</sup> “Deux pouvoirs, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire sont ainsi détachés et acquièrent une existence séparée. Au monarque est réservé seulement le pouvoir exécutif, c'est-à-dire le soin d'exécuter les lois, celles du moins dont l'application n'appartient pas à la justice, et de gouverner la nation sous leur autorité. Le pouvoir exécutif lui-même se divise en deux branches : la politique, c'est-à-dire la direction morale des intérêts généraux de la nation, et l'administration qui consiste principalement dans l'accomplissement des services publics. (pp. 3-4).

<sup>66</sup> “Cette division des pouvoirs et l'ordre successif dans lequel elle s'opère sont confirmés par les monuments de notre histoire. Sous le régime féodal les prévôtés et les bailliages, sous la monarchie, aussitôt qu'elle commence son long travail d'absorption et d'agrandissement, les parlements donnent aux peuples les garanties premières de la justice. L'enregistrement des édits par les cours de justice attribue aux lois leur caractère distinctif. Après la Révolution, à cette formalité presque toujours vaine et souvent obtenue par la force, succède le vote des assemblées représentatives. Le pouvoir politique, de son côté, se partage plus ou moins entre le chef du gouvernement et les assemblées. (p. 4) ».

O aviso ministerial tinha, por vezes, as mesmas características das “instruções” – e eventualmente era também assim chamado. Durante o Império, os avisos parecem ter assumido funções mais amplas do que a simples instrução, mas seria notável a continuidade deste instrumento até no Direito Administrativo do século XX, e a confusão jurídica associada com ele. BÉNOIT comentou como o “problema da natureza jurídica das instruções” e da extensão de sua aplicação há muito embarçava os juristas franceses (BÉNOIT, 1968, p. 490).

Não é de se espantar que não se encontre na legislação do Império uma lei ou norma jurídica especificamente regulando ou conferindo validade ao poder por detrás dos avisos. Estes, mesmo na subsequente tradição do Direito Administrativo do século XX, seriam entendidos como fundamentados no poder hierárquico das autoridades superiores, não em uma competência específica de um órgão ou de um cargo. O pressuposto desta organização era o de que todo agente público age sob o controle permanente de seus superiores hierárquicos e, conseqüentemente, todo superior pode das diretivas, ordens, etc., aos seus subordinados, e, quando necessário, anular ou reformar os atos feitos por estes. Assim, de acordo com o “poder de instrução”, seria próprio de todo superior dar ordens precisas, ou diretrizes gerais, ao tratar das competências e atribuições investidas aos agentes subordinados (BÉNOIT, 1968). Da mesma forma que os avisos-circulares, as diretivas gerais “têm por objeto fazer compreender uma lei ou um regulamento e indicar a atitude a se adotar” (BÉNOIT, 1968).

Como lembrava o doutrinador francês, a Administração constituiria uma “ordem jurídica particular”, na qual certos agentes assumiriam a missão de agir perante a “ordem jurídica geral” (BÉNOIT, 1968, p. 492). Aquela ordem jurídica particular se formava espontaneamente, em decorrência da sua estrutura interna, dos seus atos de vontade específicos e das suas sanções jurídicas internas. Desta forma, as instruções e as ordens hierárquicas seriam consideradas não como atos jurídicos, mas como “operações materiais”, uma atribuição dos superiores hierárquicos e não uma “competência”. Esta concepção defendia não haver sanção jurídica explícita na instrução, apenas o “dever de obediência”. Este “dever de obediência dos agentes públicos” não seria propriamente uma obrigação jurídica, mas uma “regra da arte administrativa” (BÉNOIT, 1968, p. 490).

Diante da concepção tradicional da doutrina francesa sobre a “Administração”, o Poder executivo não seria somente o “executor” do que o legislativo já decidiu pela lei («*pouvoir exécutif*»), mas representaria a capacidade executiva do Estado («*puissance exécutrice de l'Etat*»).

Desta forma, seria possível operar um rompimento definitivo com a hierarquia implícita dentre os poderes do Estado em favor do Legislativo, não somente para assegurar a independência e a autonomia do Poder executivo, mas para atribuir ao chefe do Poder executivo a capacidade de guiar e de dirigir o Estado como um todo. Esta concepção da capacidade executiva do Estado, associada à ideia de que o poder moderador poderia ser também um “poder ativo” para conduzir os rumos do Estado, passaria a fazer parte do Direito público brasileiro no período imperial e estaria subentendida em parte da prática de poder ministerial exercida através dos avisos.



## 4 O CONTEXTO DO “LIBERALISMO BRASILEIRO”

A distinção teórica mais clara entre lei e decreto parece ter se desenvolvido ao longo do século XIX, a partir da experiência constitucional das monarquias parlamentares (STOLLEIS, 2011)<sup>67</sup>. No período central para a análise proposta por esta tese, é seguro afirmar que a demanda pelo estabelecimento de limites constitucionais formais claros em torno da lei e dos instrumentos do executivo, apesar de já haver se manifestado, concorria com visões alternativas sobre o papel do executivo na produção e na interpretação da lei. Em outras palavras, no Brasil da década de 1830, a diferenciação dos tipos normativos já poderia ser encarada como um problema jurídico relevante (não sendo, portanto uma retroprojeção do pensamento liberal para aquela época), mas este problema estava longe de ter uma resposta definitiva e consensual.

### 4.1 O Brasil no contexto do liberalismo do início do século XIX

As primeiras décadas da independência do Brasil são marcadas pela primeira vivência de um liberalismo político, que possuía um espectro amplo ao permitir argumentos mais “monarquistas” ou mais “parlamentaristas” sob o molde de um regime “constitucional”. A experiência do liberalismo político no Brasil das décadas de 1820 e 1830 é particularmente rica porque ela se dava no mesmo momento da ruptura política com Portugal, que passava por um processo político semelhante. O pensamento constitucionalista e “liberalizante” floresceu simultaneamente dos dois lados do mundo ibérico, a partir do questionamento das antigas relações de poder resultante da “Revolução” e das guerras napoleônicas, invadindo a arena política, permeando o vocabulário jurídico e revolvendo-se em meio ao senso comum.

Se o Brasil pode ser considerado um país “periférico” no que tange o desenvolvimento do liberalismo no século XIX, o mesmo não estava atrás de sua antiga metrópole nesta experiência política. O Brasil se

---

<sup>67</sup> “Modern law can be seen as a product of an evolving parliamentarianism, and its distinction between the executive (which can only enact decrees), and the legislature, which can enact the law”.

tornou independente ao mesmo tempo que passava pelo processo político de “liberalização” junto com Portugal. O projeto de país pensado para o Brasil era também uma espécie de projeto de liberalismo para os novos tempos. Estes novos tempos eram a “modernidade”, que trazia consigo a necessidade do liberalismo – em oposição ao passado colonial e absolutista<sup>68</sup>.

Como a independência era um processo político que precisaria ser conquistado e consolidado, o mesmo ocorria com o liberalismo. O Brasil no momento da independência não seria ainda plenamente liberal, mas, de acordo com diversos autores da época<sup>69</sup>, deveria vir a ser. Para ser independente seria necessário ser liberal, e para ser liberal era necessário ser “constitucional”, como todo regime político “moderno” precisava ser.

A valorização ampla do liberalismo faria com que a palavra “liberal” viesse a participar do vocabulário comum como um adjetivo predominantemente positivo, não somente associado à “liberalidade”<sup>70</sup>, mas também à modernidade. A alcunha “O liberal” era muito frequente para designar correspondentes da Gazeta Pernambucana, dentre outros periódicos nacionais durante todo o século XIX, sendo inclusive título de alguns periódicos da época<sup>71</sup>.

O sentido da expressão “liberalismo” no Brasil nem sempre é de fácil compreensão e não existe unanimidade na historiografia até mesmo sobre a possibilidade do uso desta expressão para descrever a experiência política brasileira. Intuitivamente, pode-se dizer que o “liberalismo brasileiro” teve características diferentes do “liberalismo clássico”, mas isto traz problemas se por “liberalismo clássico” for entendido que um liberalismo é mais verdadeiro, ou mais original do que outros. Ocorreram

---

<sup>68</sup> Como sintetizou Wolkmer: “com a independência do país, o liberalismo acabou constituindo-se na proposta de progresso e modernização superadora do colonialismo, ainda que, contraditoriamente, admitisse a propriedade escrava e convivesse com a estrutura patrimonialista de poder” (p. 79) WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Na perspectiva de Wolkmer, dentre outros, “o primeiro grande documento normativo do período pós-independência foi a Constituição Imperial de 1824, imbuída de idéias e instituições marcadamente liberais, originadas da Revolução Francesa e de doutrinas do constitucionalismo francês, associadas principalmente ao publicista Benjamin Constant” (p. 84).

<sup>69</sup> Caravelas, etc.

<sup>70</sup> PINTO, Luiz Maria da Silva. Dicionário da Língua Brasileira por Luiz Maria da Silva Pinto, natural da Província de Goyaz. Na Typographia de Silva, 1832.

<sup>71</sup>

Cit.:

(<http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=NEH1&PagFis=14077>)

diversas experiências políticas, sociais e intelectuais que, de forma mais ou menos relacionadas entre si, compartilham em alguma medida um conjunto de conceitos e argumentos teóricos, uma linguagem política. Neste sentido é importante expressar que a experiência liberal no Brasil apresenta um exemplo de um “verdadeiro liberalismo”.

Rejeita-se aqui, portanto, o alcance da tese de Faoro, segundo a qual, o exercício do poder “de cima pra baixo” na tradição política brasileira teria impedido a emergência de uma legítima experiência liberal. Neste sentido, a burocracia e as instituições estavam associados a estamentos dominantes desconectados com o resto da sociedade e as leis eram criadas e impostas de cima para baixo, produzindo necessariamente uma espécie de patrimonialismo sufocante, anti-liberal. Outros autores, como Caio Prado Jr. e A. M. Hespanha, passaram a destacar o emaranhado de instituições presentes na sociedade colonial e a capacidade da Coroa portuguesa de utilizar aquela complexidade para ativamente combater o fortalecimento dos poderes locais, apesar da aparente robustez das instituições patrimoniais. Enquanto que pela perspectiva da história econômica, é preciso levar em consideração as limitações materiais que determinavam o poder infraestrutural do Estado, pois parte importante da autoridade do poder público ainda restava na administração de um “Estado Patrimonial”. Especificamente no campo jurídico, Vitor Nunes Leal apontou para a existência de uma dinâmica interna própria do Direito que permitiria a conciliação entre teorias liberais e práticas coronelistas no sistema político e institucional brasileiro. Portanto, a experiência liberal brasileira pode ser interpretada de forma a permitir a sua mistura com os elementos institucionais “antiquados” e com os marcantes traços de um “Estado Patrimonial”, ao lado de influências externas e adaptações particulares, sem que isto desconfigure sua caracterização como parte do “liberalismo”.

#### 4.1.1 Concepções liberais antes da independência

Uma característica marcante das instituições coloniais portuguesas na América era a sua “lógica pragmática” de funcionamento. O Império marítimo português era baseado no comércio e, apesar da vastidão territorial do Brasil, a colonização enquanto empreendimento de Estado se dava no sentido da proteção dos interesses comerciais da Coroa mais do que na expansão dos domínios nacionais. Assim, o controle territorial estava relacionado com o controle da navegação a partir do porto da capital do Império. Esta estratégia econômica e política de manutenção

de um extenso império colonial tinha consequências diretas sobre a flexibilidade das instituições administrativas presentes no Brasil antes da independência. Como sintetizou Schultz:

Essa relativa ausência de preocupação com a ocupação territorial efetiva também era evidente na administração imperial. Em vez de reproduzir modos tradicionais europeus de organização e expansão de poder, como uma rede abrangente de funcionários com deveres mais ou menos claramente definidos, o império português compreendia vários arranjos administrativos *ad hoc* e, em alguns casos, relativamente autônomos (conselhos municipais, fortalezas-feitorias, bem como um domínio ainda mais indireto, estabelecido em tratados de paz). (2008, p. 45)

Marcante, portanto, na administração portuguesa no Brasil colonial era a estrutura flexível que permitia aos governantes a adequação às “circunstâncias locais”, sem a mobilização de recursos materiais oriundos da metrópole.

Institucionalmente, as Câmaras municipais exerciam um papel de proeminência no mundo colonial ibérico. As mesmas acumulavam diversas competências executivas e legislativas vinculadas à administração local e à regulação da vida social. Enquanto diversos trabalhos mais recentes apontam para a importância das Câmaras como instâncias institucionais que permeavam as relações de poder entre a metrópole e a colônia, autores tradicionais, como Faoro, deram pouco crédito à importância e ao papel das Câmaras municipais como polos de poder no mundo colonial. Faoro privilegiava a visão de que o poder da coroa era exercido unilateralmente sobre a sociedade colonial. Simbólico ou material, o poder e a importância dos conselhos municipais eram à época da independência considerados suficientemente relevantes para que D. Pedro I usasse o aceite das câmaras como uma manifestação da aprovação popular da Constituição outorgada em 1824.

Com a independência e, principalmente, com o processo de centralização político-administrativa durante o Império as Câmaras municipais perderam seu anterior prestígio e também parte de suas competências<sup>72</sup>. Ao desenhar a sua crítica ao Ato Adicional de 1834,

---

<sup>72</sup> “Com o desencadeamento dos processos de Independência e construção de um Estado nacional independente, as Câmaras Municipais começaram a perder força, seja por conta do caráter mais centralizador que o governo do novo Império

Visconde do Uruguai destacava que a “descentralização” promovida pelos liberais teria criado uma verdadeira centralização nas províncias em prejuízo das competências das Câmaras municipais. Portanto, com a redução de suas atribuições para funções meramente administrativas e a sua subordinação aos Conselhos Gerais de Província, as Câmaras municipais viriam a perder seu espaço tradicional como instância de poder político mediador entre o local e o central.

A forte regulação sobre as Câmaras municipais e o fortalecimento da autoridade das províncias seriam dois elementos marcantes do programa liberal durante o primeiro reinado e a regência. A diminuição dos poderes das Câmaras estaria em consonância com a concepção de que os *caciques* locais, típicos do mundo colonial, deveriam ceder espaço a grupos econômicos com maior importância, a *gentry brasileira* representada no âmbito provincial. De acordo com Dolhnikoff, “a proposta de federação expressava a noção de que modernidade e civilização deveriam concentrar-se no aparelho de Estado” e, para isso, seria preciso “disciplinar a elite branca do interior”, pois “era fundamental que os homens brancos do interior e das províncias mais afastadas aprendessem as novas regras do jogo político”<sup>73</sup>. Com isto em mente, Feijó publicou em 1830 um manual didático para a correta administração das Câmaras municipais<sup>74</sup>, no sentido de facilitar a aplicação da lei aprovada em 1828 sobre o regulamento das Câmaras – cujo projeto havia sido de sua autoria.

Outro elemento institucional importante de se ressaltar é o fato de que a experiência constitucional brasileira tomaria como referência liberal-constitucional precedente a chamada “Constituição de Cádiz” (1812). A constituição de Cádiz havia consolidado a doutrina da soberania nacional em seu art. 3º (“A soberania reside essencialmente na Nação”), destacando o poder constituinte como manifestação desta soberania. De forma semelhante à doutrina constitucional de Constant, o soberano seria a universalidade de todos os cidadãos; no caso, “a Nação

---

almejou implementar seja pelo fato de que se sobrepôs à municipalidade uma outra esfera de poder político, que por sinal foi fundamental para a viabilização de um projeto de estado monárquico unificado: o poder provincial” (OLIVEIRA, Carlos E. F., Entre o local e o provincial. Almanack. Guarulhos, n.09, p.92-102, abril de 2015, p. 95)

<sup>73</sup> Dolhnikoff, p. 48.

<sup>74</sup> FEIJÓ, Diogo Antônio. Guia das câmaras municipais do Brasil no desempenho de seus deveres por um deputado amigo da instituição. Rio de Janeiro: Typografia D’Astréa, 1830.

espanhola é a reunião de todos os espanhóis em ambos hemisférios”. Marco fundamental do constitucionalismo liberal, a Constituição de Cádiz retiraria do Estado o seu aspecto patrimonial, pois a nação “não pode ser patrimônio de nenhuma família nem pessoa” (art. 2º).

Mais marcante ainda seria o compromisso formal assumido como dever pela soberania nacional: a nação estaria obrigada a conservar e proteger “a propriedade e os demais direitos legítimos de todos os indivíduos que a compõe” (art. 3º). Este artigo inicial buscaria completar o círculo liberal-constitucional descrito por Constant, no qual a soberania consistiria em um ente abstrato e coletivo limitado à preservação das liberdades dos indivíduos proprietários. Assim como no pensamento de Constant, transparecia naquela Constituição a influência do jusnaturalismo racionalista temperado com o prestígio da experiência constitucional inglesa.

A Constituição de Cádiz seria também influente e peculiar por conta do seu grande empenho em limitar o poder monárquico através da Separação dos poderes, mantendo um forte receio perante as tendências absolutistas do rei e dos seus ministros. Os liberais espanhóis viam a Separação dos poderes como uma forma de prevenção do absolutismo e como uma barreira aos excessos do poder real, destacando como contrapeso ao poder da coroa a independência do parlamento. Como o poder de legislar estava alocado no conjunto do rei com as Cortes (art. 15), os freios ao poder monárquico viriam de uma regulação minuciosa do processo legislativo.

Parte da regulação do processo legislativo pela Constituição de Cádiz consistia em estabelecer prazos mínimos de dias para deliberação e votação de propostas de lei e em afirmar a possibilidade de se afastar o veto real diante da aprovação de um projeto de lei pela terceira vez pelos legisladores. Quanto aos poderes do monarca, a Constituição de Cádiz reduziria a prerrogativa real efetivamente à sanção das leis, à emissão de decretos, regulamentos e instruções para a execução das leis e a graça aos criminosos condenados. Após nomear todos os poderes reais, a Constituição enumerava uma série de restrições à autoridade real, determinando vedações expressas aos seus poderes. Mais importante, é que a Constituição de Cádiz estabelecia poderes gerais para as Cortes – o legislador – e poderes restritos para a Coroa – o governo.

Estes elementos mais típicos do liberalismo representados na Constituição de Cádiz logo seriam permeados por elementos doutrinários de matiz conservadora. A Constituição brasileira de 1824 e a Carta Constitucional portuguesa de 1826, pelo seu processo de outorga, negariam frontalmente os processos anteriores de expressão de uma

soberania nacional representada pelas Cortes. Estas Constituições não seriam expressão de uma vontade nacional formalizada pela deliberação dos representantes eleitos, mas trariam implícita ou explicitamente a noção de lei fundamental como uma concessão graciosa da Coroa aos seus súditos. A representação nacional passaria a ser limitada pelo bicameralismo, com um Senado composto por nomeação vitalícia (em Portugal com a Câmara dos Pares do Reino), e uma Câmara dos deputados eleita de forma censitária e eventualmente venal. As declarações de direitos humanos seriam substituídas pela enumeração de direitos dos “cidadãos brasileiros” ou “cidadãos portugueses” e a relação entre os poderes executivo e legislativo passaria a ser vista mais pela ótica da cooperação do que pelo caráter de freio ao poder monárquico. Tudo isso ressaltado ainda pela atribuição ao chefe de Estado do Poder moderador e pela criação do Conselho de Estado. Estes pontos ressaltariam a virada doutrinal experimentada dentro dos movimentos liberais em favor de um constitucionalismo monárquico em que os preceitos liberais seriam assegurados através da conservação da ordem institucional e da autoridade tradicionais.

Por isto, como lembrou Pereira:

É preciso não perder de vista que as primeiras experiências nacionais de liberdade (a Independência, a Abdicação e a formação do regime regencial) foram realizadas após todo o processo de revisão crítica da Revolução Francesa pelo liberalismo da Restauração, e depois pelo Liberalismo Doutrinário. Deram-se no contexto europeu da Restauração pós-napoleônica e da formação das monarquias constitucionais liberais e moderadas dos anos de 1830 (2015).

#### 4.1.2 Constitucionalismo monárquico na Constituição do Império (Frei Caneca)

Um exemplo marcante dos conflitos entre os ideais liberais fundados no pensamento jusnaturalista do iluminismo e as posições

intermediárias e conciliatórias pode ser identificado na trajetória do Frei Caneca.

Tendo sido um ativo apoiador da república durante a revolta de 1817, Frei Caneca mostrou-se em favor de um regime monárquico após a independência, para, novamente, opor o regime que caracterizou como arbitrário e absolutista. Independentemente da forma de governo, pensadores liberais como Frei Caneca se sentiam confortáveis em apoiar regime monárquico, conquanto que fosse este verdadeiramente “constitucional”. Enquanto as repúblicas democráticas ofereciam os perigos inerentes às “formas puras de governo”, a “monarquia constitucional” ou “representativa” consistiria no exato oposto do absolutismo, pois o regime constitucional impediria as arbitrariedades no uso do poder político.

Como destacou Dolhnikoff, “não havia, em Caneca, esquizofrenia política ou oportunismo. Sua coerência estava, não na escolha do regime – república ou monarquia -, mas sim no contrato social estabelecido em torno da Constituição” (p. 56). A mesma descrição serviria para diversos pensadores que haviam flertado com o republicanismo e posteriormente iriam aderir ao governo monárquico.

Considerado frequentemente como membro da ala mais radical dentre os liberais, Frei Caneca demonstrava uma preocupação com o regime constitucional que era compartilhado com muitos daqueles que se tornariam mais “moderados” diante das contingências políticas. Os moderados, no entanto, precisariam abdicar de um conseqüente discurso jusnaturalista e viriam a combater aqueles que levavam tais princípios jurídicos “a sério”. Isto porque “a história recente do Brasil havia mostrado para estes homens que as ideias abstratas de liberdade e progresso haviam levado à onda revolucionária e à anarquia” (Pereira, 2015).

Caneca via a Constituição como o instrumento de formação do contrato social fundador da sociedade política e, por conseguinte, como expressão da vontade nacional. Sua concepção de Constituição e de Poder constituinte estava representada na primeira reunião da Assembleia constituinte do Império, mas logo seria contrastada pelas ações de Dom Pedro I. Frei Caneca veria os Conselhos Gerais de Província, o Senado vitalício e o Poder Moderador como mais um conjunto de instrumentos do absolutismo presente na Constituição de 1824. Os elementos monárquicos presentes na Constituição outorgada seriam apenas “uns meros fantasmas para iludir os povos” e mascarar as arbitrariedades do governo imperial.



Em seus discursos e publicações, Frei Caneca teria buscado desmascarar as novas disposições constitucionais adotadas no Império formalmente constitucional como continuidades do absolutismo português. Assim, seu argumento iria identificar os elementos constitucionais conservadores não só como resquícios, mas como uma forma de restauração do absolutismo que havia sido repudiado pela nação brasileira. Esta identificação e este discurso de Caneca ecoaria no temor de um retrocesso absolutista pelos liberais até a morte de Dom Pedro I. Mais tarde, muito depois da execução do Frei pernambucano, liberais como Tavares Bastos e José de Alencar retomariam aquelas mesmas críticas para caracterizar o programa do partido conservador – após a restauração do Conselho de Estado e a lei de interpretação do ato adicional – como uma forma de absolutismo monárquico usurpado pelos seus ministros.

## 4.2 Instabilidade política na Regência

Durante todo o período da regência é marcante na historiografia o tema da instabilidade política e social. Este período de instabilidade pode ser visto como um momento de ruptura da ordem, de desagregação social e política, de luta pela integridade do país ou pela sua fragmentação. Muito do discurso *saquarema* posterior à regência ressaltaria este aspecto de defesa da ordem contra a “anarquia” ou o “separatismo”. Por outro lado, a regência representava um momento em que diferentes projetos de país concorriam entre si sem que houvesse qualquer vencedor evidente. Todas as visões de contestação à ordem podem ser vistas também como propostas de uma ordem alternativa.

### 4.2.1 Crise política e liberais

Os “tempos de crise” não haviam se instaurado originalmente no início da regência. Antes mesmo da independência, a população brasileira experimentava uma série de crises políticas, ao passo que a vinda da família real portuguesa e a elevação da colônia a “Reino do Brasil” teria origens no desenvolvimento de uma crise política internacional posta em movimento pela Revolução Francesa e agravada por Napoleão. De fato a própria formação do Estado brasileiro estava relacionada com o processo de crise do mundo colonial iberoamericano entre o Antigo Regime e a Revolução. A percepção constante da “crise” estaria sempre sintetizada

na provisoriedade das situações políticas vigentes, exemplificadas pela corte portuguesa no Rio de Janeiro, pelo reinado de um imperador português no Brasil independente sob novas instituições e, ainda mais, pela regência. O caráter transitório das instituições brasileiras iria aos extremos no caso da lei de 20 de outubro de 1823, que manteria “provisoriamente” em vigor as ordenações filipinas no Brasil em parte até a promulgação do Código Civil de 1916.

Ainda que a transferência da corte portuguesa para o Brasil tenha trazido consigo uma reforma nas instituições políticas que, ao menos *no papel*, seria benéfica para a sociedade colonial, a vida política na sede do novo reino convivia sempre com o seu caráter transitório. A possibilidade de revogação do seu status de reino e a recolonização do Brasil seriam elementos sempre presentes no período joanino. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que ganhara o status equivalente ao da Casa da Suplicação de Lisboa em 1808, deixaria de receber os recursos judiciais do Pará e do Maranhão já no ano seguinte.

O período de conturbações e de instabilidade política que caracterizava o reinado joanino no Brasil era determinado diretamente pela indeterminação dos eventos vivenciada no velho continente. A segurança e a estabilidade do governo português no Brasil estava intimamente relacionada com a situação europeia, como destacou Slemian,

Mesmo com a garantia do funcionamento do Estado na América, a época era de poucas certezas e vista também do estado político da Europa. Assim, a provisoriedade não estava na idéia de incapacidade política do governo – o qual conseguia a manutenção da ordem na nova sede de poder – mas era constitutiva do próprio momento político, em que o Estado se via obrigado a buscar soluções para novos problemas, ao mesmo tempo que estava impossibilitado de dominar as conseqüências de todos os seus atos (2006, p. 44).

O estabelecimento da corte portuguesa no Rio de Janeiro contribuiu para o aceleração das mudanças no plano do pensamento e da linguagem política entre o vocabulário tradicional do Antigo Regime e aquele do moderno liberalismo. O principal motor destas mudanças seria a atividade da imprensa carioca. Especialmente a partir de 1820, a imprensa nascente no Brasil seria um veículo essencial para a divulgação das ideias liberais, promovendo a valorização dos termos “constituição”,

“liberdade” dos “cidadãos”, “povo” e “nação”, ao lado dos ataques ao “absolutismo”, ao “despotismo” e às “arbitrariedades”. Assim, caracterizou Slemian:

Observa-se uma alteração significativa no vocabulário da época, em que, além dos termos citados, muitos outros – como “luzes”, “anarquia”, “eleição”, “voto”, “direito”, “fraternidade”, “emancipação” e “independência” - aparecem ou mesmo mudam de significado. No nível das idéias políticas, a transformação dos termos consagrava a ruína de elementos ideológicos do Antigo Regime (2006, p. 143).

Como exemplo desta rápida transformação de significados de acordo com as possibilidades políticas concretas, Slemian usou como exemplo o termo “independência”, que antes de 1822 teria o sentido de igualdade política vinculada ao status de “Reino Unido” e logo passaria a significar uma separação definitiva entre os dois “entes políticos”. De qualquer forma, a liberdade de imprensa passaria a ser identificada cada vez mais como um direito político conquistado, a ponto de ser considerada por alguns como a “salvaguarda da nação”<sup>75</sup>. Assim, a multiplicação das publicações impressas no Rio de Janeiro serviria de suporte material para a formação de uma “opinião pública” interessada nos assuntos de Estado. A politização dos súditos pela imprensa significaria, desta forma, que “quando o reinado de Dom João chegou ao fim no Brasil, a política de governo representativo e de cidadania nacional desalojou a política de monarquia absoluta e vassalagem” (SCHULTZ, 2008, p. 20) - ao menos no plano da linguagem.

O “constitucionalismo” ganharia ainda antes da independência brasileira um significado específico e teria um uso distinto daquele termo em Portugal. Em ambos os casos, o constitucionalismo estava ligado a um ideal de “regeneração política”, mas esta regeneração teria significados diferentes nos dois países. Estes sentidos distintos apontavam já para a dificuldade de conciliação dos interesses dos reinos dos dois lados do Atlântico, dificuldade que ficaria evidente para os deputados brasileiros nas Cortes Constituintes de 1820. Sobre estes sentidos distintos, sintetizou Schultz:

---

<sup>75</sup> SLEMIAN, 2006, faz referência ao Revérbero Constitucional Fluminense de 1821.

Enquanto em Portugal o constitucionalismo ressaltava uma reação contra a “nova ordem das coisas” criada pela transferência da Coroa, motivada pelo temor de que a condição de Portugal fosse interpretada como de “colônia de uma colônia”, no Rio de Janeiro ele representava uma nova etapa rumo à realização dessa nova ordem. O fim do poder real absoluto, em outras palavras, decorria do fim do “antigo sistema colonial”. À medida que essas diferentes interpretações do significado do constitucionalismo ganharam forma, passaram a questionar a comunidade política transatlântica que os constitucionalistas, tanto em Portugal como no Brasil, cada qual ao seu modo, buscavam “regenerar”. (2008, p. 334).

O descompasso entre os diferentes projetos de constitucionalismo no Porto e no Rio de Janeiro só não seria maior do que a distância entre as concepções sobre o constitucionalismo dos liberais e da Coroa. Como ficaria claro diante das Assembleias constituintes em Portugal (1821-1822) e no Brasil (1823), a Coroa, ao responder às demandas por mudanças na estrutura do Estado, negava sistematicamente o caráter deliberativo das “Cortes”, reproduzindo as concepções de representação política mais típicas do Antigo Regime, em que aos súditos era permitido propor ao soberano “reformas” ou “providências úteis”.

Ainda que o Império do Brasil tenha sido fundado sob a promessa de um regime constitucional liberal moderno, a ser sintetizado em uma Constituição escrita pelos representantes da nação, as diferentes concepções sobre o sistema constitucional a ser construído sobre a antiga ordem “absolutista” permaneceriam em conflito durante todo o século XIX. As diferentes concepções sobre como deveria ser a nova ordem constitucional também marcariam, como antes da independência, uma distinção entre as diferentes regiões do Império. Como lembrou Schultz, “em 1824, como em 1817 e 1821, as províncias do Nordeste se rebelariam contra o governo no Rio, proclamando a sua própria compreensão, frequentemente republicana, do fim do velho sistema colonial” (2008, p. 391). Os conflitos regionais vivenciados durante todo o Império – em especial durante a regência – podem ser interpretados, portanto, não como movimentos “anárquicos” ou “separatistas” (como descritos pelo governo central), mas como conflitos e divisões sobre o projeto constitucional de Estado que remontam às décadas de 1810 e 1820.

A defesa da formação de uma Assembleia Nacional no Rio de Janeiro a partir da “Representação do Povo do Rio de Janeiro”, no sentido de fazer emendas e reformas válidas para o Brasil à Constituição que estava sendo elaborada em Portugal seria encarada com repúdio pelo Regente D. Pedro e pelo futuro Visconde de Cairú como uma ameaça à ordem pública. Para o Visconde de Cairú (à época inspetor-geral dos estabelecimentos literários [*censor*]), o projeto de Assembleia seria identificado como “incendiário”, como uma forma de “sedição Popular”, e ainda a Assembleia seria uma “mera farsa e paródia da que perdeu a França e a Europa”<sup>76</sup>. Assim, através do “Memorial apologético das Reclamações do Brasil”, Visconde de Cairú se engajava contra os autores da “Representação” denunciando os aplausos a autores ‘revolucionários’ como Rousseau, Condorcet, Mirabeau e Mably e citando, em contrapartida, o influente Vattel e o seu conservador preferido, Edmund Burke.

Imediatamente, as ideias liberais de representação direta e de poder constituinte seriam interpretadas e restringidas pela experiência do *terror jacobino* e as concepções liberais seriam filtradas por medidas acomodadoras, como a instalação do Conselho dos Procuradores Gerais das Províncias do Brasil (1822-1823).

Mesmo sendo manifestamente contrário aos ideais liberais de representação política deliberativa sobre as bases constitucionais do Estado, o governo decide convocar a Assembleia Constituinte e Legislativa do Brasil em julho de 1822. O projeto de uma monarquia constitucional teria o poder de acalmar os ânimos agitados do país em seu processo de independência, ao passo que permitiria aos opositores do “absolutismo” uma via de acomodação institucional. Isto transpareceria no posicionamento de Frei Caneca em favor do governo constitucional como suficiente para acalmar o ânimo dos reformadores e dos republicanos, visto que “um regime constitucionalista reduziria o republicanismo a um movimento minoritário” (LEITE, 2000, p. 37).

#### 4.2.2 Liberalismo no primeiro reinado e na regência (Feijó)

---

<sup>76</sup> Citações e problematização extraídas de LEITE, R. L. **Republicanos e libertários: pensadores radicais no Rio de Janeiro, 1822**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, pp. 129-131.

Feijó foi autor de um compêndio filosófico amplamente inspirado na obra de Kant e acabaria se tornando o principal divulgador das teorias kantianas no início do século XIX no Brasil. Esta influência kantiana parece ter tido principal impacto sobre a relação entre a doutrina moral de princípios universais e a doutrina política constitucional. As opiniões políticas de Feijó estariam, portanto, fundamentadas sobre uma forma de argumentação abstrata e de caráter universalista, atribuindo uma verdadeira base metafísica para suas posições políticas liberais. Mais tarde, este aspecto metafísico da argumentação de Feijó, dentre outros, em prol do constitucionalismo liberal seria o alvo preferido dos “liberais-conservadores” articuladores do “regresso”, em especial Bernardo Pereira de Vasconcelos. Isto porque as doutrinas liberais abstratas e metafísicas haviam sido amplamente utilizadas para defender a autonomia e a independência das províncias como as verdadeiras instâncias de representação originária da nação, argumentação que culminaria nas reformas liberais promovidas na regência. A argumentação em torno da defesa do papel político das províncias, no entanto, antecedia muito o período regencial e, no caso de Feijó, até mesmo a independência política do país.

O pressuposto de Feijó, ao propor medidas a serem adotadas pelas Cortes constitucionais portuguesas em 1822, era o de que cada província já era politicamente organizada a ponto de poder decidir originariamente sobre a sua adesão à Constituição liberal<sup>77</sup>. A concepção defendida por Feijó unia constatações concretas com os elementos de sua doutrina metafísica, ao afirmar que “cada província tem um governo tão legítimo como o foi aquele que Portugal instalou a 15 de setembro”<sup>78</sup>. Isto porque após a Revolução constitucional os laços políticos do Antigo Regime haveriam se desfeito e em seu lugar teria restado a autonomia e a independência dos povos, representada pelos governos das províncias. Assim, Feijó argumentava que ele e seus companheiros não eram “deputados do Brasil, de quem em outro tempo fazíamos uma parte imediata; porque cada província se governa hoje independente”. Esta independência, mais ou menos fundamentada em uma situação fática levaria Feijó à conclusão teórica de “que a Constituição obrigará somente aquela província cujos deputados nela concordarem pela pluralidade de seus votos”.

---

<sup>77</sup> “Discurso nas Cortes de Lisboa”, 25 de abril de 1822, em: FEIJÓ, D. A. **Diogo Antônio Feijó**. 1a ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 1999.

<sup>78</sup> Feijó referia-se ao governo interino instaurado após a Revolução do Porto.

A independência e a autonomia das províncias como governos representativos originários dos povos antecederia, inclusive, as “leis fundamentais” da nação. A deliberação sobre estas, entendidas como sinônimo de “constituição”, caberia unicamente à representação mais fundamental da sociedade política e de sua vontade:

Soberano Congresso, a Constituição regulará a criação das leis administrativas; mas quem há de regular as leis fundamentais? Todos nós, ou pelo menos a maioria muito assinalada que represente e exprima de um modo não equívoco a vontade geral da Nação, mas nunca somente alguns de nós (FEIJÓ, 1999).

O espírito revolucionário presente na argumentação de Feijó ressaltava, portanto, os laços entre a defesa das províncias e a recepção das teorias do jusnaturalismo moderno, do contratualismo e da soberania nacional na formação do seu liberalismo metafísico. Naturalmente, Feijó não obteve sucesso em suas sugestões ao “Soberano Congresso” português e junto com outros representantes brasileiros deixou de assinar a Constituição deliberada em Portugal. Feijó logo voltaria ao Brasil já independente e, diante da dissolução da Assembleia constituinte brasileira pelo imperador, elaboraria um projeto de Constituição liberal para o país, ressaltando os aspectos representativos da monarquia como uma forma de “governo misto”. Tal projeto também não foi recepcionado, mas em 1826 Feijó se tornaria deputado, representando a província de São Paulo.

A primeira legislatura – que depois seria considerada por alguns a única não corrompida pelas fraudes eleitorais – manteria inicialmente uma certa timidez, marcada ainda pela prévia dissolução da Assembleia pelo imperador, mas iria se mostrar cada vez mais liberal e opositorista em relação ao governo de D. Pedro I.

A oposição aberta de Feijó ao governo com base em uma “defesa da Constituição” se faria sentir de forma mais clara em seu discurso sobre a responsabilidade dos ministros de Estado, de 16 de julho de 1829. O discurso trazia uma crítica direta às ações do ministro da Guerra Joaquim de Oliveira Álvares, que, após ser enviado para Pernambuco para sufocar uma rebelião, instituíra tribunais militares para julgar os rebeldes. Em sua reação à suposta rebelião, o governo foi criticado não só pelos excessos em suas medidas repressivas, mas por contrariar diretamente a Constituição ao estabelecer “tribunais de exceção”. No sentido desta crítica, Feijó destacava que uma violação à Constituição era uma violação

à liberdade do povo e que, por sua vez, a punição aos responsáveis pelas violações constitucionais seria o caminho para a defesa da liberdade “como não-dominação”:

A nossa Constituição até hoje não tem sido mais do que um nome vã, e Constituição sem responsabilidade é uma quimera, ou antes um laço que arma ao cidadão, porque o governo faz o que quer a sombra dela, enquanto os governados se iludem com belas palavras e promessas; mas se acaso mostrarmos hoje à nação que ela é soberana, que seus mandatários hão de lhe dar contas de sua conduta, que impunemente se não ataca a Constituição em um só de seus artigos e muito menos nos seus alicerces, então é que o Brasil verdadeiramente tem Constituição e pode dizer que já não é mais escravo como em outro tempo<sup>79</sup>.

O caminho adotado por muitos liberais como Feijó no primeiro reinado foi o de argumentar a defesa da Constituição contra os excessos e as ações do governo e dos agentes do Poder Executivo. A noção de separação dos poderes, claro, estaria no centro da crítica de Feijó neste momento, pois o Ministro de Estado estava sendo acusado “de ter usurpado o poder Legislativo e o poder Judicial”. As usurpações, segundo Feijó, decorriam do “espírito militar deste ministro”, mas também do “pouco caso da representação nacional” que caracterizava todo o governo, em que o ministério se fazia marcado “com os decretos de recrutamento, de privilégios, de ampliações de leis”, eximindo-se de responsabilidade através de decretos, de forma alheia às disposições da Assembleia e da Constituição.

O governo, segundo Feijó, atuaria na prática de forma “pré-constitucional”, pois o ministro “não se lembra que o Brasil tem Constituição, quer-nos chamar para o berço da monarquia lusitana, quer que continuemos os usos e práticas dos nossos antepassados”. Assim, o desapego às formas constitucionais, à separação de poderes e a repartição de competências, seriam marcas da continuidade do governo monárquico do Antigo Regime, sintetizada, no caso, pelo afastamento da responsabilidade do ministro através de decretos. Por isto, Feijó terminaria argumentando que “a Constituição não pode marchar sem a

---

<sup>79</sup> FEIJÓ, D. A. **Diogo Antônio Feijó**. 1a ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 1999, p. 67.



responsabilidade do governo” – ecoando o argumento de Constant sobre a responsabilidade ministerial.

Outro elemento marcante do pensamento liberal representado por Feijó seria a concepção peculiar de “federação”. Ao discutir a interpretação do termo “polícia” no art. 1º do Ato Adicional, Feijó argumentaria que:

Só num estado tirânico deixará de haver federação. A primeira relação que se nota é de cidadão a cidadão; pode em sua casa regular o material e pessoal dela, pode usar de módicos artigos correccionais, para conservá-lo em ordem; compete-lhe a polícia doméstica. A autoridade pública só intervém para regular a sucessão a forma dos testamentos, e cuidar da família quando abandonada, porque tais providências interessam à associação de que ele faz parte. Reunidos os cidadãos, formam um município, e as leis de monarquia absoluta, e a nossa Constituição reconhece o poder municipal, quando diz que lhe compete o governo econômico e municipal da cidade ou vila; a lei regulamentar desenvolve em que consiste este governo na administração dos bens do município, na fatura dessas posturas, que tenha por fim manter a segurança, tranqüilidade, saúde e comodidade geral desses habitantes, conceder-lhes a ingerência no negócio em que eles têm um particular interesse (FEIJÓ, 1999).

A “federação” seria o conceito básico de associação política acima da relação entre os indivíduos. O primeiro grau de convivência e de experiência social seria a esfera da Casa – entendida em sentido amplo para incluir a família, os dependentes e as pessoas escravizadas –, na qual o governo não poderia intervir e o chefe familiar deteria um poder disciplinar sobre os seus subalternos. A reunião daqueles chefes de família constituiria o município, a primeira manifestação política exterior à esfera da Casa. Seria neste âmbito que deveria ser entendido o conceito de polícia como parte do governo municipal, dentro do *sentido natural* que teria a palavra *polícia* como tradicional extensão do governo doméstico. Assim, continuava Feijó:

Note-se que a Constituição não fala em polícia, e só em economia, entretanto que diz que lhes

pertence a fatura de posturas policiais, sem dúvida, porque na palavra *economia* se encerra a mesa polícia; nem sei o que seja neste caso economia, senão o regulamento interno relativo à sua existência e conservação. Sr. presidente, quando abandonamos o sentido óbvio e natural das palavras, para defini-las em todos os sentidos em que são elas aplicadas, tudo se confunde. (Feijó. “Defesa dos Poderes Locais [Anais do Senado, 1913, t. II, pp.231-5] in FEIJÓ, CALDEIRA, p. 212-3)

A federação entendida por Feijó seria a forma originária de associação política entre as pessoas livres – que no âmbito privado governavam a sua própria Casa –, portanto a federação deveria pressupor a independência dos associados como o seu precedente necessário. Assim, Feijó argumentaria que os brasileiros estariam acostumados à liberdade, porque viviam com independência do governo no trato de suas propriedades. Somente em um “Estado tirânico” deixaria de existir esta federação porque a tirania política equivaleria, no peculiar discurso liberal de Feijó, à condição de escravidão. Justamente por poder “governar livremente” sua Casa no âmbito privado com independência – e ministrar punições corporais em seus escravos sem interferência do governo – os brasileiros não aceitariam ser “escravizados” pelo governo<sup>80</sup>.

Aquele governo da casa, para Feijó, possuiria uma legitimidade própria e uma legitimidade independente das relações políticas. Os governos do município e da província estariam mais próximos daquela esfera espontânea da vida social. Já no âmbito nacional, a associação política possuía a sua legitimidade ameaçada pelas inconsistências do processo eleitoral. O governo deveria ser orientado pela “opinião pública”, que deveria se manifestar nas eleições. Feijó, no entanto, teceria suas críticas à representação durante a regência:

Assim, sobre eleições, diz-se que os povos enviam seus representantes, que simpatizam com suas opiniões e que vêm defender seus interesses [...].

---

<sup>80</sup> Alguns destes pontos já foram ressaltados por Airton Seelaender nas conferências *The Forgotten "House"* (International Graduate School for Legal Historical Research, 2014) e *Traditionelle Hausherrschaft, Sklaverei und Zivilrechtsreform: Spannungen im brasilianischen Recht des 19. Jahrhunderts* (Universidade de Würzburg, 8 de julho de 2015).

Falemos com franqueza. Nas primeiras legislaturas, em que a arte das cabalas não estava tão aperfeiçoada, vieram alguns pelo voto espontâneo dos eleitores; mas nós, que há pouco tempo tomamos assento, não podemos dizer outro tanto (FEIJÓ, 1999).

Não por acaso o *regente Feijó* seria acusado de ser autoritário e antiparlamentar, enfrentando grande oposição dos seus antigos aliados do partido liberal na Câmara. Já no Senado, Feijó aproveitaria para expor a sua concepção sobre os diferentes poderes do Estado e o status inferior do Poder judiciário:

Outro nobre senador avançou que o poder judiciário era soberano. Tal idéia contradiz o que geralmente aqui se entende por soberano, isto é, o último, que não tem pessoa acima de si: como é, pois, soberano quem está sujeito à responsabilidade, quem tem de quem receba ordens? Só o imperador e a Assembléia são soberanos, porque não têm superior nem respondem por seus atos; há poderes independentes em seus atos, mas não soberanos (FEIJÓ, 1999).

Esta passagem é importante porque destaca que o Estado brasileiro seria composto por dois elementos soberanos independentes entre si: o imperador e a Assembleia, ambos irresponsáveis e invioláveis. Como consequência, o Poder judiciário teria um status político claramente inferior, pois os juízes poderiam ser responsabilizados e disciplinados pelo Ministério da Justiça e ainda poderiam ser obrigados a acatar ordens do próprio ministro de Estado. Haveria portanto, para o *Ministro da Justiça Feijó*, uma relação de subordinação hierárquica entre os agentes do judiciário e a pasta da Justiça, vinculada ao Poder executivo.

O judiciário brasileiro, além de não possuir aquela marca própria da soberania dos demais poderes do Estado, também precisaria ser disciplinado e guiado pelo monarca, sob pena prejudicar os particulares com sua inércia e inaptidão. Assim, Feijó acusava os tribunais de completa inação e incapacidade de responsabilizar e corrigir os seus próprios agentes, caracterizando a situação como pior do que aquela existente nos regimes absolutistas:

Nunca no governo absoluto se pratica semelhante escândalo: ao menos tinha o cidadão o recurso de

queixar-se ao monarca, que podia tudo providenciar; mas hoje o tribunal encarregado de responsabilizar os tribunais prevaricadores denuncia à nação seus crimes, e volta ao silêncio. Sr. presidente, será bom olho dos americanos em deixar a interpretação das leis, não sei a que qualidade dos seus magistrados. Dizem que os ingleses, donde eles descendem, são ótimos; entre nós é o que o Tribunal Supremo tantas vezes denuncia ao público (FEIJÓ, 1999).

Incapaz de disciplinar e corrigir os erros dos magistrados de primeira instância, o Supremo Tribunal de Justiça admitia, segundo Feijó, a grande quantidade de casos de desrespeito às leis e à prática da justiça pelos juízes. Não sendo possível esperar resposta eficaz do próprio judiciário, a supervisão, o comando e a correção dos atos do Poder judiciário acabariam sendo tomadas pelo Poder executivo, de forma semelhante à época em que o monarca “podia tudo providenciar”.

Apesar do filtro burocrático, alguns avisos expedidos por Feijó quando este ocupava a pasta da Justiça deixam transparecer a personalidade e o estilo do padre radicado em Itu. O aviso de 29 de dezembro de 1831 pode ser inserido na tradição luso-brasileira da necessidade de reafirmação da lei pelo Executivo. Neste caso, como era comum, o governo precisa reiterar o cabimento e a aplicação da lei ao caso concreto, apesar das escusas das autoridades encarregadas do cumprimento das disposições legais. O aviso inicia fazendo referência às correspondências anteriores em que o Bispo havia justificado o emprego de sacerdotes estrangeiros por falta de brasileiros dispostos aos serviços eclesiais. Em seguida, o aviso destaca que a atividade eclesial concerne também às esferas da vida civil e política dos cidadãos do Império (casamentos, certidões e “ingerência nas mesas eleitorais”, incluindo coleta de emolumentos) e afirma não “ser desculpável tão manifesta violação da lei pelo pretexto da falta de sacerdotes brasileiros”, ordenando, ao final, a “fiel observância das leis do Império”.

O aviso de 23 de dezembro de 1831 era endereçado diretamente para o magistrado Lúcio Soares Teixeira de Gouveia – que fora deputado ao lado de Feijó nas Cortes Constituintes de Portugal, Ministro da Justiça do Brasil (1827-1829) e depois seria Senador do Império (1837-1838) – ordenando que este informasse serem verdadeiros ou falsos os rumores acerca da entrega de negros trazidos da África aos mestres de embarcações, pedindo ainda os meios e os fundamentos de tais entregas.

O aviso de 6 de fevereiro de 1832 orientava o intendente geral de polícia para que este verificasse se as pessoas identificadas em embarcações como “pessoas de equipagem” eram realmente empregados ou se eram “pretos boçais” sendo traficados sob o pretexto de comporem a tripulação.

Feijó ocuparia a pasta de ministro da justiça por apenas um ano, entre julho de 1831 e julho de 1832, tendo tomado posse junto ao governo instituído após a abdicação somente após fazer publicar uma carta de “condições” para assumir o cargo. Com a sua renúncia, que demonstrava sua indisposição com a maioria parlamentar da época, assumiria o Ministério da Justiça Pedro Araújo Lima, Marquês de Olinda, logo seguido por Honório Hermeto Carneiro Leão, futuro Marquês do Paraná, que iria organizar o “regresso conservador” cinco anos mais tarde.

### 4.2.3 As reações ao liberalismo na década de 1830

Como apontou Lynch (2015), a década de 1830 foi um período de crítica das correntes mais “radicais” do liberalismo no mundo ibérico, sob o temor da anarquia e das guerras civis, em favor de um discurso de valorização da ordem e da estabilidade política<sup>81</sup>. Este movimento de reforço da autoridade estatal tem como eixo comum, na experiência europeia e na americana, o fortalecimento do poder executivo e a expansão do seu papel de condutor do governo. Lynch, dentre outros,

---

<sup>81</sup> “Para além do próprio instinto pragmático de sobrevivência, essa guinada conservadora pôde ser teorizada e justificada a partir de dois grandes precedentes, um norte-americano, e o outro, francês. Na década de 1780-1790, os federalistas estadunidenses haviam promovido uma campanha destinada a neutralizar os excessos do liberalismo radical que, tendo justificado a independência das antigas treze colônias, haviam, entretanto, criado uma situação de desgoverno que ameaçava a União americana. O resultado da campanha fora a nova Constituição de 1787, que criara uma União Federal fortalecida, tendo os federalistas, responsáveis por aquela guinada, dominado a cena política nacional pelos anos seguintes. O segundo precedente era o da França, onde a situação era mais complicada: desde 1795 se vinha lá tentando encerrar o processo revolucionário, por meio de um arranjo que equilibrasse as necessidades de liberdade com a ordem pública. Depois de diversas tentativas, desde o Termidor até a restauração dos Bourbons, passando pelo Consulado e pelo Império napoleônico, os franceses pareciam finalmente ter encontrado aquele balanço graças à Monarquia de Julho, teorizada e justificada pelo liberalismo doutrinário (conservador) de François Guizot” (LYNCH, 2015).

demonstrou as diferentes manifestações deste movimento conservador nas repúblicas latino-americanas, em Portugal, na Espanha e no Brasil.

Ao longo da regência a linguagem das virtudes e o valor dos exemplos clássicos progressivamente perderiam espaço para um discurso mais flexível em avesso à abstração. Como apontou Pereira (2015), no momento “em que a experiência política do país independente já começava a tomar maior densidade, a linguagem dos princípios abstratos expressos, entre outras coisas, na história exemplar, cada vez mais deixaria de satisfazer as exigências do momento”.

Ao aplicar as premissas históricas de Koselleck (2006) à experiência política do Império, diversos autores apontaram para uma mudança na percepção e na representação da temporalidade que acompanha a mudança no campo dos discursos políticos praticados pelos principais agentes no governo, mas também compartilhados socialmente com a imprensa e a doutrina.

Tal transformação político-ideológica foi imediatamente também uma mudança nas percepções e representações do tempo. Ao longo dos anos de 1830, vemos um acento cada vez mais evidente nos temas da “circunstâncias”, do “estado”, das “necessidades” do país, que deveriam ser diagnosticadas e levadas em conta na projeção da ação política. As referências clássicas, embora não tenham desaparecido, foram subsumidas pelo esforço de avaliação do que era considerado a “experiência atual” por que passava a jovem nação, o que configurava uma espécie de embrião de sociologia política que perduraria na linguagem política nacional. Os impasses da experiência “democrática” dos anos 1830, como era visto na época, criaram um novo “espaço de experiências” nacional, com densidade o suficiente, na visão dos contemporâneos, para embasar as perspectivas futuras (PEREIRA, 2015).

A peculiaridade da manifestação daquela guinada política conservadora na experiência do Brasil império se dá em especial pelo fato de que a década de 1830 apresentou ao mesmo tempo o ápice da política liberal descentralizadora – iniciada pela “revolução de 7 de abril de 1831”, com a abdicação de um monarca acusado de “absolutista” pelos seus opositores – e o início de um duradouro modelo político conservador

que se consolidaria como um contrapeso às reformas liberais instituídas no período regencial.

A rapidez apresentada pelas reformas legislativas movidas na Assembleia composta de maioria liberal, junto com a disseminada ameaça de movimentos separatistas, parece ter acelerado também o processo de “reação” dos conservadores ainda antes do final da regência. De fato, a liberalização repentina ou excessivamente rápida do país era vista como um dos motivos da instabilidade política e da desordem nas diversas províncias do império pelos conservadores.

Em dezembro de 1830, ainda antes da abdicação, foi aprovado o Código criminal do Império, a fim de substituir a legislação penal portuguesa vigente por uma norma sistemática e moderna para o direito público brasileiro. Nos primeiros anos do governo regencial, foi aprovado o código de processo criminal (1832), o exército foi reduzido a níveis mínimos e instituída a guarda nacional (1831) organizada pelas províncias, foi abolido o conselho de Estado e foi editado o Ato Adicional (1834). Os organizadores do “regresso” realizaram mudanças legislativas menos monumentais do que os liberais no início da regência, mantendo os códigos com poucas alterações. A aposta saquarema foi o retorno da centralização como forma de controle sobre as direções do governo e da política interna, restaurando o Conselho de Estado e reforçando o papel da reinterpretação da legislação liberal em um contexto conservador.

O movimento do regresso conservador durante a década de 1830 se inicia a partir da cisão interna do partido liberal, protagonizada pela oposição de Bernardo Pereira de Vasconcelos ao regente Feijó. Em 1837 Vasconcelos passa a ocupar a pasta do Ministério da Justiça, que havia sido ocupada por Feijó em 1831-1832, e inicia uma série de reformas que caracterizam o reforço da autoridade do Executivo e a sua dominância sobre os demais poderes, especialmente o judiciário.

Assim como nos demais países que passaram por esta transição, no Brasil a guinada conservadora sofreu diversas críticas da oposição liberal, sendo caracterizada como um movimento reacionário e tendencialmente absolutista. O radicalismo vivenciado durante os primeiros anos da regência se tornaria uma memória política marcante para o modelo de governo adotado pelo posterior período conservador até a crise ao final do Império. Nas palavras de Pereira (2015), “assim como o movimento restaurador europeu elegeu a Revolução Francesa e, sobretudo, o período do Terror, como o grande campo de experiências políticas orientadoras, no Brasil a experiência de descentralização política dos anos 1830, com suas revoltas, motins e guerras civis, teve o mesmo papel”.

Em última análise é possível sistematizar os diversos elementos ideológicos que compunham o pensamento liberal-conservador da época do regresso, mas uma característica importante é também a dispensa de qualquer sistematização, isto é, seu caráter pragmático e circunstancial. Parte fundamental da crítica ao liberalismo jusnaturalista movida pelos conservadores mantinha um pressuposto anti-intelectual ou, ao menos, averso à abstração e ao universalismo em termos de política. Para os regressistas, as novas circunstâncias políticas e o relativo fracasso das reformas liberais deveriam determinar as medidas necessárias ao reestabelecimento da ordem. As reformas políticas não poderiam se firmar unicamente sobre as ideias e as concepções morais mais avançadas e um menor grau de liberdade política seria preferível, diante da possibilidade de desintegração da ordem social. Em vez de “regar com sangue a árvore da liberdade de tempos em tempos”, os conservadores acreditavam que a consolidação da ordem seria sempre um pressuposto para o gozo da liberdade e que as instituições brasileiras deveriam se adequar às circunstâncias em vigor. Como destacou Lynch:

Era com essa concepção que, a 9 de agosto de 1839, Vasconcelos criticava o senador cearense José Martiniano de Alencar<sup>82</sup>, um dos principais chefes do “progresso”: parecia-lhe que colega guiava-se conforme uma “ideia de perfeição, pela qual julga que devem ser feitas as instituições, sem nenhuma atenção às circunstâncias do país; quer formar os homens para as instituições e não as instituições para os homens” (2015, p. 324)

Assim a doutrina liberal-conservadora desenvolvida ao longo da década de 1830 possuía, em um senso pragmático, o objetivo de permitir um caminho para consolidação do liberalismo sem revoluções, em vez da instauração imediata de um regime liberal. Como explicou Lynch:

Nessa matéria, a referência intelectual mais difundida pelos liberais em geral era o panfleto *Das Reações Políticas*, escrito por Benjamin Constant durante o Termidor (1797). Para Constant, a arte finória da política consistiria em erigir um arcabouço institucional, ao mesmo tempo sólido e flexível. Ele deveria ser sólido o bastante para garantir o Estado liberal, mas flexível o suficiente

---

<sup>82</sup> José Martiniano Pereira de Alencar foi pai do romancista e ministro José Martiniano de Alencar.



para que ele acompanhasse as mudanças sociais (2015, p. 329).

O “projeto saquarema”, enquanto uma doutrina política de cunho liberal-conservador, seguiria uma estratégia de “construção da estatalidade” através do reforço da autoridade do governo central – a centralização político-administrativa – e do Executivo. Este reforço da autoridade do governo ficaria mais claro no plano da linguagem do direito, ao passo que enfrentaria limites mais rígidos em seu aspecto material.

#### 4.2.4 Um limite concreto à expansão do Poder Executivo: o controle fiscal parlamentar

Dois fatores presentes em torno da “construção da estatalidade” ainda no século XIX precisam ser destacados: o aspecto fiscal como elemento limitador ação governamental e o peso do aparato militar na manutenção do Estado.

Sobre o reforço da autoridade do Poder Executivo e do aumento de sua autonomia, é importante destacar que os avanços do Executivo foram mais circunstanciais do que sistemáticos e não ofereceram um rompimento aberto com o parlamentarismo. Isto fica evidenciado pelo fato de que o sistema parlamentar nunca perdeu sua predominância sobre o controle do orçamento do governo. Como demonstrou Summerhill (2015)<sup>83</sup>, o controle parlamentar impedia, por exemplo, a tomada de empréstimos ou o lançamento de créditos da dívida pública pelo executivo sem a autorização legislativa anual, e a mesma teve um papel fundamental na manutenção das finanças públicas brasileiras excepcionalmente estáveis (em contraste com toda a América Latina) durante todo o período imperial. Mesmo durante o período crítico da regência, o governo brasileiro possuía um amplo acesso a crédito com juros baixos em Londres e os empréstimos ao império eram considerados um excelente investimento para os credores internacionais. O pagamento dos compromissos financeiros foi efetuado de maneira constante pelo governo brasileiro, mesmo em momentos de difícil aprovação do

---

<sup>83</sup> SUMMERHILL, W. R. **Inglorious revolution: political institutions, sovereign debt, and financial underdevelopment in imperial Brazil**. New Haven: Yale University Press, 2015.

orçamento anual, através de *prorrogativas* garantidas pela Assembleia<sup>84</sup>. Assim, o controle parlamentar, ao lado da “Junta Administrativa da Caixa de Amortização”<sup>85</sup>, serviam como fatores limitadores a todas as ações do poder executivo que incorressem em aumento de despesa, o que exigiu do governo medidas alternativas de reforço da sua autoridade no campo jurídico, que pudessem ser aplicadas com uma mínima mobilização material efetiva.

Por outro lado, a persistência dos conflitos externos e o desafio de manutenção da ordem interna significavam que a pressão fiscal sobre o governo era protagonizada pelos gastos militares e com o pagamento das dívidas anteriores (contraídas para cobrir os gastos militares anteriores). Envolvido em empreendimentos militares na Guerra da Cisplatina e no bloqueio naval a Buenos Aires, o governo imperial esteve desde o início mobilizado no sentido de arcar com os altos custos do exército e da marinha, de maneira que combinados, os ministérios da marinha, guerra e fazenda sempre consistiram na maior parte do orçamento anual do Império<sup>86</sup>, em contraste com as pastas da Justiça e do Império.

Enquanto a maior parte das despesas públicas estavam alocadas na área militar, a arrecadação também apresentava pouca variedade de fontes. Antes do agravamento do conflito com o Paraguai, a receita

---

<sup>84</sup> “Every budget included provisions to pay interest on the external and domestic debt. Bud gets were not, however, always passed in time for the start of the new fiscal year. The reversion policy in the absence of a bud get was to default on the debt. This never happened because the chamber majority always ensured that the debt would continue to be serviced by passing prorrogativas. These measures either extended the previous bud get until a new one was voted or voted a more limited bill addressing solely debt service. In at least nineteen fiscal years between 1826 and 1889, prorrogativas were employed for a portion or even all of the fiscal year.<sup>54</sup> That the chamber majority, irrespective of party, ensured that debt was always serviced reveals that political support in the chamber for repayment was consistently strong” (SUMMERHILL, 2015, p. 30)

<sup>85</sup> “By virtue of their position as the biggest individual creditors of the government, the members of the junta were able to monitor the debt ser vice department in the Treasury and thereby safeguard their own substantial financial interests. But in doing so they also represented the community of bondholders in general. Their involvement reduced information costs for the state’s creditors and the members of parliament. This arrangement, somewhat counterintuitively, made leading bondholders the guardians of the state’s own credit” (Idem, p. 36).

<sup>86</sup> “The largest outlays over the course of the Imperial era were military in nature, followed by debt service payments. The combined shares of the army, navy, and finance ministries never fell below 50 percent of total spending from 1830 through 1889” (idem, 36).

advinha dos impostos diretos representava uma fração muito pequena da arrecadação do governo imperial. Durante todo o período imperial, a fonte de receitas do governo central advinha predominantemente do controle alfandegário e ao final da regência, os impostos sobre a importação (principalmente) e a exportação (em menor medida) chegaram a representar 90% da receita ordinária total<sup>87</sup>.

Em oposição à visão mais comum na historiografia brasileira, estudos recentes mostram que o Estado brasileiro no período imperial não sofria de constantes défices fiscais e o aumento do endividamento não era a regra<sup>88</sup>. No período da regência, o governo incorreria em um déficit como consequência do agravamento da “revolução farroupilha” e o aumento dos gastos militares constituíam, repetidamente, o fator de maior impacto no orçamento anual. Ainda que diante de um aumento efetivo de despesas, durante a crise do final da década de 1830, o “partido da ordem” conseguiu reforçar a política fiscal de tal forma que o governo brasileiro aumentou consideravelmente o pagamento da dívida externa em proporção às próprias receitas, chegando a um pico de 50% das receitas terem sido alocadas ao pagamento das dívidas (o que, por sua vez, ampliava a disponibilidade de crédito a juros baixos em Londres)<sup>89</sup>. Este grau de comprometimento fiscal do governo reflete um controle político efetivo das finanças públicas pelos parlamentares, frequentemente vinculados aos setores interessados no pagamento dos títulos da dívida, bem como a preocupação destes com as possíveis consequências de um

---

<sup>87</sup> “In Brazil the share of indirect taxes, consisting almost entirely of import and export duties, rose sharply from the early 1830s, peaking at 90 percent of ordinary revenues in 1841. It declined thereafter but never fell below 70 percent of the government’s annual resources” (Idem, p. 37).

<sup>88</sup> “Widely used revenue and expenditure data assembled by contemporaries suggest that the Imperial state ran chronic deficits after 1822. This impression is erroneous. Total expenditures did commonly outstrip receipts; in only eleven of sixty-eight years was there a gross fiscal surplus. Modern public finance, however, focuses not on total expenditures but on *primary* expenditures, which exclude payments to service the debt. More often than not Brazil ran a primary fiscal surplus” (Idem, 37).

<sup>89</sup> “Annual debt payments ran as high as half of ordinary revenues in the late 1830s and never less than the 20 percent figure of the 1850s. Brazil’s average debt-service ratio was nearly as high as that of eighteenth-century Britain and France. Yet the ratios are at best a rough guide to outcomes: France defaulted and Britain did not. That Brazil did not default highlights the parliament’s willingness to supply the taxes required to make interest payments, despite the relatively high budgetary cost of doing so” (Idem, p. 40).

calote externo para a credibilidade da dívida doméstica. Este posicionamento “bipartidário” já estava claro em 1831, quando o novo governo propôs uma moratória parcial à dívida externa e a Assembleia rejeitou a proposta, reforçando o controle parlamentar e a atenção do eleitorado (já que a dívida doméstica era adquirida majoritariamente por indivíduos e não bancos). A continuidade deste arranjo institucional amigável aos credores permitiu que na década de 1870 o Império atingisse um grau de credibilidade igual ao dos Estados Unidos e maior do que o de países como Austria e Itália<sup>90</sup>.

As limitações fiscais do Executivo e o contínuo controle parlamentar sobre os gastos públicos durante o período analisado apontam na direção da hipótese de que as estratégias do governo no sentido de aumentar a sua autonomia precisavam se dar principalmente no plano da argumentação jurídica e do controle da linguagem. Isto porque havia um comprometimento fiscal que impedia efetivamente estratégias mais dispendiosas de controle político – como o aumento da burocracia central e do funcionalismo. Ao lado das limitações com o pessoal qualificado disponível o governo não poderia expandir seus gastos com a administração interna de forma ousada e deveria, portanto, manter o foco em um progressivo controle jurídico sobre as instituições existentes.

A necessidade de expansão do pessoal e dos serviços transparece na leitura dos relatórios dos presidentes de província. Quando o futuro Visconde do Uruguai serviu como presidente da província do Rio de Janeiro, seu relatório destacava o dever do governo central em aumentar os investimentos no ensino dos jovens, nas obras públicas e na segurança – dentre outras matérias<sup>91</sup> – e, como Ministro da Justiça, o mesmo iria se empenhar em aumentar efetivamente o número de juizes de Direito nomeados pelo governo<sup>92</sup>. Esta estratégia de expansão material do aparato

---

<sup>90</sup> “By the 1870s informed observers assessed Brazil to be as creditworthy as the federal government of the United States. And although it could not rival the reliability of Britain as a debtor, the Empire was considered less risky than the governments of Portugal or Austria and considerably more creditworthy than Italy, Peru, Spain, Mexico, and Greece, among other states” (Idem, p.45)

<sup>91</sup> Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, o conselheiro Paulino José Soares de Souza, na abertura da 2.ª sessão da 2.ª legislatura da Assembléa Provincial, acompanhado do orçamento da receita e despeza para o anno de 1839 a 1840. Segunda edição. Nictheroy Typ. de Amaral & Irmão, 1851.

<sup>92</sup> Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1840 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1840. Rio de Janeiro: s.n., 1841.

estatal, no entanto, precisava ser acompanhada de um avanço da influência do governo no campo da linguagem e da argumentação jurídica.

### 4.3 As reações liberais à reação conservadora

#### 4.3.1 Crítica à centralização administrativa através do Executivo (Tavares Bastos)

Um dos maiores críticos da reação conservadora foi o deputado liberal Aureliano Cândido Tavares Bastos<sup>93</sup>. Tavares Bastos viria a representar o polo oposto ao Visconde do Uruguai do debate ocorrido na década de 1860 sobre a centralização administrativa e a sua reavaliação. Passado o período de “construção da ordem” (CARVALHO, 2003) e descaracterizado o risco da desintegração nacional, o partido liberal voltaria a defender a bandeira da autonomia das províncias e uma espécie de federalismo (FERREIRA, 1999) e Tavares Bastos representaria desta proposta de retorno ao programa liberal da regência.

Em “A província: estudo sobre a descentralização no Brasil”, publicado em 1870, Tavares Bastos iria descrever a centralização administrativa promovida pelos conservadores a partir do regresso até a década de 1860 como um processo movido pelo “espírito de reação”, marcado pela intervenção governamental:

Este espírito delirante de uma reação que não recuava sequer diante do infinitamente pequeno, tocou ao zenith quando os decretos de 1860 concentraram no poder executivo o direito de autorizar a incorporação das sociedades anônimas (TAVARES BASTOS, 1870).

Tavares Bastos descrevia a reação como um movimento que teria concentrado poderes não somente no âmbito do governo central, mas principalmente no Poder executivo. O mesmo se refletia nas províncias,

---

<sup>93</sup>

Obra disponível em:  
<http://www.brasiliana.com.br/brasiliana/colecao/obras/58/A-Propincia-Estudo-sobre-a-descentralizacao-no-Brasil>

nas quais o representante do Poder executivo central – o presidente de província – ganhava maior proeminência e poder de intervenção sobre o legislativo e o judiciário.

E mais longe que seus antecessores devera de ir o gabinete de 16 de julho”. Assim, continuava Tavares Bastos, “seus delegados suspendem leis sancionadas e promulgadas. Uma circular de 1868 determina aos presidentes que não sancionem lei alguma criando novas comarcas, e lhes declara que o governo não proverá de juizes as que não obstante se criarem. A reação afronta a legalidade, desafia as províncias (TAVARES BASTOS, 1870).

O autor argumentava ainda contra a excessiva atuação do governo central através dos avisos e consultas. Diante dos eventuais abusos na interpretação e na aplicação do Ato Adicional pelas províncias o autor – discordando do uso das consultas e avisos pelo governo, seguidos da suspensão da lei pelo presidente de província – acreditava que “instruções bastavam para reivindicar a boa doutrina dentro dos limites do direito vigente. Aí está a razoável jurisprudência admitida em muitos casos pelo próprio autor da lei reacionária, o visconde de Uruguai” (TAVARES BASTOS, 1870).

A chamada “lei reacionária”, que tinha como principal autor o Visconde do Uruguai, era a lei de interpretação do ato adicional, que seria identificada como uma das mais significativas vitórias legislativas dos conservadores. As reformas legislativas da reação teriam buscado justamente combater os maiores “avanços liberais” promovidos no início da regência. Assim, os regressistas teriam ganho no parlamento com a legislação que dava *nova interpretação* ao Ato Adicional, que reformaria o Código de processo criminal, que alteraria a administração da justiça, que reformaria a guarda nacional, etc. Tavares Bastos, no entanto, diagnosticaria uma manifestação mais profunda da ideologia do regresso. O governo não precisava mais reformar toda a legislação em conjunto com o Parlamento para alcançar seus objetivos políticos, pois passaria a “legislar” por avisos:

A lei de polícia e justiça (1841) e a da guarda nacional (1850) aniquilaram o espírito público nas localidades, centralizaram a política: a lei e o aviso de 1860 atacaram a prosperidade material das

províncias e o princípio de associação, coroando a obra do golpe de estado de 12 de maio de 1840. Por isso, 1860 é o *non plus ultra* da reação. Desde que valeu-se de simples avisos para interpretar e corrigir o ato adicional, revogando leis expressas, nenhum poder mais restava ao governo usurpar (TAVARES BASTOS, 1870).

Citando o Ensaio de Visconde do Uruguai, Tavares Bastos destacava que o próprio autor da lei de interpretação ao Ato Adicional reconhecia a competência das assembleias provinciais em “certos negócios provinciais”. “Pese-se bem esta frase”, argumentava Tavares Bastos, “nos negócios meramente provinciais, o poder legislativo provincial não tem superior; mas quantos abusos contra esta sã doutrina! E não da assembleia geral, porém do poder executivo”.

O movimento de “centralização administrativa” criticado por Tavares Bastos seria frequentemente entendido como um problema de conflito entre as duas esferas de competência legislativa – a Assembleia geral e as Assembleias provinciais – nas quais as elites iriam disputar o poder e negociar institucionalmente em prol dos seus interesses. Esta interpretação é também importante, mas é possível destacar outro aspecto do problema identificado por Tavares Bastos, acerca da centralidade do Poder executivo ao expedir normas e avaliar a competência legislativa do Poder legislativo provincial através do Ministério da Justiça, do Ministério do Império e dos presidentes de província.

Sobre a possibilidade do governo central suspender a execução das leis provinciais, Tavares Bastos destacava o conflito não só entre o centro e as províncias, mas também o conflito entre os poderes: “Demais, só uma grande confusão de ideias pode inspirar tal doutrina em nosso regime: a assembleia provincial é ramo do poder legislativo; como pode então o executivo revogar uma lei provincial?” (TAVARES BASTOS, 1870).

A crítica de Tavares Bastos identificava, corretamente, que o Poder executivo central realizava um controle direto sobre a legislação provincial através de dispositivos infra legais, suspendendo a eficácia das leis provinciais que violasse a competência legislativa da Assembleia geral. Este tipo de procedimento realizado pelo Poder executivo – uma espécie de “controle de constitucionalidade formal” – havia sido pensado por Visconde do Uruguai. Aquela doutrina inspirada numa “grande confusão de ideias” já estava implícito na redação original do projeto da lei de interpretação do Ato Adicional.

O projeto da lei de interpretação seria aprovado somente após a aprovação de uma emenda que adicionava um último artigo à lei, contrariando expressamente a intenção do autor da “lei reacionária”. O Art. 8º da lei determinaria que “as Leis Provinciaes, que forem oppostas á interpretação dada nos artigos precedentes, não se entendem revogadas pela promulgação desta Lei, sem que expressamente o sejam por actos do Poder Legislativo Geral”. Além de preservar a legislação em vigor até aquele momento, este artigo formalmente impediria a revogação das leis provinciais por outros meios, senão por expressa manifestação do Poder legislativo.

Uruguai posteriormente defenderia sua proposta de “controle de constitucionalidade” pelo Poder executivo vagamente no seu *Ensaio sobre o Direito Administrativo* (1862) e de forma mais elaborada, com referências ao papel do Poder moderador e do Conselho de Estado, em *Estudos práticos sobre a administração das províncias do Brasil* (1865). No segundo volume de *Estudos práticos* Uruguai dedicaria um capítulo especificamente à questão sobre “se o governo geral tem o direito de suspender leis provinciaes sancionadas pelos presidentes, e ou por eles ou pelas assembléas provinciaes mandadas publicar e em execução” (Cap. XVII). Neste capítulo, como em todo o livro, Uruguai forneceria ao leitor dezenas de avisos tratando sobre as leis provinciais e ordenando a sua suspensão. Em seu comentário por nota de rodapé o autor seria mais direto:

São muito e muito procedentes as razões pelas quaes se manda que esta e outras leis não sejam executadas. Mas não é essa a questão. Onde confere o acto adicional ao Governo Geral o direito de ordenar que não sejam executadas leis provinciaes? É uma flagrante usurpação da atribuição da Assembléa Geral a quem cumpre revogal-as e logo. Mas a Assembléa Geral não o faz. Então... Logo essa attribuição pertence ao Governo!!! [sic] (URUGUAI, 1865).

Apesar de não ter ocorrido uma recepção teórica clara da doutrina do autor sobre este ponto, o governo adotaria a prática, ainda que de forma inconsistente, de mandar suspender a aplicação das leis provinciais por aviso aos governadores de província. Surpreendentemente esta prática do governo central e a sua correspondente teoria política elaborada por Uruguai não foi ainda destacada pela literatura especializada (MATTOS, 1987; FERREIRA, 1999; COSER, 2008; etc.)



Enquanto o Ato Adicional e o abuso de competência das Assembleias provinciais teria impulsionado o uso político das consultas e dos avisos ministeriais e do Conselho de Estado, Tavares Bastos argumentaria que “ainda depois de mutilado o ato adicional, não cessara, todavia, a tarefa das consultas e avisos”. Assim o autor de “A Província” seguiria para dar diversos exemplos dos abusos do governo ao interferir em obras públicas e impostos provinciais, bem como na administração da justiça, demarcação das comarcas, execução das penas, etc.

Através de consultas e avisos, segundo Tavares Bastos, o governo central teria estabelecido uma interpretação nova do Ato Adicional para restringir a regulação das estradas pelas províncias. Através da nova interpretação, as obras que envolvessem máquinas a vapor, como ferrovias ou canais, deveriam ser sancionadas exclusivamente pelo governo central. Assim, quaisquer investimentos que mobilizassem grandes capitais – como aqueles promovidos pelo Barão de Mauá – deveriam ser supervisionados pelo governo central e submetidos à sua aprovação. Para Tavares Bastos, este era um exemplo de como a centralização política atacava as bases materiais do governo das províncias. Assim, o autor apontava como

o presidente do Ceará deixava de sancionar um projeto de lei sobre a estrada de ferro da capital a Pacatuba, entre outros motivos, porque «tratava-se de uma estrada servida por vapor e devia a concessão ficar dependente da aprovação dos poderes gerais». Nas razões com que o mesmo presidente devolvera o projeto, transpiram as prevenções criadas pelo aviso de 1860 (TAVARES BASTOS, 1870).

Segundo a interpretação do autor, os poderes extraordinários proporcionados ao governo central através do uso dos avisos acabariam permeando todo o movimento centralizador no Império e contribuindo, em alguma medida, para as restrições impostas ao desenvolvimento do capitalismo brasileiro. O interesse no controle alfandegário pelo governo central, que justificava o controle central sobre os investimentos em obras que proporcionassem a expansão do comércio marítimo, estava por detrás das interpretações determinadas pelas consultas e avisos citados por Tavares Bastos. Isto, ao lado das restrições ao mercado de capitais interno decorrente das políticas fiscais do Império, permite identificar o fortalecimento dos instrumentos normativos vinculados ao Poder

Executivo imperial como um dos fatores que serviam de empecilho para o desenvolvimento econômico interno do país.

#### 4.3.2 Prerrogativas monárquicas e restauração constitucional (José de Alencar)

A visão predominantemente positiva do liberalismo político e a sua associação com o sistema constitucional brasileiro fizera parte de uma narrativa importante e presente na literatura nacional. As primeiras décadas da experiência liberal brasileira seriam caracterizadas por José de Alencar<sup>94</sup> de maneira paradigmática.

As “Cartas ao Imperador” de José de Alencar (1865) refletiam uma visão talvez romântica, mas muito influente do aspecto liberal do império desde sua independência. Se antes da independência havia a tirania do governo à “sombra da lei”, a independência teria trazido a monarquia representativa e as instituições liberais para um povo ainda “precoce para a liberdade”<sup>95</sup>. Apesar de prematuro, o liberalismo brasileiro trouxera a marca da independência e da primeira experiência de “governo do povo pelo povo” do Brasil, em oposição ao governo regido pela metrópole<sup>96</sup>. Assim, segundo Alencar, teriam se formado logo na independência dois partidos opostos: os brasileiros em defesa do liberalismo e os portugueses em defesa do absolutismo. Tal antagonismo teria culminado na

---

<sup>94</sup> José de Alencar foi ministro da Justiça entre 16 de julho de 1868 e 10 de janeiro de 1870, durante a Guerra do Paraguai, no gabinete de Joaquim José Rodrigues Torres, tendo sucedido Martim Francisco Ribeiro de Andrada (filho).

<sup>95</sup> “Governa então a peor tyrannia, de que falia Montesquieu: - «aquella que se exerce á sombra da lei».

Só um povo doutrinado na escola do patriotismo e hábil no manejo da soberania pode arrostar a influencia perniciososa, reivindicando pelos meios legaes a sua autonomia, e restabelecendo o império da constituição e da moral.

Está o povo brasileiro neste caso?

Não, senhor. Este povo nobre e digno das instituições que o regem; este povo, precoce para a liberdade, pois ainda na infância colonial já se electrivava com ella; não foi educado, como merecia, para a monarchia representativa que aliás adoptou de coração”. (p. 43)

<sup>96</sup> “Em 1821 a independência se fez no entusiasmo da liberdade. O Brasil conquistou simultaneamente o governo dos brasileiros pelos brasileiros, e o governo do povo pelo povo.”

“revolução de 1831” e, a partir da regência, prevaleceria o espírito propriamente liberal da monarquia verdadeiramente brasileira:

Os partidos no Brasil se gerarão d'esse antagonismo de nacionalidades; ser liberal significava ser brasileiro; do mesmo modo que ser portuguez ou alliado dos portuguezes, valia tanto como absolutista. A revolução de 1831, que trouxe a abdicação, foi como a consagração da independência; ahi a monarchia completou sua metamorphose e fez-se brasileira em vossa pessoa, senhor (p. 43).

O Brasil, portanto, teria nascido com olhos voltados para o liberalismo político, mas este precisaria ser consolidado junto com a independência em uma fase crucial de sua história: a regência. Este teria sido o período áureo para a formação das instituições liberais brasileiras segundo Alencar:

O primeiro reinado em oito annos legou-nos a constituição, bello padrão de sabedoria e liberalismo; o código criminal; a organização das municipalidades e a instituição dos juizes de paz. A regência foi rica de trabalhos; o acto adicional, a organização das províncias, o código do processo, a ordem judiciaria e financeira, além de muitas outras medidas administrativas. (Carta ao Imperador I. p. 11)

Após este período do “mais verdadeiro liberalismo brasileiro”, ao final da regência, aqueles elementos tradicionais pertencentes ao extinto “partido português” teriam se aglutinado junto ao partido conservador, na opinião de Alencar. Desta forma o governo conservador tenderia cada vez mais a restringir o liberalismo em seu próprio favor, à margem da Constituição do Império. O apelo de José de Alencar ao imperador seria, diante desta caracterização da história, no sentido do monarca utilizar de suas prerrogativas para impor o cumprimento da Constituição que garantiria o liberalismo:

A summa questão da actualidade é esta, da vigorosa iniciativa que deveis tomar em prol da constituição; nella está a chave de todas as outras

tendentes á realidade do systema e restauração do paiz. [...] Vosso pai fez para o povo brasileiro uma constituição liberal, fazei vós com essa constituição um povo livre (p. 40).

O liberalismo brasileiro, estabelecido sabiamente pela constituição outorgada pelo príncipe português, precisaria ser imposto através das prerrogativas monárquicas sobre os representantes ilegitimamente eleitos (por consequência das fraudes eleitorais).

A visão de liberalismo político apresentada por José de Alencar, apesar de não ser necessariamente representativa, esclarece muito bem as possíveis mediações entre os argumentos tradicionais do liberalismo e suas aplicações particulares no Brasil do século XIX. Através daqueles argumentos fica claro que o liberalismo brasileiro do século XIX não só permitia, mas esperava que o Executivo tivesse um papel regulamentar forte, ao atuar em conjunto com o Poder Moderador.

A necessidade de um Executivo forte acompanhava um desencantamento com o sistema representativo e com a capacidade do Legislativo de exercer um papel verdadeiramente democrático. Assim Alencar, como muitos autores brasileiros da época, assumia a “teoria do governo misto”<sup>97</sup> como um elemento fundamental para o bom funcionamento da monarquia constitucional brasileira e concluiria que o elemento monárquico, paradoxalmente, seria a única esperança para a restauração da democracia. Isto pois, através da corrupção e da venalidade, uma “aristocracia burguesa” teria se tornado a classe dominante no Brasil, usurpando assim os poderes monárquicos e democráticos próprios de um sistema misto e equilibrado.

A *Carta ao Imperador* era um apelo para que o chefe de Estado brasileiro retomasse o controle do Poder Executivo e do Poder Moderador para que pudesse assim promover as reformas desejadas pelo povo e até então vetadas pela inércia da “empregocracia” dos representantes “filhos

---

<sup>97</sup> Ao descrever os debates em torno das tendências sobre a Constituição do Império a ser adotada, a Gazeta pernambucana esclarecia o público: “Dando-se porém a preeminencia ao Governo Mixto, ou Constitucional, pelo qual o Poder Publico fica dividido em dilferentes partes acomodadas, para se impõem, se combinarem, e se temperarem reciprocamente. Assim permanece hoje o Grande, e Sábio Governo da Inglaterra, que tantos elogios lhe fazem os maiores Politicos da Europa”. (Gazeta Pernambucana, nº 12, 18 de abril de 1823 [disponível no site: [www.brasiliana.org.br](http://www.brasiliana.org.br)])

da fraude e da venalidade” das eleições. A aliança possível seria aquela entre o monarca e o povo para reequilibrar o sistema corrompido:

O único meio eficaz de salvar o paiz, senhor, é a união firme dos homens de bem, de que sois o chefe legitimo, contra a immoralidade. É a alliança sincera da realeza com a democracia, para regenerar o elemento aristocrático, restringindo sua influencia perniciosa, e inoculando-lhe novos brios e estímulos que o preservem da corrupção.

A teoria do governo misto adotada por Alencar tem, naturalmente, origens em um constitucionalismo histórico, “não positivo”. Ainda assim, a argumentação de Alencar aponta para a compatibilidade de tal transformação institucional dentro dos padrões da Constituição brasileira de 1824. Tal transformação consistiria em uma revolução política pacífica a ser realizada por um elemento do sistema político por dentro do mesmo. O país precisaria de uma “revolução pacífica” por meio da iniciativa do imperador para, dentro dos limites da constituição, reestabelecer a liberdade no império.

O que em outros países seria caracterizado como o conjunto de prerrogativas da coroa, segundo Alencar, teria no Brasil o nome de poder moderador: “Vossa força, tão grande quanto benéfica, esta as atribuições supremas que em outros paizes se qualificão de prerogativas da coroa, e nossa constituição reunio em um poder, sob o titulo de *moderador*” (p. 54).

Esta caracterização das antigas prerrogativas reais presentes nas monarquias absolutas do Antigo Regime como tendo sido “constitucionalizadas” na forma do Poder Moderador não parece ser casuística ou marginal, mas consistente com um sistema de pensamento mais amplo e acessível a todos os autores da época, ainda que não aceito universalmente. Desta forma, a narrativa em torno da predominância dos poderes monárquicos sobre os demais poderes dentro de um sistema liberal constitucional estava ainda disponível como argumento válido para a defesa dos atos monocráticos do governo, como ilustra a passagem apologética de Alencar:

Colocado na cupola do systema, investido de attribuições magestáticas sobre todos os poderes, o monarcha brasileiro é nessa qualidade de alto moderador e chefe natural não só do executivo, como também do judiciário. Em relação á este

ultimo a constituição não o declarou expressamente; mas seu espirito claro que em todos os tribunais as sentenças são expedidas em nome do imperador (pp. 49-50).

Parece difícil encontrar uma passagem mais “absolutista” sob uma roupagem liberal, mas algo essencial demonstrado nesta caracterização é a equiparação muito comum à época do Poder Judiciário ao Poder Executivo no que tange à subordinação e à tutela destes pelo monarca e seus ministros. Desta forma o ministro da Justiça supervisionaria a atividade dos tribunais da mesma forma como o ministro do Império agiria sobre as escolas ou obras públicas, tudo sob o beneplácito imperial.

Ao contrário de absolutismo, no entanto, a defesa e a restauração daquelas prerrogativas monárquicas agora constitucionais consistiria ainda em um objetivo legítimo do próprio liberalismo. Para tanto Alencar cita uma gama de autores estrangeiros, como Montesquieu, J. S. Mill, B. Constant, H. Brougham<sup>98</sup> e Sieyès. Assim, os liberais sinceros “se empenhão com razão em desenvolver a coroa das atribuições do poder executivo, e a exaltarão á região superior, para evitar que sature-se das paixões e intrigas que gera nos homens a cobiça do mando” (p. 57).

Para se escapar das paixões políticas e da corrupção do poder político, a monarquia deveria servir de limite e de contrapeso neutralizador da ação política. Não somente a restauração dos poderes monárquicos seria um objetivo legítimo dos liberais brasileiros, mas também o argumento conservador de B. Constant seria também usado para justificar a desejada mudança institucional, pois,

«Quando as molas desarranjadas se chócão, embatem travão, é necessário uma fôrça que as reponha em seu lugar» diz B. Constant, attribuindo ao poder real a acção preservante e reparadora. (T. de Política — cap. 2º)

---

<sup>98</sup> Henry Peter Brougham, jurista escocês e político do partido whig, foi enviado pelo governo britânico em missão diplomática a Portugal antes da invasão napoleônica e tornou-se engajado no combate ao tráfico internacional de escravos. Serviu como *Lord Chancellor* entre 1830 e 1834 ao lado de *Earl Grey* e foi bem-sucedido na aprovação do *Slavery Abolition Act* de 1833.

As prerrogativas monárquicas seriam além de constitucionais, essenciais não simplesmente para a conservação, mas também para a “restauração” institucional a ser realizada por uma “revolução constitucional pacífica” Para tanto, este “alto poder” destinado a guiar o Estado precisaria ser diferenciado daquele poder voltado unicamente à administração:

A alta e suprema iniciativa da coroa não se confunde com a iniciativa de esfera menos elevada, que imprime o movimento à administração. Esta é regulamentar; a constituição a reservou máxima parte para o poder executivo. (p. 64)

Esta separação clássica entre os altos poderes do Estado e aqueles poderes meramente administrativos teria um importante papel simbólico, apesar da imbricação prática entre estes poderes na realidade do governo. Isto porque a constitucionalização da monarquia nunca teria reduzido o monarca completamente a um mero órgão estatal submetido às regras constitucionais. O monarca retinha ainda não só as prerrogativas fundadas em uma autoridade própria e misteriosa, mas também exercia um papel atrelado a uma superioridade política e jurídica transcendental. O imperador não era somente o chefe da administração imperial, ele era o único elemento político capaz de oferecer uma restauração moral para o sistema constitucional.

A descrição do Imperador como um polo do poder político necessário ao equilíbrio constitucional e bom funcionamento do Estado não era algo novo ou exclusivo da retórica romântica de José de Alencar, mas o que a sua argumentação revela é significativo. Como forma de oposição ao governo do partido conservador, acusado de ter corrompido o sistema eleitoral e de ter tomado o controle do governo para si, a defesa do retorno ao liberalismo entendido nos termos da regência do partido liberal seria argumentada através de um apelo aos poderes monárquicos autônomos, para que estes fossem usados pelo imperador de forma unilateral, como sua sagrada prerrogativa.

Mais de vinte anos após o final da regência, talvez o domínio do partido conservador tivesse se tornado tão absoluto, por conta de um modelo de governo estruturado pelo reforço da autoridade monárquica durante a segunda etapa da regência, que somente através do poder autônomo garantido pelo “princípio monárquico” o governo monárquico poderia se salvar de si mesmo.

## 5 OS AVISOS NO CONTEXTO DA REGÊNCIA

### 5.1 Continuidade na linguagem das fontes do período

#### 5.1.1 Problematização das fontes

Ao se analisar a produção doutrinária e a publicação de obras vinculadas à prática jurídica durante o Império – especialmente a partir dos anos de 1840 – pode-se verificar que as fontes jurídicas indicavam a importância dos avisos ministeriais para a interpretação das leis. Em especial, chamava atenção a interpretação determinada pelos avisos sendo entendida como obrigatória e especificando a “correta interpretação” de importantes transformações legislativas, como o Código de Processo Criminal.

Como os avisos mais citados pela doutrina advinham do período posterior ao “regresso conservador” e alteravam a interpretação da legislação em geral, mas principalmente das “reformas liberais”, isto aponta para a hipótese de que o uso destes avisos servia a um propósito político vinculado não só à retomada da centralização administrativa, mas também ao fortalecimento dos programas do partido no governo. Os governos compostos pelo partido conservador após o regresso tenderiam a reforçar o papel do Poder Executivo perante o Legislativo e o Judiciário através destes avisos.

A melhor forma de testar esta hipótese seria analisar o período da regência e contrastar o uso deste instrumento normativo do Poder Executivo entre os governos liberais e conservadores. A prova negativa desta hipótese se daria caso não houvesse mudança substancial na atividade do Ministério da Justiça em torno do uso dos avisos sobre as matérias legisladas pelos ministros liberais e conservadores.

Aponta contrariamente para esta hipótese o fato de que um grande volume das fontes (dos avisos) tratava de assuntos internos da relação entre o ministério e a administração da justiça – as comunicações de



expediente interno e intergovernamental. Outro ponto de destaque, verificável através da doutrina do segundo reinado, é o de que os avisos ganhariam mais importância ao longo das décadas 1840 e 1860, relacionados às mudanças legislativas do período. No entanto, em contraste do os governos anteriores, é possível identificar uma mudança significativa a partir de 1837, chefiada por Bernardo Pereira de Vasconcelos. Em fevereiro de 1838 o Ministério da Justiça ordenou a publicação de uma compilação anual das decisões e dos avisos ministeriais para que estas servissem de fontes jurídicas ao lado da legislação em vigor. A partir daí, os avisos não iriam somente responder a consultas ou resolver conflitos concretos atraídos à competência do Executivo pelo interesse do Estado, os avisos passam a advertir antecipadamente sobre como as leis deveriam ser interpretadas. Logo, os avisos passariam a ser usados para suspender a execução das leis provinciais por contrariarem a Constituição, a afastar a competência do judiciário para casos de interesse do governo, a alterar as regras do sistema eleitoral e mesmo a estabelecer os prazos processuais para recursos das decisões judiciais.

Por alguns autores e parlamentares, o uso de tais avisos representava uma continuidade das práticas do período anterior à Constituição. Nos debates no Senado na década de 1830 os avisos eram criticados admitindo-se que “antigamente tinham força de lei”, mas que após a Constituição era preciso respeitar o Legislador. Posteriormente, autores como Tavares Bastos indicariam os avisos, ao lado do Conselho de Estado, como as marcas do domínio do partido conservador do Estado brasileiro. Outros apontavam isto como a prevalência do elemento monárquico no governo misto, ou ainda como as sombras do absolutismo anti-liberal.

O problema aqui pode ser identificado como o da prevalência das diferentes camadas discursivas do antigo regime e do liberalismo coexistentes no Brasil do séc. XIX. Mais do que isto, esta problematização permite analisar a continuidade de elementos identificados dentro do “constitucionalismo monárquico” de um claro grau de autonomia do Poder Executivo perante a lei, e de dominância e supervisão do Poder Executivo sobre o Judicial – considerado por vezes como parte do Poder Executivo. Dentro do sistema constitucional liberal, portanto, havia espaço para a argumentação em favor das prerrogativas monárquicas, do monarca como capaz de resolver os casos concretos e até mesmo, em alguma medida, do “rei legislador”.

Quanto ao volume de material, só é possível determinar ter uma ideia do número de avisos expedido pelos ministérios levando em

consideração que a sua publicação era notadamente deficiente. Ao longo da regência fica evidente que o aviso ministerial passa a ganhar uma importância maior como “fonte jurídica” e, após o regresso conservador e o início do segundo reinado, esta tendência iria se intensificar. Isto é demonstrável através do aumento no uso dos avisos como fonte jurídica pela doutrina e pela relevância que os avisos tomam nas diversas áreas já analisadas anteriormente. Intuitivamente, esta interpretação leva à hipótese de que deveria, necessariamente, ter ocorrido um aumento quantitativo na emissão e na publicação de avisos ministeriais. Ao analisar o material presente nas coleções das leis do império constata-se, no entanto, que o número de avisos publicados na coleção referentes a 1832, por exemplo, é bem maior do que o número de avisos publicados em 1838, sem que se possa extrair desta informação um sentido inerente a este número.

A análise de todo o material acessível para o período entre 1830 e 1840 aponta para uma variação quantitativa ampla, sem transparecer um padrão efetivo. Isto indica para a incapacidade de se determinar o número real de avisos presentes na prática do governo naquele período. Uma interpretação possível poderia se dar em torno da busca um padrão de reconhecimento da importância do conteúdo dos avisos, seguindo a orientação do governo de publicar somente os avisos mais “relevantes”. Aqui também não é possível reconhecer um padrão consistente sobre a publicação dos avisos de acordo com a importância concreta ou pelo seu conteúdo geral.

Aqui, leva-se em consideração que os manuais jurídicos e outros índices particulares por vezes tentavam fazer este filtro ou proceder com uma tabulação por matérias, argumentando às vezes de forma expressa sobre a necessidade de uma organização e publicação sistemática em meio à confusão de decretos, portarias e avisos existentes. Isto era completamente alheio às coleções de legislação do governo, pois estas não faziam a publicação completa dos materiais, tampouco organizavam os instrumentos por tema ou relevância.

A ausência de padrões estatísticos claros impôs uma análise mais detalhada do material disponível e uma apresentação mais anedótica do seu conteúdo. Isto quer dizer neste contexto que não é possível determinar com exatidão a “representatividade” dos casos apresentados, a sua “tipicidade” ou o grau de validade da interpretação dos casos para uma generalização teórica irrefutável. O mesmo decorre também da necessidade de apresentar o material analisado de uma forma que não seja repetitiva ou aleatória, sem ser também – como numa colheita de

morangos – uma escolha tendenciosa daquilo que melhor confirma as hipóteses da pesquisa.

Ainda assim, a pesquisa busca trabalhar em uma perspectiva institucional, preocupada com a concretização e com a prática do direito e do governo. Desta forma, como explicou Hespanha “quem quiser fazer a história das instituições jurídicas como a vida real as conhece [...] tem que se preocupar, sobretudo, com os resultados da prática jurídica concreta, com essa massa de fenômenos jurídicos todos os dias repetidos (contratos, sentenças, decisões administrativas, pareceres doutrinários e forenses, intervenções parlamentares, etc.)” (1982, p. 20). A análise dos avisos não só como “fontes jurídicas”, mas com parte integral do direito praticado naquele período, se mostra útil na medida em que “é a este nível que se manifesta uma série de traços institucionais que, ao nível legislativo, passam despercebidos” (HESPANHA, 1982, p. 20).

Ao analisar a historiografia jurídica inglesa, Dodd (2008) destacou que a mesma tenderia a enfatizar as decisões de caráter geral, as petições, as leis e as decisões que estabeleceram os precedentes e que formaram a história constitucional do país. É preciso lembrar, no entanto, que tais precedentes que estabelecem os monumentos para a história constitucional, as decisões gerais e os grandes atos do governo, que concentram a atenção da historiografia, fizeram parte de uma fração relativamente pequena da prática do governo. Neste sentido, o estudo dos avisos aponta para a direção da prática política e jurídica do governo não em suas maiores e mais marcantes obras, mas na sua atividade regular e predominante. Por outro lado, a pesquisa pode oferecer somente resultados limitados pelas características das suas fontes. As fontes permitem ver o montante de pequenos casos que assinalavam o Direito público colocado em prática, mas não explicitam os eventuais conflitos ou divergências internas, propositalmente omitidos pela redação oficial.

Tomando-se por base a publicação das coletâneas de leis, decretos e decisões do governo pela tipografia nacional durante o Império, acessível no acervo da biblioteca digital da Câmara dos Deputados do Brasil, é possível encontrar os avisos na categoria “decisões do governo”. Nestas coletâneas, no entanto, as “decisões” geralmente não eram intituladas pelo nome dos diversos instrumentos do governo - “aviso”, “portaria”, “resolução”, “instrução” – todos eram publicados em um tomo e identificados pela origem – “Justiça”, “Guerra”, “Fazenda”, “Império” – e assunto. Em parte, isto aponta para a indiferença prática destas diversas denominações e também para a definição mais simples de que o aviso é uma “decisão do governo”. Ainda assim é possível identificar a

frequente menção aos avisos, inclusive como forma de vincular uma “decisão” (o aviso) a avisos anteriores.

O número de avisos relativos à época da regência nas coletâneas variava consideravelmente. Em relação ao de 1833 foram publicadas 812 decisões do governo, enquanto que para o ano de 1839 seriam publicadas apenas 56 decisões. A partir de 1839 haveria um aumento perfeitamente gradual e consistente no número de avisos registrados. O gráfico 1 mostra o número de decisões do governo publicadas de acordo com o ano de sua expedição. Pode-se observar a inconsistência no número de decisões publicadas relativas à década de 1830 e o padrão crescente formado durante a década de 1840.

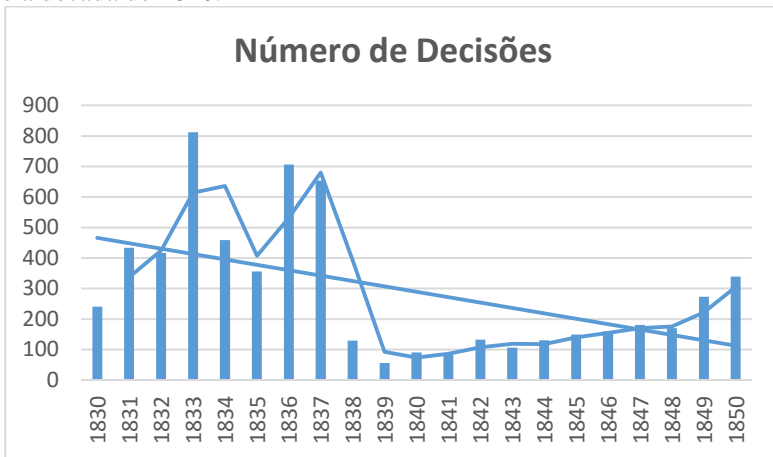


Gráfico 1: Número de decisões de acordo com o ano das decisões.

Fonte: produção própria.

A mudança drástica no número de decisões do governo publicadas nas coletâneas sobre aqueles anos, no entanto, não se refere a uma mudança clara no padrão de comportamento do governo durante o período regencial. O fato de que até o ano de 1837 haveria mais decisões presentes nas coletâneas e de que o mesmo número é radicalmente menor em 1838 na verdade está relacionado com o início da publicação destas decisões na forma de coletânea. Seria a partir de 1838 que o governo passaria a publicar os seus avisos, portarias, etc., como “decisões” nas coletâneas de legislação do Império. A partir daí o aumento seria gradual e constante.

As decisões do governo expedidas em 1838 seriam publicadas no mesmo ano, mas as decisões tomadas em 1837 só seriam publicadas em 1861 e as anteriores ainda mais tarde, como é exposto na tabela 1:

Ano	Data da publicação	Número de Decisões
1830	1878	240
1831	1873	434
1832	1874	417
1833	1872	812
1834	1866	459
1835	1864	356
1836	1864	706
1837	1861	654
1838	1838	129
1839	1839	56
1840	1863	91
1841	1842	82
1842	1843	132
1843	1867	106
1844	1845	130
1845	1845	149
1846	1847	160
1847	1847	181
1848	1849	170
1849	1850	273
1850	1850	339

Tabela 1: Decisões do governo nas coletâneas de legislação do Império.

Fonte: produção própria.

Uma mudança significativa relacionada à publicação das decisões pelo governo pode ser identificada, portanto, com o aumento do número de decisões publicadas com o passar dos anos da publicação. Isto significa que haveria um aumento no número de decisões do governo tomadas na época da regência publicadas décadas depois do final da regência (1861, 1864, 1872 principalmente). Este aumento se mostraria consistente

também com o aumento do uso dos avisos como fonte jurídica nos livros de direito e códigos comentados naquele período posterior à regência.

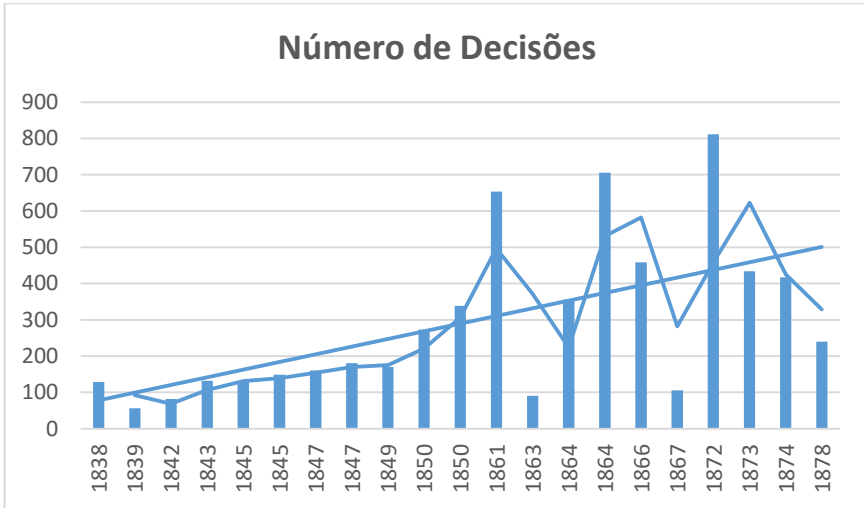


Gráfico 2: Número de decisões de acordo com o ano da publicação da coletânea

Fonte: produção própria.

### 5.1.2 A publicação das leis e a chancelaria do Império

As coletâneas de legislação da tipografia nacional do Império, como visto anteriormente, identificavam os avisos como parte das “decisões do governo”. As coletâneas iniciavam com os “atos do Poder legislativo” (leis, decretos e resoluções da Assembleia geral), seguidos dos decretos do Poder executivo e, finalmente, as decisões do governo (normalmente em um terceiro tomo/volume). Esta forma de organização era particular à esta coleção produzida pelo governo a partir da orientação dada por Bernardo Pereira de Vasconcelos em 1837.

As várias coletâneas organizadas por juristas no Império não seguiam qualquer divisão ou ordem entre os diferentes tipos normativos e exibiam a “legislação brasileira” como um misto sucessivo de leis, decretos, cartas de lei, avisos, portarias, dentre outros. Isto pode ser

identificado na *Collecção das Leis do Imperio do Brasil, desde a Independencia*, conhecida como a coleção de Ouro Preto, que tem o seu primeiro volume publicado em 1829 naquela cidade. Para o período anterior à independência haveria a consulta também à *Collecção das leis brasileiras: desde a chegada da corte ate a epoca da independencia, 1808-1810*, publicada em Ouro Preto em 1834.

O mesmo pode ser identificado na coleção Legislação Brasileira, ou collecção chronologica das leis, decretos, resoluções de consulta, provisões, etc, do império do Brazil, seria publicada por Nabuco de Araújo entre 1836 e 1844, em sete tomos, mas abarcando somente a normas expedidas entre 1808 e 1831<sup>99</sup>. Nesta coletânea, Nabuco de Araújo mencionava que havia feito uma pesquisa extensa para a obra, que trazia “além do que se acha publicado nas melhores collecções, para mais de duas mil peças inéditas”.

Além da coletânea de Nabuco de Araújo, outra obra importante que estaria disponível para a consulta na época da regência seria a *Collecção das leis e decretos o Imperio do Brasil, desde a feliz época da sua independência: obra dedicada à Assembleia Legislativa; precedida por hum discurso preliminar, e terminada por huma taboa alfabética, e arrosoada, por MM. \*\*\*.[sic.]*, publicada no Rio de Janeiro em 1827. A obra dividia a sua exposição em duas “épocas” sucessivas, a primeira da independência até a instauração da primeira legislatura e a segunda a partir do início dos trabalhos do Poder legislativo. A legislação da “primeira época” era quase totalmente composta de decretos do imperador, acompanhados por declarações, resoluções, instruções, editais e alvarás.

Naquele período ainda muito inicial dos trabalhos da primeira legislatura os “decretos” do imperador cobriam não só o “vazio” legislativo dos primeiros anos da independência, mas concorriam diretamente com os atos do Poder legislativo, como era típico dos alvarás e decretos perante a legislação do Antigo Regime. Naquele contexto, o imperador legislava, não somente como Chefe do poder executivo, mas como um legítimo “representante” da nação. Ao arrogar para si este papel de “representante da nação”, além de “defensor perpétuo” do país, sem qualquer definição precisa do que consistiria a tal representação, o

---

<sup>99</sup> Original disponibilizado gentilmente pela biblioteca do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro (IHGB) durante a pesquisa. A mesma obra, em versão digitalizada, pode ser acessada na biblioteca digital do Senado brasileiro, junto com outras coletâneas no setor de “obras raras” (<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/227320>).

governante apelava para uma forma de governo peculiar e ainda muito distante do eventual modelo parlamentar de governo.

Neste sentido, a Constituição imperial outorgada por D. Pedro I. estaria imbuída das mesmas concepções políticas representadas depois na Carta Constitucional portuguesa de 1826, sobre a qual explicou Hespanha (2012):

A *Carta* foi uma das poucas constituições oitocentistas que se afastou da clássica tripartição de poderes. Partindo do princípio de que “a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias” (art.º 10), a *Carta* estabelece quatro poderes (o legislativo, o moderador, o executivo e o judicial), dos quais um (o moderador) é definido como “a chave de toda a organização política” (art.º 71) e todos menos um (o judicial) estão nas mãos dos “representantes da Nação portuguesa” (“o rei e as cortes gerais”, art.º 12). Da combinação de todas estas declarações resulta uma hierarquia entre poderes, na qual o moderador parece ter a primazia, embora a *Carta*, ao definir o Rei e as Cortes como representantes da Nação, pareça optar pela categoria dos regimes representativos, ou seja, aqueles que, em virtude de a soberania residir na Nação, só os *representantes da Nação* podiam exercer os supremos poderes do Estado. Tudo está, porém, em saber o que é que se entendia por “representação” e, isso, a *Carta* não o diz. Mas, ao incluir o rei entre os representantes da Nação, diz o suficiente para se concluir que não estabelece um regime parlamentar, ou seja, um regime em que toda a representação política se concentre no parlamento e em que, portanto, todos os outros poderes se lhe devam subordinar (2012).

Os novos elementos do constitucionalismo liberal estavam sendo, neste período, assimilados em conjunto com as concepções tradicionais que reforçavam a predominância do monarca perante as instituições políticas do Estado. Estas concepções seriam ainda reforçadas pelo impressionante sucesso do *Imperador* Napoleão Bonaparte, admirado secretamente por muitos dos seus inimigos, como o Imperador D. Pedro



I. Como pode ser identificado nas fontes, primeiros anos da independência os decretos e alvarás tinham ainda o seu registro na Secretaria da Mesa do Desembargo do Paço, reproduzindo o costume Português – de origens medievais – do registro das leis da Coroa pelos tribunais do Reino. O cargo de chanceler-mór do Império existiria até a sua abolição ao final do primeiro reinado, por uma lei de 4 de dezembro de 1830 (existem outras leis com esta mesma data). Por esta lei, “ficam abolidos os registros das Leis, Offícios, e Mercês; e os das Cartas, e Alvarás, que se faziam na Chancellaria-mór” (art. 12). Aqui também existiria um paralelo com a situação em Portugal, pois no novo regime constitucional

Todavia, aparentemente desaparecem mecanismos jurídicos de controlo da jurisdição das leis e do governo, tal como tinham existido no Antigo Regime; em Portugal, o Chanceler-mor do Reino desempenhava essa função, semelhante à dos Parlements, em França. Pode-se dizer – e foi-o dito – que, agora, o rei, ao exercer o poder de veto em relação às leis votadas nas Cortes, se substituíra ao Chanceler. Foi esta, na verdade, uma das leituras do veto real – a de um controle da constitucionalidade das leis parlamentares (HESPANHA, 2012).

A posição proeminente do Imperador como “guardião da Constituição” estaria presente, portanto, na formação do constitucionalismo luso-brasileiro. No Brasil, no entanto, esta “prerrogativa” passaria em parte para o Ministério da Justiça. A publicação das leis, antes à cargo da Chancelaria-mór, passaria a ser feita “nas Secretarias de Estado respectivas pelos seus Officiaes Maiores, os quaes remetterão aos Presidentes das Provincias os exemplares dellas, que devem ser distribuidos pelas Camaras Municipaes, e mais Autoridades, remettendo directamente os que devem ser distribuidos pelas Camaras Municipaes [...]” (art. 3º). Ainda pela lei de 4 de dezembro de 1830, passariam “para a Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, o grande e o pequeno sello; e o Ministro e Secretario de Estado desta Repartição fica sendo o Chanceller do Imperio” (art. 5º). O ministro da justiça daria continuidade, assim, à tradição institucional herdada do Antigo regime, e assumiria o papel de Chanceler do Império.

### 5.1.3 Continuidade das fórmulas nos alvarás e cartas de lei

Parte daquela continuidade representada nas instituições e na linguagem apareceriam, ainda que precedidas de novas fórmulas. As camadas de conceitos sobrepostas na linguagem jurídica e política do Império se mostravam de forma peculiar nos alvarás dos primeiros anos da independência. Estes mantinham a mesma estrutura, mas com um novo título: “Eu o Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Imperio do Brasil, faço saber aos que este Alvará virem”. O alvará, que criava dois juízes ordinários para a Vila de São João da Cachoeira (Rio Grande do Sul), terminaria com as mesmas fórmulas do absolutismo do Antigo Regime:

mando á Mesa do Desembargo do Paço, e da Consciencia e Ordens, Presidente do Thesouro Publico, Regedor das Justiças [...] e quaisquer outras pessoas, a quem o conhecimento deste Alvará pertencer, o cumprão, e guardem, e fação cumprir, e guardar, como nelle se contem, sem duvida, ou embargo algum. E valerá como Carta passada pela Chancellaria, posto que por ella não há de passar, e o seu efeito haja de durar mais d’hum anno, não obstante a Ordenação em contrario.

Dado no Rio de Janeiro aos dezenove de dezembro de mil oitocentos e vinte dous, primeiro da Independencia, e do Imperio.

O que é peculiar na redação do alvará de 1822 é a marcante continuidade no uso das antigas fórmulas *ex certa scientia* e *non obstante*, necessárias para afastar o direito comum e afirmar a *plenitudo potestatis* do monarca absoluto em um contexto totalmente desnecessário. Não haveria perigo da criação de um ofício de juiz ordinário em uma vila de interior ser contestada nos termos de uma violação do direito comum, de uma contrariedade com a interpretação dos juristas, ou ainda das regras formais de validade de um alvará. Mas é certo que aqueles elementos inicialmente considerados como excepcionais e extraordinários – indispensáveis para legitimar a *potestas legislativa* da Coroa – passariam a integrar a redação cotidiana e oficial das normas produzidas pelo monarca português até mesmo no século XIX.

Seria por um “Alvará de regimento”, registrado na Secretaria de Estado dos Negocios da Marinha em 2 de janeiro de 1823, que D. Pedro I iria autorizar o armamento de corsários brasileiros e estrangeiros em resposta aos ataques que o governo português promovia por ser instigação do “seu demagógico Congresso”. Neste contexto o alvará ainda teria características equivalentes a um decreto, funcionando como uma lei oriunda do Poder executivo.

Outro tipo normativo essencial ao absolutismo e herdado do Antigo Regime seria a “carta de lei” expedida pelo monarca. Em Portugal, seria pela Carta de Lei de 15 de novembro de 1825, publicada no Diário Fluminense de 2 de Janeiro de 1826, que D. João concederia efetivamente a independência do Brasil, em benefício de D. Pedro I. Ainda assim, na carta de lei, o rei de Portugal arrogava para si o título de imperador do Brasil, afirmando que

em taes circunstancias, Sou Servido assumir o Titulo de Imperador do Brasil, Reconhecendo o dito Meu sobre todos muito Amado e Presado Filho D. Pedro de Alcantara, Principe Real de Portugal, e Algarves, com o mesmo Titulo tambem de Imperador, e o exercicio da Soberania em todo o Imperio.

Aquelas fórmulas utilizadas para legitimar o uso dos alvarás se faria presente também nas cartas de lei, seguindo a tradição legislativa da Coroa, nos dizeres: “e esta [Carta de Lei], que desde já vai assignada com o Titulo de Imperador, e Rei com Guarda se cumprirá tão inteiramente como nella se contém, sem duvida ou embargo algum, qualquer que elle seja”. Ao final, como era costumeiro e necessário perante a administração complexa do Estado no Antigo Regime, a carta de lei precisava ser endereçada a todas as autoridades do reino, que deveriam reafirmar os poderes reais:

[...] a quem, e aos quaes o conhecimento desta, em quaisquer casos pertencer que a cumprão, guardam, e facão inteira, e litteralmente cumprir, e guardar como nella se contém, **sem hesitações, ou interpretações**, que alterem as disposições della, **não obstante** quaesquer Leis, Regimentos, Alvarás, Cartas Regias, Assentos, intitulados de Cortes , Disposições, ou Estillos, que em contrario se tenham passado, ou introduzido; porque todos, e

todas **de Meu Moto Proprio, Certa Sciencia, Poder Real, Pleno, e Supremo**, Derogo e Hei por Derogados, como se deles fizesse especial menção em todas as suas partes, **não obstante** a Ordenação, que o contrario determina, a qual tambem Derogo para esse effeito sómente, ficando aliás sempre em seu vigor (*grifo nosso*).

Novamente seria notável a continuidade no estilo e na prática legislativa da Coroa durante os anos de 1820. No Brasil, as cartas de lei também seriam usadas como medidas legislativas expedidas pelo monarca, enquanto detentor de um poder legislativo genérico, durante o primeiro reinado. Esta prática iria se transformar durante a regência, e, a partir daí, as cartas de lei passariam a ser utilizadas como instrumentos de confirmação dos atos do Poder legislativo, mandando dar execução à lei aprovada e merecedora da sanção imperial. Assim, a redação das cartas de lei mudaria completamente a partir da regência, apontando para a formação de um sistema parlamentar melhor estruturado, seguindo agora a fórmula: “Carta de Lei pela qual Vossa Magestade Imperial Manda executar o Decreto da Assembléa Geral Legislativa, que Houve por bem Sancionar”.

#### 5.1.4 Decretos, resoluções, instruções e portarias

Em 1838, a Coleção das leis do império contaria com 129 decisões do governo ao lado de 62 decretos do Poder executivo. Os temas mais recorrentes dos decretos do chefe do Poder executivo publicados naquele ano se referiam à autorização de pagamentos pelo governo a particulares, na forma de pensões (20), de aposentadorias (6) e de tenças (5). Os decretos do governo frequentemente abordavam matérias concretas, dando sequência a decisões tomadas no âmbito do legislativo, como o decreto de 15 de junho de 1838, que mandava executar a resolução já tomada pela Assembleia geral sobre a naturalização de um estrangeiro. Naquele ano aparecem somente dois decretos sobre naturalização de estrangeiros e lado de três voltados à autorização para o estabelecimento de loterias.

A relação entre o governo central e o provincial também transparecia no conteúdo dos decretos. O decreto de 19 de outubro de 1838 aprovava uma resolução da Assembleia da província de São Paulo

que concedia privilégio para a construção de uma ferrovia. Também era por meio de decreto, de 24 de outubro de 1838, que o governo autorizava o exército a “observar as leis militares aplicáveis aos tempos de guerra nos casos de rebelião”.

Apresentando já uma distinção material em relação aos decretos do Antigo Regime, os decretos expedidos pelo governo ao longo da regência iriam se conformar de forma mais consistente com aquela atribuição constitucional regulamentar das atividades do Poder executivo. Os decretos que instituíam regulamentos para a Administração apareceriam ainda inseridos em meio àquele conjunto de normas plurais infralegais. Enquanto a assinatura do decreto cabia ao chefe do Poder executivo, ou seu representante, as “resoluções” poderiam ser assinadas diretamente pelos ministros e secretários de Estado, no exercício daquela mesma atribuição regulamentar.

Quando presidente do Tesouro nacional, Bernardo Pereira de Vascoelos emitira uma resolução “para melhor execução do Artigo 64 da Lei de 15 de Novembro de 1831”, de 14 de janeiro de 1832, estabelecendo regras detalhadas para a coletoria dos impostos do governo central, acompanhada de modelos para toda a documentação relevante para os procedimentos fiscais. Os impostos tratados pelo regulamento eram as “sizas” e a “meia siza”, o “imposto dos botequins e tabernas”, a “taxa de legados e heranças” e o “imposto denominado do Banco”. À exceção do imposto dos botequins, todos impostos tratados pelo regulamento já haviam sido instituídos por alvarás anteriores à independência

No sistema tributário, parte essencial para a manutenção do governo, havia uma continuidade notória quanto às normas aplicáveis e as práticas cotidianas. A maioria absoluta das normas que definiam a incidência dos impostos, as exceções e as regras sobre a sua cobrança consistiam em alvarás, portarias e avisos, muitas vezes expedidos durante o período joanino, ou ainda antes. A continuidade ficava evidente na maneira tradicional de remuneração dos ofícios de fazenda. O artigo 37 da resolução determinava que, como pagamento pelas cobranças e pela fiscalização, os coletores e escrivães teriam direito a “cinco por cento de tudo quanto entregarem nos Cofres geraes da Fazenda Nacional”.

A fiscalidade do Estado andava lado-a-lado com a patrimonialidade dos ofícios públicos e o novo regime constitucional, em vez de burocratizar o sistema, tendia a garantir o “direito dos proprietários”, ainda que de forma inconsistente. Neste sentido, o decreto de 19 de junho de 1838 autorizava o governo “a indemnizar ao cidadão Francisco Antonio Soares, do ordenado do Emprego, que perdera, de

Official da Secretaria de Estado dos Negocios da Guerra, do Reino de Portugal, que perdeu por ocasião da Independência do Brasil”. Situações semelhantes sobre a indenização dos “proprietários de officios” seriam comuns nos debates do legislativo e no Conselho de Estado, como já tratado em outro lugar<sup>100</sup>.

Ao lado dos decretos e das resoluções, o governo também usaria de forma mais consistente aquele poder regulamentar na expedição das “instruções”. Assim, em 13 de dezembro de 1832<sup>101</sup>, o ministro da justiça, Honório Hermeto Carneiro Leão, emitiria as “Instrucções para a execução do Codigo do Processo Criminal”, com 46 artigos, explicando a forma de divisão dos distritos pelas Câmaras municipais, os detalhes dos procedimentos de eleições para juizes de paz e de escrivães e criando ainda regras especiais para o município da Corte.

Outro instrumento normativo que cabia propriamente aos ministros e secretários de Estado era a portaria. Por meio de portarias os ministros poderiam resolver controvérsias e responder a questões levadas à atenção do governo. Neste sentido, a portaria de 30 de abril de 1832<sup>102</sup>, assinada por Feijó enquanto ministro da Justiça, declarava

à Camara Municipal da Villa de S. João de Macahe, em resposta ao seu Officio de 4 de Fevereiro último, que nem o Juiz de Paz do Districto de Nossa Senhora das Neves he pessoalmente responsável pela indemnização da quantia, que referida Camara adiantou dos seus cofres, para o assalto dos quilombos; nem como Juiz lhe compete mais que deferir ao que lhe requerer o Procurador para a cobrança do que deverem os Senhores dos escravos, e julgar como for de direito, e em conformidade das Posturas; devendo por tanto a mesma Camara activar o seu Procurador no desempenho dos seus deveres.

---

<sup>100</sup> COELHO, Fernando N. M. **A passagem do conceito de officio ao de cargo público no direito público do Brasil Império**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2012.

<sup>101</sup> Disponível na Collecção das Leis do Imperio do Brasil, desde a Independencia. 1832 e 1833. Volume IV. Ouro Preto: Typografia de Silva, 1833.

<sup>102</sup> Disponível também na Collecção das Leis do Imperio do Brasil, desde a Independencia. 1832 e 1833. Volume IV. Ouro Preto: Typografia de Silva, 1833.

Através daquela portaria, o governo explicava que não iria assumir o pagamento de indenizações aos particulares que organizavam expedições de assalto aos quilombolas, em contrariedade com a decisão das autoridades subordinadas. As portarias frequentemente ressaltavam aquela relação hierárquica entre as autoridades periféricas e os ministérios, servindo como um instrumento de disciplinamento centralizado sobre os agentes de uma Administração largamente descentralizada.

Pelas características mencionadas acima, as portarias muitas vezes se confundiam com os avisos. O aviso do ministério da Justiça podia ser utilizado pelo Ministro para anular ou alterar as decisões de sentenças judiciais, o que poderia se justificar não como uma violação da liberdade individual por ausência de independência judicial, mas como uma forma de combate às “arbitrariedades” dos juízes em defesa dos indivíduos. Desta forma, o aviso de 4 de janeiro de 1832 apontava para a existência de sentenças condenatórias em desconformidade com o Código Criminal, demandando, "para que os Subditos do Imperio não sejam oprimidos arbitrariamente", a reversão de tais sentenças pelos juízes que as proferiram.

Outros avisos serviam também para impedir alterações nas regras processuais em prejuízo dos particulares, como no caso do aviso de 24 de janeiro de 1832. Neste aviso, Feijó responderia a uma situação peculiar em que um juiz criminal assume a conduta de um processo depois de os réus terem dado o primeiro juiz por suspeito. O novo juiz chamaria os réus e o juiz suspeito para uma audiência de conciliação, ao que o ministro Feijó precisaria explicar

que não sendo a suspeição objeto de demanda, mas hum recurso dado pela Lei contra os Juizes suspeitos, não tem lugar a precedência de conciliação; e que ficando Vm. Inteirado disso, se deve abster para o futuro de procedimento semelhante por ser até contrario à Ord. Do Liv. 3º Tit. 8, e a do Tit. 9 in principio.

## 5.2 Disputa entre dois polos de poder: Executivo e Legislativo

### 5.2.1 Lei orçamentária como forma de controle parlamentar do Executivo

Mesmo antes da regência, as primeiras legislaturas vinham assumindo uma postura liberal de oposição ao Poder Executivo, organizando-se no sentido de garantir o predomínio da Assembleia no controle financeiro do Império. A disputa sobre a autonomia fiscal do Executivo já transparecia na discussão da lei orçamentária no Senado, registrada na sessão de 10 de setembro de 1830. O senador Visconde de Alcantara iniciava a sua análise da lei orçamentária argumentando que a Constituição não consentiria "que um dos poderes queira espoliar o outro", denunciando que a Assembleia tentava restringir a atribuição que o Poder Executivo teria de aplicar a soma do orçamento aprovado "como melhor entender". Seguindo a linha de defesa do governo contra as restrições parlamentares, o senador caracterizava como ilegítima a supressão de despesas eventuais do Conselho de Estado e do Gabinete do Imperador – assinalando um prenúncio da política liberal da regência – e denunciando também os cortes com o financiamento da obra do Visconde de Cairu sobre a história do Brasil. Sobre a despesa do governo, o Visconde de Alcântara argumentava que “a Nação é obrigada a dar os meios necessários para ella” (SENADO, 1830).

Na sequência do debate, o próprio Visconde de Cairu dir-se-ia admirado que a Assembleia, diante da “Constituição fundada no liberal systema politico de Inglaterra”, não seguia a prática da legislatura daquele país, segundo a qual os representantes deveriam passar um “voto de credito ao Ministro em grande somma, para as despesas, de que não é obrigado a dar conta”. Ao adotar a postura contrária, o legislativo estaria colocando o Chefe do Poder Executivo – e todo o Império – em descrédito.

Na posição contrária, defendendo o espírito da lei orçamentária, o senador Vergueiro argumentava que o governo deveria gastar as quantias determinadas nas repartições e objetos deliberados pelo legislativo, pois “a Representação Nacional quer que se gaste tanto neste objeto, tanto naquele: por isso não vejo razão alguma para se deixar de especificar nesta lei”. Vergueiro argumentava ainda que o país precisava fazer economias e, assim como a Inglaterra, faria isto reduzindo as despesas –



mesmo despesas aparentemente pequenas, como o salário do escriturário de Cairu, para a escrita da história do Brasil. Desta forma seguia o Senador de São Paulo:

Ora debaixo destes princípios examinemos esta despeza. Está estabelecida por Lei? Não; logo não pôde continuar; mas diz-se: a Nação se negará a escrever a Historia do Brazil? Ora as historias de todas as Nações estão escriptas sem as Nações a mandarem escrever, e não se pôde mesmo esperar uma história Imparcial, escripta debaixo da proteção do Governo (SENADO, 1830).

Vergueiro concluía ainda apontando para o descabimento de uma dotação orçamentária grande para “despesas eventuais”, negando o seu carácter discricionário e afirmando que o governo precisava justificar quaisquer despesas eventuais com o pedido de créditos suplementares. Diante da réplica irritada do Visconde de Cairu, o senador Vergueiro defendia o corte de despesas supérfluas, dizendo que “é preciso cortar os males que ameaçam o Imperio; as finanças têm sido a causa da ruína de muitos Estados, e no Brazil pôde vir a ser se não fizermos que a receita exceda á despeza” (SENADO, 1830).

Na discussão, o Marques de Barbacena afirmava que se deveria respeitar a Constituição “até mesmo nos seus defeitos” e, por isto, não devia a Assembleia retirar a discricionariedade do Poder Executivos em suas despesas.

Em seguida seriam discutidas ainda outras supressões apresentadas pela lei orçamentária aos gastos do governo. Um caso importante se referia ao ordenado de um empregado – diretor do Jardim Botânico – que tinha seus vencimentos estabelecidos por um decreto do governo e os legisladores buscavam revogar a despesa pela lei orçamentária. Visconde de Alcântara se posicionava imediatamente contrário à supressão, alegando que a Assembleia não teria autoridade constitucional para suprimir um ordenado pela lei de orçamento, cabendo-lhe tratar das despesas anuais gerais.

O senador Vergueiro novamente se opunha à posição do governo, argumentando que a lei do orçamento seria uma lei ordinária, capaz de revogar quaisquer outras leis anteriores e apontando ainda para a aparente inexistência da lei que dispunha sobre o ordenado. Seguindo esta argumentação, o senador Borges afirmava que o ordenado “não foi taxado pelo Corpo Legislativo”, e que “a Lei em que se escora poderá ser um

Decreto de nomeação”. Desta forma, o senador questionava se o governo poderia fixar uma despesa através de um decreto próprio, concluindo que “o Governo não o podia fazer, porque dependia da Assembleia; e por consequência obrou neste caso por uma via de facto”. Em resposta à argumentação jurídica dos senadores Vergueiro e Borges, o Visconde de Cairu avisava que diante da complexidade do cargo e da economia política necessária para calcular o ordenado “não se deve pois metaphysicar sobre o ordenado ajustado”. Em outras palavras, Cairu defendia a tese de que os parlamentares não possuíam o conhecimento e a experiência específica necessária para avaliar o mérito das decisões próprias do Poder executivo, inclusive o detalhamento de suas despesas.

Outro ponto da lei orçamentária que sofreu emenda dos senadores foi a supressão de despesas de expediente do Ministério da Guerra. O Senador Saturnino lembrava que a despesa de expediente se referia a “papel, penas, etc., o que é necessário quando se tem de expedir certos diplomas e avisos. Ora, creio que estas despesas não estão fixadas por lei [...] então não de diminuir-se os Avisos?”. Assim, o Senador exemplificava o papel dos avisos no expediente regular do governo: “para se pagar um oficial é necessário um aviso á Thesouraria para pagar e outro ao Commandante para mandar receber”. Contra este argumento, o senador Borges insistia que o governo deveria especificar com exatidão os gatos com papel, utensílios e correios, pois “basta o defeito de virem englobadas estas despesas, para que seja justa a redução que se faz”.

Em sintonia com o peso daquele ministério no orçamento do Estado, o senador Saturnino justificava que “o expediente da Secretaria da Guerra deve ser muito maior do que o de outra qualquer”. Isto se dava não somente pela importância da atividade militar, mas também pela complexidade burocrática particular àquela secretaria. Para isto, o senador citava como exemplo: “pede licença um Official para vir estudar na Academia, são necessários sete avisos”.

Toda aquela burocracia institucional, medida à base do volume de avisos expedidos pela secretaria, seria criticada duramente pelo senador Borges, que responderia: “Disse mais o nobre Senador que ás vezes são necessários sete Avisos, e todos indispensáveis. Destes efeitos está carregada a nossa administração, e tudo o que é aumentar entidades sem necessidade, é abuso”. Nem todos, no entanto viam o grande volume de avisos como um abuso ou uma característica de má gestão do expediente. Ao comentar sua passagem pela pasta da Guerra e sua experiência na pasta da Marinha, o Marquês do Paranaguá lembrava que “não se pode negar que o expediente é muito grande [...] pois que há alguns objectos em que são precisos oito ou dez Avisos; por exemplo, um Conselho de

Guerra em Marinha precisa de oito Avisos para um só objeto, quem está dentro é que vê os embaraços e grandes complicações que há”.

Adiante o senador Borges continuaria com as suas críticas aos gastos do governo: “O Governo afiançou o anno passado que não aumentaria despeza (não fez nisso algum favor); consequentemente o Ministro, que lhe succedeu, e que fez tal alteração, usurpou a Jurisdição do Corpo Legislativo”. O senador Borges apoiava uma emenda para suprimir os aumentos feitos aos vencimentos dos oficiais da Secretaria do Quartel-General, feitos por meio de uma resolução do governo. Aqui, novamente, seria possível observar a concorrência e o conflito entre os diferentes instrumentos do Poder executivo e aqueles do Poder legislativo. Através do regulamento, o executivo teria usurpado a “Jurisdição do Corpo Legislativo”, na visão do senador.

A situação política de oposição liberal ao governo iria mudar rapidamente após a abdicação, mas os conflitos entre aquelas diferentes “normas jurídicas” não seriam plenamente resolvidos. O Senador Borges seria nomeado pela regência como ministro da Fazenda em 1831. Em seu relatório de ministro da fazenda, Borges apresentaria o balanço das finanças do Império em 1831 com um superávit do ano orçamentário de 1829-1830 de mais de dois milhões e meio de contos de réis, mas o orçamento superavitário não conseguiria ser sustentado ao longo dos difíceis anos da regência e os empréstimos captados em Londres ganhariam mais importância no orçamento do governo.

## 5.2.2 A autonomia das atribuições do Executivo na regência

Os Anais do Senado de 1834 seriam particularmente indicativos do conflito interno existente no legislativo durante a regência. Neste ano o Senado discutiu reformas no sistema financeiro nacional, pela regulação dos bancos e a emissão do papel moeda. A “obra da descentralização” transparecia no Senado, com a apreciação da lei que regulava as atribuições dos presidentes de província e, principalmente, com o seu afastamento da discussão sobre o Ato Adicional. Este último ponto foi objeto de longa discussão no Senado, pois parte dos senadores julgava que a reforma da Constituição sem a aprovação do Senado seria ilegal. Ao final seria reconhecido o direito privativo dos deputados, especialmente autorizados para a reforma da constituição, mas não antes que fossem registrados os protestos de Cairu, que negava a legitimidade da reforma passada sem a apreciação do Senado.

Na sessão de 29 de maio de 1835, entrou em discussão no Senado uma “resolução vinda da outra Câmara [dos deputados] concedendo anistia às Províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais”. Os deputados haviam deliberado pela anistia geral dos opositores políticos naquelas duas províncias, exercendo pela via legislativa um poder tradicionalmente associado às prerrogativas monárquicas. Diante deste “avanço” dos deputados, os senadores iriam apresentar posicionamentos divergentes.

Diante da anistia movida pela Câmara, o senador Paula Souza afirmaria

que o poder de anistiar não deve competir ao Poder Legislativo, porém sim ao Executivo: que para o Poder Legislativo tal determinar, era preciso se dessem as circunstâncias que a Constituição exige, que são: Caso urgente, e quando o pedir o bem da humanidade e tranqüilidade pública: casos estes, que não podem ser bem conhecidos e pesados pelo Poder Legislativo, porém sim pelo Poder Executivo; que sendo pois ainda hoje esta a sua opinião, para a modificar necessitava ser informado de, se se dão as circunstâncias que a Constituição exige, para o que julgava mais conveniente que o Governo fosse ouvido por escrito (SENADO, 1835).

Segundo a ata da sessão, o senador entendia que o poder de anistiar devia ser de competência do Poder executivo porque os casos determinados que justificavam a anistia precisariam ser avaliados pelo governo. No entanto, o senador dava a entender que, sendo ouvido o governo em sua avaliação da situação, não haveria uma ofensa à Constituição caso a anistia ocorresse pela via legislativa.

A oposição mais clara à medida tomada pelos legisladores viria agora do senador Borges, que ocupava a pasta de ministro do Império e argumentaria

que em nenhum publicista tinha achado a idéia de que conviesse o ser o Corpo Legislativo quem concede anistia, querendo porém que essa atribuição seja do poder executivo, no que concordava por julgar, e mesmo estar persuadido que é ele quem pode ter mais prévio conhecimento da necessidade, utilidade, e aplicação de uma anistia (SENADO, 1835).

Outra linha de argumentação seria apresentada pelo senador Albuquerque, que considerava a anistia a manifestação de um poder de suspender a lei, coisa que só poderia ser atribuída ao Poder legislativo. De acordo com os anais do Senado:

O Sr. Albuquerque pronunciou-se pela anistia no sentido da resolução, fundado em que a humanidade pede que ela seja concedida, e contrariou a emenda fundado em que sendo um ato tal, como o da concessão da anistia, a suspensão das leis, e competindo esta atribuição ao Corpo Legislativo, de nenhum modo podia tal atribuição ser concedida ao Poder Executivo (SENADO, 1835).

Já o senador Feijó, que havia renunciado ao Ministério da justiça “por falta de leis apropriadas” para impor a ordem ao país e que seria eleito regente naquele mesmo ano de 1835, assumiria uma posição radical contra a anistia legislativa:

O Sr. Feijó disse não esperar que a Assembléia se ocupasse de concorrer para a impunidade, quando todos lastimavam o estado lamentável a que estava reduzido o Brasil pela falta de segurança e tranqüilidade pública: notou que a matéria sendo de importância não produzia benefício algum, além de ser contrária à Constituição, e aos princípios de justiça universal: que o Corpo Legislativo não devia dar exemplo de se violar a Constituição, pois a dá-lo era querer que todos a violassem e não estivessem pelas decisões do Corpo Legislativo, porque a mesma Constituição marca os casos em que a anistia deve ser concedida: produziu muitos outros argumentos sustentando a sua opinião, e concluiu votando contra a anistia (SENADO, 1835).

Conservadores ou liberais, é aparente que a autonomia das atribuições do Poder executivo passaria a ser defendida contra a interferência dos demais parlamentares por aqueles que assumiam as

posições no governo da regência. O mesmo transpareceria na sessão do senado de 23 de julho de 1835. Naquela sessão os legisladores discutiam as razões do governo ao negar sanção a um ato do Poder legislativo que mandava o governo pagar o soldo a um coronel reformado.

Diante da deliberação do Poder legislativo sobre a matéria envolvendo a Administração, o senador Vergueiro, que já havia composto a regência provisória e ocupado o Ministério da fazenda e do Império durante a regência, iria defender o veto do Poder executivo como uma forma de controle de constitucionalidade da resolução legislativa que violava as suas atribuições. Assim, o parlamento poderia exigir a responsabilização de um ministro, mas nunca invadir a competência do Poder executivo:

O Sr. Vergueiro considerou a resolução como anticonstitucional, porque ela ia coactar as atribuições do Poder Executivo, por à Assembléia não pertencer o emendar as decisões do Poder Executivo, cuja razão simplesmente bastaria para ser a resolução rejeitada, independente das razões apresentadas, as quais eram dignas de alguma consideração; se porém o governo tivesse errado, havia o meio de se responsabilizar o ministro que tal ato errado praticasse, etc., mas nunca por modo algum convinha que o Corpo Legislativo usurpasse as outras atribuições que a outro poder competiam (SENADO, 1835).

Contrário ao argumento em prol da autonomia do Poder executivo em suas atribuições, o Marquês de Caravelas iria defender a tese de que os poderes não poderiam ser considerados independentes, sob pena de se tornar impossível de se fazer cumprir a Constituição. Para o senador, a relação entre os poderes deveria ser correção mútua, para que não houvessem poderes absolutos no governo:

O Marquês de Caravellas combatendo ao nobre senador que se pronunciou contra a resolução, demonstrou que a Assembléia Geral não usurpava atribuição alguma do Poder Executivo, por ele ter o direito de reparar as injustiças e erros praticados pelos outros poderes, e a não ser assim, então a constituição do estado seria a mais imperfeita: notou que todos os artigos da constituição eram garantias dos direitos do cidadão (apoiado) e se

acaso a assembléia não tivesse o direito de emendar os males causados por outro poder, molestavam os cidadãos (apoiado) porque queixando-se à Assembléia Geral, como lhe permite a constituição, por uma injustiça que lhe fosse feita, e a assembléia lhe respondesse, não posso porque foi feita por Poder Independente, então dar-se-ia em lugar de existência de poderes livres, poderes absolutos por estar convencido da necessidade e conveniência que há de em governos livres não haver poderes políticos absolutos (SENADO, 1835).

Outra resolução da Assembleia geral que teria as suas disposições questionadas como uma possível violação das competências do Poder executivo apareceria em discussão no Senado na sessão de 20 de outubro de 1835. Nesta estava em discussão a resolução “que concede ao Brigadeiro Francisco de Lima e Silva, ex-Presidente da Regência, a pensão anual de quatro contos de réis, e ao Exmº Sr. Costa Carvalho a Grã Cruz da Ordem do Cruzeiro, em remuneração dos seus serviços” (SENADO, 1835).

Diante daquela proposta, o Marquês de Paranaguá se diria convencido de que a questão recaía no mérito próprio do Poder executivo e que o legislativo não deveria respeitar “aquelas atribuições que competem a cada um dos poderes políticos”. Respondendo aos senadores que apoiavam a proposta, o Marquês de Paranaguá lembrava que

a designação de quantia e pessoa não compete ao Corpo Legislativo, e sim ao Poder Executivo; que o governo foi quem designou a pensão de quatro contos de réis concedida ao cidadão José Bonifácio, não fazendo a outra Câmara outra coisa mais que aprovar; era prática constante da mesma Câmara o não emendar as quantias das remunerações, porém sim aprová-las, ou reprová-las (SENADO, 1835).

Também contrário à resolução, o Marquês de Barbacena diria mais claramente que

sem dúvida ao Governo pertence conceder remunerações de serviços, e quando pecuniários, dependem da aprovação da Assembléia Geral; mas não se segue daí que o Poder Legislativo quando entender que certos e determinados serviços

extraordinários são dignos de remuneração, de seu motu próprio possa decretar o prêmio que entender eles merecerem (SENADO, 1835).

### 5.2.3 A interpretação das leis pelo governo na regência

Uma prática que viria a ser muito criticada pelos liberais era a da confirmação pelo governo da “interpretação oficial” da lei através de avisos. O argumento contrário à interpretação do executivo através dos seus instrumentos normativos estava sempre à disposição, mas seria sistematicamente ignorado ou suprimido pelo governo, inclusive na regência.

Na edição de 24 de dezembro 1828 do Aurora Fluminense, o jornal denunciava a conduta do major José Gabriel de Moraes Mayer, que “enfurecido contra o Redactor do Diário de Pernambuco por haver admitido huma correspondência contra seu irmão, accommeteu, e deixou por morto a este Cidadão ás 6 horas da tarde, perante muito Povo!!! [...] Ignoramos se se procedeu, ou não contra o Major assassino”. Em 1829, o Conselho Supremo Militar precisou deliberar sobre um recurso de revista interposto à sentença “no processo verbal de José Gabriel de Moraes Mayer, Major do 2º corpo de artilharia”. O Conselho Militar endereçava uma consulta ao governo, pois

desejando [...] cumprir mui religiosamente as Imperiaes Ordens que lhe são dirigidas, se acha na impossibilidade de prestar a esta, sua devida execução, porque sendo esta matéria tão duvidosa e importante, que mereceu por isso ser submetida ao Imperial conhecimento por meio de uma consulta [...] torna o Tribunal mui respeitosamente a suplicar a Vossa Magestade Imperial haja por bem de dar a esse respeito uma Resolução que sirva de norma para se regularem os casos desta natureza.

A dúvida do Conselho Militar seguia do fato de que o oficial julgado pelo conselho em um “processo verbal” havia sido condenado à morte e buscara recorrer da sentença. Ao conselho havia sido endereçada uma portaria ordenando especificamente “que não tolhesse ao réo [...] a interposição do recurso de revista”, mas os membros do conselho



acreditavam que a dita portaria estabelecia uma “interpretação inadmissível” da legislação. Na consulta os militares diziam que

o Tribunal está bem persuadido que não é esse o caso de poder aquelle réo nas actuaes circumstancias recorrer pelo meio da revista daquela sentença, que o condemnou á morte, e que nem a lei citada abrange as sentenças proferidas em causas crimes, que são da competência privativa do Fóro Militar, que hoje não está extinto; primeiramente porque se se atender á preeminência deste Tribunal, e á sua superioridade, que não tem sido derogada, e antes ainda se acha firmada pelo Regimento de 22 de dezembro de 1643, e legislação subsequente regulada pelos decretos de 20 de agosto de 1777, 5 de outubro de 1778, 13 de agosto, e 13 de novembro de 1790, e pelo alvará com força de lei de 1º de abril de 1808 [...] e por isso achando-se no gozo desta superioridade não pôde reconhecer legitimamente outra autoridade judiciaria [...] eunicamente é Vossa Magestade Imperial, que por virtude do Poder Moderador, que tem o direito de perdoar qualquer pena que o Tribunal de Justiça tenha imposto.

Além do argumento da superioridade do foro militar, os conselheiros aderiam a uma interpretação obscuramente legalista sobre o caso, apresentando uma concepção sobre a separação dos poderes como um elemento limitador da interpretação da lei. Assim o conselho argumentava que

a lei não fez menção alguma expressa, de que as sentenças dos réos militares gozassem do recurso da revista, e não fazendo ella tal menção, só por interpretação é que semelhante recurso se faz extensivo ao presente caso, o que no actual systema, em que os poderes estão marcados, e distinctos seria menos legal: e não só por este principio aquella interpretação é inadmissível, mas também porque, a ter ella lugar, resultaria a mais manifesta incoherencia, e contradicção, qual a de ser este Tribunal dependente nas suas sentenças de aprovação, ou da reforma, e emenda a que se procedesse em uma Relação, ou em um outro

qualquer Tribunal que para o futuro se houvesse ainda de crear, o que certamente não pôde ter lugar, e é contrario á todos os princípios de Jurisprudência.

Ao final o conselho se posiciona mais claramente contra a aplicação da portaria, alegando

que a sobredita portaria, que mandou mui positivamente ao Conselheiro Juiz Relator, que não tolhesse a interposição do recurso de revista, é inexecutível, por não estar em conformidade com a disposição e sentido litteral da lei, por não ser admissível a interpretação no presente caso [...] porque mesmo quando a presente espécie fosse duvidosa, e dependesse de inteligência da lei, não compete senão ao Poder Legislativo o direito interpretativo.

A resposta do governo só seria registrada em 25 de abril de 1831, após a abdicação, assinada pelo Marquez de Caravellas, Nicolao Vergueiro e Francisco Lima e Silva. A resposta lacônica do novo governo seria simplesmente “não procede a duvida oferecida na Consulta de 26 de fevereiro de 1829, á vista dos arts. 5, e 7 do decreto de 20 de dezembro de 1830, que decidiu esta matéria, e pelo qual o Conselho se devêra ter regulado no presente caso”. Evitando o ponto espinhoso sobre a invasão da atribuição legislativa, ao assumir o governo, os antigos opositores buscariam manter na regência as mesmas prerrogativas que davam ao monarca uma preponderância sobre a interpretação e a delimitação da aplicação da lei.

Mais tarde, na “Synopsis ou deducção chronologica dos factos mais notaveis da historia do Brazil”, publicado em 1845, o “Major assassino” apareceria novamente como um dos oficiais encarregados pela ocupação de Recife em abril de 1832, na qual “muitos assassinatos se commetteram a sangue frio, quando já não havia resistência, nem possibilidade de a fazer” (ABREU E LIMA, 1845, p. 358).

## 5.2.4 “Resolver dúvidas” e “fixar a inteligência” da lei pelos avisos

A expedição de avisos consistia em uma função prioritária dentro do expediente de várias secretarias de Estado e seria a sua expressão externa mais evidente. Diferentemente dos decretos e das resoluções, os avisos poderiam servir para diversos propósitos que não estavam delimitados pela lei ou pela Constituição.

O aviso da Marinha de 15 de março de 1830 constatava o desrespeito ao decreto de 10 de junho de 1828, que havia sido comunicado aos presidentes de província pelo aviso circular de 20 de outubro daquele ano, pelos comandantes dos navios da Armada, que faziam obras desnecessárias nos interiores dos seus navios, causando prejuízo à Fazenda pública. Neste aviso, endereçado aos presidentes de província, o Marquez de Paranaguá pedia que estas autoridades chamassem à responsabilidade o comandante que contrariasse o referido decreto.

Na Secretaria dos negócios do Império os avisos frequentemente respondiam a controvérsias que envolviam a relação entre o governo central e as províncias. Em 30 de março de 1830 o Ministro do Império emitiria um aviso endereçado ao Ministro da Guerra, pelo qual declarava que “ninguém pôde ser expulso de sua residência senão por sentença”. O aviso se referia a um ofício do comandante interino das armas da província de Mato Grosso, que identificava “um negociante de nome José Joaquim Vieira, de gênio turbulento que assaz provára por graves insultos contra o Vice-Presidente e Junta da Fazenda” e que julgava “de summa utilidade a sua remoção para fora da Provincia a bem do socego publico”. O ofício do comandante foi enviado ao Ministro da Guerra, este emitiu um aviso ao Ministro do Império, ao passo que o último acabaria respondendo em seu aviso “que é ante constitucional a medida lembrada pelo dito Commandante, porque ninguém pôde ser expulso da sua residência senão por sentença que a isso o condemne”.

Os avisos que tratavam da interpretação das leis e da sua aplicação geralmente teriam origem no Ministério da Justiça. O Ministério da Justiça do Império na década de 1830 era formado por um número bastante reduzido de funcionários. A Secretaria dos Negócios da Justiça se organizava por oficiais de cinco classes especializadas, cada classe de

oficiais com apenas um membro, tendo o oficial da primeira classe um suplente.

O oficial de primeira classe deveria receber os ofícios e expedir os avisos para as autoridades das províncias. A segunda classe de oficiais seria responsável por registrar nos livros todos os lugares de magistratura, apresentando ao Ministro as informações relativas a todos os magistrados do país, inclusive os Juizes de Paz. A terceira classe de oficiais cuidaria dos negócios eclesiásticos, que deveriam receber os ofícios relativos à administração eclesiástica e registrar as mercês e benefícios, junto às cartas, alvarás e portarias sobre a matéria. A quarta classe se referia aos ofícios de Justiça, fazendo a análise de todos os ofícios auxiliares à administração da Justiça, registrando-os e transmitindo-os aos pretendentes devidamente habilitados. A quinta classe de oficiais estaria encarregada da correspondência com a corte imperial e com as Câmaras legislativas.

Presente nas coletâneas legislativas sobre o período da regência, era muito comum na redação dos avisos do Ministério da Justiça a menção às “dúvidas” endereçadas à secretaria de Estado, que por sua vez emitiria o aviso para fixar a correta inteligência da lei sobre a questão.

O aviso do Ministério da Justiça de 24 de outubro de 1831 resolvia “duvidas sobre a execução do art. 24. da lei da criação do Supremo Tribunal de Justiça”. Mais tarde, um aviso sobre as eleições de oficiais da guarda nacional afirmaria “que deve regular-se nas eleições dos Officiaes da Guarda Nacional pela doutrina do Aviso expedido por esta Secretaria de Estado em data de 11 de Novembro de 1835, com preterição de qualquer outra inteligência ou ordem de outra Autoridade”. O Aviso de 12 de junho de 1840 seria endereçado “ao Presidente da Província da Parahyba, esclarecendo-o sobre a intelligencia do art. 321 do Codigo do Processo”.

Muitos dos avisos expedidos pelo Ministério da Justiça serviam de resposta a manifestações dos presidentes de província, de juizes ou outras autoridades periféricas, o que parece se tornar ainda mais frequente a partir de 1840. O aviso de 2 de janeiro de 1840 respondia a “dúvida oferecida pelo Juiz Municipal do Termo de Queluz de serem ou não válidas as citações e mais diligencias feitas pelos Escrivães e Officiaes de Justiça do Juizo de Paz sobre negócios pertencentes ao Municipal”. Como resposta sobre a delimitação das competências dos agentes da administração da Justiça, o aviso afirmava que “semelhantes citações e diligencias tem sido abusivo, ilegal, e em prejuízo das partes, pela nulidade de taes actos praticados por Officiaes incompetentes”. Outro aviso, expedido na mesma data, resolvia “a duvida oferecida pela Camara

Municipal da Villa de Ayuruoca sobre a reunião da Junta de Paz, quando aconteça que os Juizes de um dos respectivos Districtos sejam suspeitos em processos de que a Junta tem de tomar conhecimento”, lembrando que o Código de Processo Criminal previa a existência de juizes suplentes.

O aviso de 4 de janeiro de 1840 ilustraria bem o procedimento de “resolução das dúvidas”, mostrando também o tempo de espera para a resposta do governo.

Tendo o Juiz de Paz da Villa de Tamatanduba, por officio de 8 de Agosto passado, oferecido á consideração do Governo as duvidas, que lhe occorrião sobre a intelligencia do art. 307 do Codigo do Processo Criminal, e bem assim do Alvará de 12 de Outubro de 1754, mandado observar pelo decreto de 12 de outubro de 1832, pedindo consequentemente solução aos seguintes quesitos: 1º, se tomando o Juiz de Paz conhecimento de crime em que tem lugar a denuncia, como determina o art. 141 do citado Codigo, independente de petição do Promotor Publico, e não procedendo esta, se deve ou não o Juiz de Paz haver as custas do Processo pelo Cofre da Municipalidade; 2º, se no conhecimento dos mesmos crimes, ex-officio, fôr pronunciado qualquer individuo, se deve haver deste as custas, como expressamente diz o Alvará citado, independente da sentença final;

Como resposta, o governo confirmaria a “correta interpretação” do código, confirmando o dever do pagamento das custas do processo pelo município no primeiro caso, e pelo acusado, no segundo caso. Este seria mais um exemplo dentre mais de uma dezena de avisos que respondiam a dúvidas e dispunham sobre a correta interpretação a ser seguida por agentes públicos naquele ano. Os temas que gerariam mais dúvidas estavam frequentemente relacionados aos conflitos de competência entre diferentes agentes da administração da justiça, às disposições do Código de Processo Criminal e às regras aplicáveis à Guarda Nacional. Como os juizes de paz eram eleitos por comunidades pequenas, muitas dúvidas levadas ao governo estavam relacionadas com a suspeição dos juizes no processo. Muitas dúvidas apareciam também sobre a formação e a delimitação dos distritos de cada juiz de paz.

O poder de “fixar a inteligência da lei”, no entanto, não se constituiria em prática exclusiva do Ministério da Justiça. Sobre a tributação, os avisos da Fazenda também seguiam esta tendência, como na consulta do Conselho da Fazenda de 30 de agosto de 1831, que “fixa a intelligencia do § 7º, Tit. 7º do Alvará de 28 de Junho de 1808, ou no aviso da Fazenda de 28 de março de 1840, que dava “solução á duvida proposta pelo sr. Inspector da Thesouraria da Provincia da Bahia” sobre os casos em que poderia haver doação ou venda dos terrenos de marinhas.

Com o tempo, passariam a ter mais peso também os avisos do ministro do Império sobre os assuntos das províncias e os seus eventuais “abusos”, bem como o uso dos avisos como forma de dar ordens aos presidentes de província. Já no relatório do ministro do Império de 1835, publicado em 1836, Senador José Inácio Borges afirmaria perante a Assembleia geral que as Assembleias provinciais

tem exorbitado das raias que lhes marcou o Acto Adicional das reformas á Constituição, legislando sobre matérias, que aquelle Acto lhes não confiou. Mas como essas exorbitâncias tem de vos ser presentes, o Governo espera da vossa sabedoria a necessária correção (IMPÉRIO, 1835).

Como mencionado anteriormente, esta expectativa do governo perante a Assembleia, de que esta iria exercer o seu poder de controle de competência sobre as leis provinciais, logo seria frustrado. Com as mudanças que iriam caracterizar o “regresso conservador”, o governo dos regressistas decidiria que não poderia esperar pela “sabedoria” dos legisladores a “necessária correção” dos abusos legislativos das Assembleias provinciais. A partir daí os avisos ganhariam também a função de ordenar aos presidentes de província a suspensão das leis provinciais consideradas pelo governo como contrárias às disposições do Ato Adicional, i.e. “inconstitucionais”.

## 6 AVISOS PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO IMPERIAL

Este capítulo retoma o problema em torno da definição e do sentido da lei e da legislação positiva como elemento necessário para a compreensão do panorama conceitual que se faria presente no Brasil ainda na primeira metade do século XIX. O primeiro aspecto deste problema se dá pela vinculação entre direito (*lei*) e autoridade, vinculação que redefine materialmente os fundamentos (*fontes*) do direito. O segundo aspecto da problemática se encontra na diferenciação dos tipos normativos (lei e decreto, alvará e aviso), que redefine formalmente as manifestações da autoridade através da legislação. Estes dois aspectos são interdependentes, pois dependendo do grau de identidade entre direito e autoridade (fundamento material) muda-se o papel da forma e a relevância da diferenciação dos tipos de normas.

### 6.1 Análise dos contraconceitos

Para responder aos problemas levantados pela tese este último capítulo procede inserindo relatos sobre a experiência da época em torno da compreensão e da aplicação geral dos avisos ministeriais da regência e do direito legislado naquele período. Isto aponta inicialmente para a convivência de argumentos e concepções político-jurídicas oriundas de diferentes camadas históricas do discurso jurídico. Em outras palavras, alguns exemplos das fontes bastam para revelar que os problemas em torno do uso e da definição dos avisos podiam ser entendidos como parte de um problema maior, construído pela sobreposição de um novo regime jurídico “constitucional-liberal” sobre instituições herdeiras de uma tradição política conservadora e monarquista.

Para o novo regime constitucional, o poder político era organizado pela Constituição, que também separava os poderes e restringia a autoridade pública de acordo com competências. Além dos fundamentos contratualista e representativo para a identificação da soberania – que podiam ser contestados ou interpretados de diversas formas – a vigência de uma Constituição política moderna trouxe para a experiência política brasileira um fator desconhecido até então.

A existência de uma norma jurídica positiva que passaria a ser compreendida como hierarquicamente superior às demais normas vigentes poderia até ser compreendida nos termos das antigas “leis fundamentais” do Reino, mas a Constituição moderna era materialmente diferente das antigas leis fundamentais porque não dispunha somente de forma genérica sobre a forma de governo ou sobre alguns interditos que limitassem o poder real, a Constituição brasileira estabeleceu um conjunto de atribuições e competências com certa clareza e rigidez formal que não poderia existir no Antigo Regime.

A ausência de uma divisão formal rígida de competências constituía uma parte essencial do funcionamento do ordenamento jurídico do Antigo Regime. Isto porque o sistema era organizado materialmente em torno de finalidades tradicionalmente estabelecidas: a administração da justiça, ponderada pela graça, e a manutenção da ordem, sustentada pela disciplina social. Estas finalidades materiais que deveriam guiar a autoridade pública não seriam, naturalmente, abolidas ou revogadas pelo liberalismo ou pelo constitucionalismo moderno, mas precisariam conviver com uma nova maneira formal de organização do ordenamento jurídico vigente. Desta forma, o liberalismo não romperia com algumas bases tradicionais de legitimação do poder público – à exceção de algumas tendências “radicais” presentes, por exemplo, em Bentham –, mas acrescentaria àquelas bases novos fundamentos e uma organização formal estranha àquela do Antigo Regime.

Por conta da concorrência entre dogmas políticos de diferentes origens, durante o século XIX, uma das principais controvérsias jurídicas presentes nas monarquias constitucionais era a separação das esferas jurídicas da “lei” e do “decreto”, a determinação do grau de autonomia do Poder Executivo em criar normas para si e para os “administrados” e do grau de ingerência do Poder Legislativo sobre a administração da justiça e das demais atribuições do governo. A controvérsia sobre a extensão e a distinção entre lei e decreto, portanto, fez parte essencial da experiência constitucional europeia e também brasileira durante o século XIX, podendo ser identificada como um problema típico dos sistemas parlamentares da época e do liberalismo de maneira geral.

Como parte de uma discussão inserida na tradição do “liberalismo clássico”, o conflito entre lei e decreto pode ser analisado também através da continuidade de um problema que existia ainda antes da vigência de regimes constitucionais modernos. Este problema contínuo é o da existência de “prerrogativas” reais próprias e exclusivas do Poder Executivo, fundamentadas diretamente na autoridade do monarca, seja como detentor de um poder absoluto, como o “chefe de Estado”, como



“representante da nação”, ou ainda como um “poder neutro” dentro do sistema constitucional. O problema em torno da extensão das prerrogativas reais estava presente no Antigo Regime, na discussão sobre a *potestas legislativa* (MOHNHAUPT, 1972), na distinção entre a lei geral e o privilégio *contra legem* e da excepcionalidade da graça como poder capaz de afastar a aplicação da lei.

Analisar o problema do trabalho nesta perspectiva decorre do reconhecimento do papel e da importância dos “contra-conceitos” para a compreensão histórica do contexto em questão. Advinda da “história dos conceitos”, a noção de contra-conceito mostrou-se ter especial importância nos estudos relacionados à História do Direito e à História da legislação, mais marcadamente na Alemanha<sup>103</sup>. O que torna importante aqui a noção de contra-conceito não é o seu impacto ou a sua influência teórica recente, mas a sua utilidade diante do tratamento de um contexto que é mais característico da experiência política que abarca geralmente o período entre 1750 e 1850, conhecido como *Sattelzeit*. Neste período, as radicais transformações na ordem política e social vigentes em maior ou menor medida na Europa e nas Américas seriam transpostas, com toda a complexidade de referência às marcantes experiências históricas, para o plano da linguagem. O aumento da combatividade e dos conflitos políticos e sociais deflagrados pelas revoluções tornaria o campo conceitual uma extensão daquele campo de batalha, abrindo espaço para o questionamento dos fundamentos dos discursos políticos tradicionais, ao mesmo tempo em que a defesa da ordem sente a necessidade de novas formas de legitimação. Por isto, ao estudar uma parte deste período conturbado da história política e jurídica, torna-se especialmente importante destacar quais eram as oposições conceituais em disputa, quais eram as noções que concorriam pela hegemonia dos significados no campo conceitual. Portanto, ao defender ou criticar o uso dos avisos ministeriais pelo governo, um discurso pode ser estudado de acordo com um determinado pano de fundo em vigor à época, no qual não havia ainda uma conclusão definitiva sobre a extensão própria da lei em contraste com a extensão própria dos atos do Poder Executivo, apesar da (ou justamente pela) existência de disposições de uma norma jurídica constitucional sobre a matéria.

---

<sup>103</sup> Um livro recente que sintetizou as contribuições de autores como Mohnhaupt e Stolleis e aplicou à evolução da capacidade legislativa do Estado a dinâmica dos contra-conceitos “lei” e “decreto”, “lei” e “privilégio” e, essencialmente, “lei” e “comando” é o de SCHENNACH, M. P. *Gesetz und Herrschaft: die Entstehung des Gesetzgebungsstaates am Beispiel Tirols*. Köln: Böhlau, 2010.

### 6.1.1 Os avisos no contexto do vocabulário jurídico compartilhado

Para analisar o contexto linguístico de um vocábulo que funcionava como instrumento jurídico a análise perpassa pela identificação do vocabulário comum em contraste com o vocabulário especializado. Neste sentido, pode-se contrastar os dicionários gerais da época com as definições presentes na doutrina e na bibliografia especializada.

Os dicionários da época não possuíam um aprofundamento teórico, ou uma apresentação complexa dos problemas jurídicos tradicionais. Ao contrário, a especial qualidade destes dicionários é a sua superficialidade, a forma como estes descreviam sem qualquer problematização, noções e concepções concorrentes sobre temas jurídicos complexos. Isto não aponta simplesmente para a falta de inteligência ou de conhecimento dos autores, mas principalmente para a capacidade de conciliar e simplificar o entendimento de problemas complexos. Estes dicionários gerais não traziam nenhuma definição jurídica de “aviso”, mas não deixavam de tratar das diferentes definições dos dispositivos legais geralmente vinculados ao “soberano”.

De acordo com o dicionário de Bluteau<sup>104</sup>, lembrava que “entre nos, *Alvará* val [*sic*] o mesmo, que letras patentes do Príncipe”. Apesar dos diferentes nomes, não haveria distinção entre as normas produzidas pelos príncipes. As distinções entre as normas se davam pelo contraste externo à autoridade do soberano, como no caso dos “decretos”:

no seu principio apropriarão os jurisconsultos esta palavra, a tudo, o que ficava julgado, ou sentenciado pelo Príncipe em razão do conhecimento da causa. Mas depois foy restringida a dita palavra a significar só as ordens, & determinaçoens dos Papas, & neste sentido foy chamado *Decreto* a primeira parte do Direito Canonico [...].

---

<sup>104</sup> VOCABULARIO PORTUGUEZ & LATINO, aulico, anatomico, architectonico... / Raphael Bluteau

Enquanto normas advindas do príncipe não haveria distinção formal; as normas do príncipe se diferenciavam mais claramente das normas da Igreja. Uma tendência de distinção típica entre as normas do Antigo Regime se dava no âmbito das “leis fundamentais”, que, no dicionário de Bluteau estavam intimamente relacionadas com a criação divina, especialmente pela sua definição paradoxal, de que “as leys fundamentaes devem ser eternas, porèm ha cousas nellas, que consentem, & pedem mudança. O mesmo Deos he o primeiro Author desta variedade”.

As “leis” seriam, nesta definição tradicional, sempre “escritas”, mas não necessariamente “positivas”, pois “[...] toda a ley he escrita, ou no entendimento humano, com a luz da razão, ou nos bronzes, & nos marmores, como as dos antigos, ou em livros, & manuscritos, como as dos modernos. Ley vontade absoluta de qualquer soberano, autenticamente manifesta que manda, ou prohiibe alguma cousa aos vassallos”. Não há aqui, no entanto, qualquer hierarquia ou diferença mais profunda entre a tradicional *ratio scripta* e a concepção voluntarista da lei criada pelo soberano.

De acordo com o “Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico”, publicado em Lisboa em 1827, por Joaquim José Caetano Pereira e Sousa

As Leis se devem guardar com grande reverencia pelos vassallos, e ninguém deve allegar contra as Leis, e Ordenações com o pretexto de serem contrarias ao direito Romano. [...] As Leis, ou são Cartas, ou Alvarás. As Cartas de Leis são universaes, e perpétuas, e tem hum objecto permanente. Os Alvarás são sobre coisas particulares, e durão regularmente só por hum anno, excepto quanto tem força de Lei com derogação da Ord. Liv. 2. tit. 40. Os Alvarás são em negocios particulares. Só pertence ao Soberano promulgar, e derogar as Leis. [...] As Leis extravagantes não derogão as compiladas, se dellas não fazem especial menção.

No vocábulo “lei”, Pereira e Sousa identificava que as “Leis fundamentaes se dizem aquellas, que designão a fôrma da successão do Reino”. Posteriormente, no vocábulo “fundamental” afirmava que “chama-se Lei fundamental do Estado aquella, que contém as convenções

entre o Soberano, e a Nação acerca do uso dos direitos Magestáticos, e da ordem de succeder na Soberania”. Ainda sobre a “lei”, o dicionário lembrava que “a dispensa da Lei, e a sua interpretação authentica he privativa do Soberano. Ao Magistrado compete somente a interpretação doutrinal. Alvará de 12 de Maio de 1769, e Carta Régia de 6 de Setembro de 1816”.

O “Diccionario da língua brasileira”, publicado por Luiz Maria da Silva Pinto em 1832 é particularmente interessante por tentar estabelecer qual era a linguagem em uso na recente nação, mas não apresentava, naturalmente, diferenças radicais para com os dicionários portugueses.

O típico “alvará” era descrito por Silva Pinto como “escritura, que declara a vontade do Soberano. Qualquer estrutura autentica, que contém ordens[,] obrigações. quitações etc.”. “Decreto” seria uma “Determinação[,] mandado do Soberano” e a definição de “portaria” consistia em “letras de despachos[,] ordens, etc. que dão os Governadores, Ministros, etc.”.

Uma “pragmatica” era entendida no dicionário como uma “lei contra algum abuzo geral”. O vocábulo *mais complexo* “lei”, no entanto, era definido em poucas linhas como “a ordem physica, que guardão todas as cousas naturaes. A regra estabelecida por Deos, pela Igreja, e pelos imperam[t]es quanto ao moral e civil. Regra estabelecida por alguma sciencia, arte etc”.

Mais ampla era a definição encontrada no dicionário de Silva Pinto do vocábulo “justiça”: “virtude, que nos move a obrar conforme as Leis Divinas e humanas. Execução do que ellas prescrevem Fig O Juiz, ou Juizes, e todas as pessoas encarregadas da execução da lei, e de administrar a justiça. Direito, razão”.

## 6.1.2 A continuidade da concepção tradicional de avisos no Império

Dos sentidos gerais extraídos dos dicionários de língua portuguesa e *brasileira*<sup>105</sup> e dos dicionários jurídicos<sup>106</sup>, pode-se ver como o mesmo vocabulário ganha um sentido específico na doutrina jurídica do Império. Nos manuais e nos códigos comentados há uma presença unânime dos avisos, sendo usados para “esclarecer” o sentido das expressões ou dos artigos de lei. Apesar da presença constante dos avisos nas notas de rodapé dos códigos publicados, inclusive na edição das ordenações filipinas<sup>107</sup>, pelos editores e nas obras jurídicas produzidas no período, poucas obras levavam em consideração a própria definição de “aviso”.

Na legislação não havia nenhuma definição expressa, somente menções sobre o uso dos avisos, como na importante lei de 15 de outubro de 1827, que dispunha sobre a responsabilidade dos ministros, que em seu artigo 56 faz menção aos avisos que seriam usados para “dar ordens” aos magistrados. Tem-se, portanto, pressuposto o aviso como instrumento de “ordem” do superior (secretário da Câmara) aos “magistrados obrigados a executar as ordens”. Este entendimento aponta para uma definição do aviso como um instrumento essencialmente “pré-constitucional”, típico do ordenamento jurídico do Antigo Regime e parte de um processo de relativa consolidação da figura do “rei legislador”, que comandava e

---

<sup>105</sup> BLUTEAU, Raphael. Vocabulario portuguez & latino: aulico, anatomico, architectonico. Coimbra: Collegio das Artes da Companhia de Jesu, 1728. Dicionario da lingua portugueza - recompilado dos vocabularios impressos ate agora, e nesta segunda edição novamente emendado e muito acrescentado, por ANTONIO DE MORAES SILVA, 1789. Dicionario da Lingua Brasileira por Luiz Maria da Silva Pinto, natural da Provincia de Goyaz. Na Typographia de Silva, 1832.

<sup>106</sup> Esboço de hum Diccionario Juridico, Theoretico, e Pratico, Remissivo às Leis Compiladas, e Extravagantes, por Joaquim José Caetano Pereira e Souza, Advogado na Casa da Supplicação. Obra Posthuma. Tomo Primeiro. Lisboa: na Typographia Rollandiana, 1825.

Esboço de hum Diccionario Juridico, Theoretico, e Pratico, Remissivo às Leis Compiladas, e Extravagantes, por Joaquim José Caetano Pereira e Souza, Advogado na Casa da Supplicação. Obra Posthuma. Tomo Segundo. Lisboa: na Typographia Rollandiana, 1827.

<sup>107</sup> ORDENAÇÕES Filipinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. Edição fac-similada da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. Disponível também em: [http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id\\_obra=65](http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id_obra=65)

supervisionava a administração da justiça como um todo. O seu uso na "era liberal" aumentaria a complexidade do ordenamento jurídico e traria consigo a necessidade da sua própria resignificação.

Para se tornar compatível com a ordem constitucional estabelecida, o sentido tradicional do aviso deveria passar por uma transformação substancial, mas os usos dos avisos nas fontes indicam para o fato de que nunca houve uma ruptura em relação a este significado tradicional. Haveria sim adições ao papel e a abrangência dos avisos, mas o seu núcleo tradicional parece ter permanecido intacto diante da “constitucionalização” do Estado no Império. Além dos novos significados vigentes, o sentido tradicional dos avisos permaneceria em vigor pela “recepção” dos antigos avisos portugueses como parte do ordenamento brasileiro e é possível encontrar nas sessões do Conselho de Estado, mesmo no segundo reinado, avisos portugueses anteriores à independência sendo usados como a norma jurídica relevante para a decisão do caso concreto.

### 6.1.3 A pluralidade dos avisos em relação a sua origem e o interesse fiscal do Estado

É preciso levar em consideração também que os avisos podiam advir de diferentes fontes. Havia avisos do rei de Portugal e do regente do Brasil, avisos das Cortes Constituintes, avisos do Conselho de Estado, avisos das antigas Juntas da Fazenda em vigência junto aos avisos dos diversos ministérios do Império. O ordenamento jurídico brasileiro durante o Império se mostrava extremamente complexo e plural, como fica claro na forma como as coletâneas e os manuais jurídicos tentavam abordar a legislação em vigor.

Antes da independência, muitos avisos eram expedidos pela Junta da fazenda e pela secretaria dos negócios do reino. Os avisos tinham, portanto, um importante papel na regulação interna dos interesses pecuniários do Estado e da sua Administração. O aviso de 24 de janeiro de 1812<sup>108</sup> determinava a quantia que os empregados públicos de diversas

---

<sup>108</sup> “Devendo todos os empregados das diversas Repartições, assim Militares como Cívics, cujos decretos de nomeação são expedidos por esta Secretaria de Estado, prestares á mesma Secretaria os respectivos emolumentos regulados e aprovados por decreto de 13 de Maio de 1808[...]” Coleção “Legislação Brasileira”, v.1; t.1.

repartições deveriam pagar para a Secretaria de Estado anualmente como uma fração dos seus ganhos, no caso a “vigésima parte do ordenado de um ano”. Além da noção “pré-moderna” de que a Fazenda tinha um interesse direto na consecução de uma parte dos emolumentos recebidos dos particulares pelos agentes públicos – que continuaria presente na administração imperial, apesar das reformas – fica claro que na tradição institucional brasileira os avisos que serviam para o disciplinamento interno da administração estavam também relacionados com a defesa do interesse fiscal do Estado.

Nos Anais do Senado 1831 este tipo de matéria fazendária reapareceria em decorrência do uso dos avisos nesta área seguindo a antiga prática de que os avisos “entravam como lei” no ordenamento jurídico. O requerimento aceito perante a sessão de 26 de outubro<sup>109</sup>, relatado pelo Conde de Lages à comissão de Guerra pedia a manutenção de ordenados a determinados militares que eram nomeados pelo Comissário. O senador Almeida e Albuquerque apontou que o ordenado era atribuído por aviso e destacou que “todos nós sabemos que pela legislação antiga até os Avisos entravam como Lei, e uma vez que estes homens tinham ordenado, não podem ser despojados delles”. O senador Borges, diante disto argumentou que a falta de uniformidade contrariava os princípios da justiça, pois

agora já se diz que é bastante um Aviso; ainda o anno passado discutindo sobre os Conselheiros da Fazenda, a Camara se conformou sobre a illegitimidade delles, apesar de uma Carta Imperial, porque disse-se que se tinha excedido ao numero primordial; em todas as Resoluções que se tem aqui feito tem-se considerado isto, conseva-se o ordenado áquelles que tiverem mercê do officio por Decreto; e agora já se diz que são tambem por Avisos.

Os senadores ainda na década de 1830 estavam, portanto, discutindo diretamente o problema do status jurídico dos avisos no campo do direito público, admitindo que até então eles vinham sendo compreendidos como equivalentes à lei, mas que perante a vigência da Constituição esta admissão trazia contradições jurídicas evidentes. O Senado, no entanto, não assumiria uma postura abertamente contrária à

---

<sup>109</sup> Anais do Senado, ano de 1831, pp. 313-314.

continuidade do uso dos avisos neste mesmo sentido. O problema jurídico não possuía, à época, uma solução institucional clara.

A entrada em vigor da Constituição do Império criaria um novo referencial formal para apreciar a validade dos avisos em contraste com a lei; na prática, a Constituição serviria como mais uma razão à crítica dos atos do Executivo como tendencialmente “arbitrários”. Na introdução da sua coleção de leis, decretos e avisos, para destacar a importância da obra, Nabuco de Araújo relata como exemplo o “enorme abuso” perpetrado pela Fazenda Nacional ao cobrar por despachos na Alfândega em contrariedade à “carta de lei de 20 de outubro de 1823” com base em um “inconstitucional aviso” de 30 de maio de 1825. Os avisos, portanto, poderiam ser considerados agora não somente “ilegais”, mas também “inconstitucionais”; mas por quem?

## 6.2 Avisos, “graça” e disposições especiais

A possibilidade do uso dos avisos para a defesa dos interesses fiscais do Estado significava também, naquele contexto pré-constitucional, a associação entre os instrumentos executivos e a decisão discricionária fundamentada na “graça” magestática. A provisão de 12 de julho de 1813 demonstra que o governo poderia, na prática, suspender *ad hoc* os efeitos de avisos e outras normas anteriores de acordo com os seus interesses. Tal provisão endereçada ao Governador de Pernambuco citava alvará recente (1811) para “cessar os efeitos dos ditos avisos, decreto e patente” que envolviam um suplicante à Mesa do Desembargo do Paço, que, sendo Juiz de Fora, pedia a restituição de seu antigo “lugar de Auditor das Tropas” daquela capitania. Através da provisão, o Regente informa o Governador de sua “real resolução, não só a favor do dito suplicante Juiz de Fora, mas também a favor de seus sucessores”. O regente, no caso concreto, estava decidindo de forma a criar um privilégio específico para o suplicante, em contrariedade às ordenações vigentes.

Quanto ao poder de agraciar, a linguagem oficial se referia aos poderes intrínsecos da autoridade monárquica, isto é, o “poder magestático”. O poder de agraciar aqui é claramente associado à função monárquica e não a algo inerente ao poder executivo, como transparece na redação da portaria de 17 de fevereiro de 1823: “Havendo S.M.I usado do direito imprescindível do poder magestático de agraciar, perdoar e comutar as penas impostas aos réus sentenciados [...]”.

Sobre a inserção do recurso da graça e da prerrogativa monárquica de agraciar no Império como uma continuidade ressignificada pela



Constituição seria editada a obra “O recurso de graça segundo a legislação brasileira, contendo a indicação e análise das leis, decretos, avizos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a matéria” de Bandeira Filho de 1877. Por sua vez, o livro de José Antonio de Magalhães Castro, intitulado “O direito de graça”<sup>110</sup>, de 1887, nos últimos anos do Império reclamaria um uso mais extenso do direito do imperador de agraciar os condenados pela justiça ordinária, que de acordo com o autor, consistia em uma prerrogativa pouco usada pelo monarca.

## 6.2.1 Os avisos como parte da legislação recepcionada no Império

Publicado por Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça em 1847<sup>111</sup>, o “Índice alfabético das leis do império do Brasil publicadas desde o começo do anno de 1808 até o presente” já enunciava na capa que as “leis do império” compreendiam “todos os Alvarás, Apostillas, Assentos, Avisos, Cartas de Lei, Cartas Regias, Condições, Convenções, Decretos, Editaes, Estatutos, Instrucções, Leis, Obrigações, Officios, Ordens, Portarias, Provisões, Regimentos, Regulamentos, Resoluções e Tratados”. Esta identificação imediata apontava primeiro para o fato de que o estudo das normas jurídicas “brasileiras” deveria começar antes da independência, no ano de 1808 e em segundo lugar a ideia de que a expressão “lei” envolvia todos aqueles dispositivos jurídicos de origem estranha ao Poder Legislativo regido pela Constituição do Império.

Ao longo da obra os diferentes instrumentos normativos são utilizados como fontes jurídicas de forma indiscriminada, mencionando as disposições legais mais recentes ao lado das declarações régias e dos “Assentos da Supplicação de Lisboa”. O manual apontava como fonte jurídica a as decisões tomadas pela Casa da Supplicação e ainda, pela aquisição deste mesmo status pelo Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, pelo Supremo Tribunal de Justiça do Império. O mesmo seria posteriormente disposto pelo decreto de 23 de outubro de 1875<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> CASTRO, José Antonio de Magalhães. O direito de graça. Rio de Janeiro: Typ. União Coelho da Rocha, 1887.

<sup>111</sup> MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado de. **Índice alfabético das leis do império do Brasil publicadas desde o começo do anno de 1808 até o presente**. V. I. Rio de Janeiro: E.e H.Laemmert, 1847.

<sup>112</sup> “Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que

A obra de Mendonça justifica, já no prefácio, a necessidade de um índice e manual das leis em vigor por conta da complexidade da matéria e

para fixarem a melhor intelligencia das leis pelas proprias palavras do texto; —tarefa esta inevitavel, porque tal é a redacção de parte das disposições de nossas leis e regulamentos, que os tornão susceptiveis de diversas intelligencias, e tem dado origem a uma multidão espantosa de avisos &c. explicativos, alguns até contradictorios entre si.

Assim o autor, professor na Faculdade de Direito de São Paulo, inicia seu argumento dizendo que as disposições presentes nas leis e ordenamentos eram tão complexas que haviam gerado rapidamente uma “multidão espantosa de avisos” que precisavam ser organizados pela doutrina. O seu índice alfabético serviria para organizar as fontes jurídicas em vigor na forma equivalente a um dicionário jurídico.

Diferentemente dos dicionários gerais, a obra de Mendonça fazia referência aos avisos como um vocábulo jurídico específico. Assim, relacionadas à expressão “avisos” estavam referências como “não tem força de lei, nem operão derrogação, ou declaração contra a regra geral, e legal de que uma lei escripta só por outra emanada do mesmo poder sofre alteração. — Vid. Res. 1.º 4 Dezembro 1827”. Ou ainda, os avisos “da secretaria de estado: em virtude do Decr. da constituinte portugueza, 12 Março 1821, forão suspensos os pagamentos de vencimentos conferidos pelos ditos avisos, e não por lei ou decreto. —Vid. Res, 11 Maio 1822”.

Um problema jurídico importante em relação aos avisos era a constatação identificada pelo *Índice* de que os avisos “não forão mencionados na legislação que de veria subsistir no Imperio”. Portanto, o autor lembrava que a lei de 20 Outubro 1823<sup>113</sup>, que recepcionara a

---

estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio. As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos. Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada”.

<sup>113</sup> “Art. 1. As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella

legislação portuguesa vigente no país até então, não mencionava que os avisos portugueses seriam formalmente recepcionados, apesar da prática ter demonstrado o contrário. Esta recepção também teria ocorrido levando em consideração ainda que os avisos “antigamente tinham força de lei, pois as suspensões e constituições”.

O *Índice* identificava ainda que os avisos régios antes da independência produziam os mesmos efeitos dos “alvarás” e que estes, antigamente, derogavam a legislação em contrário. A expressão “sem embargo da ordenação em contrário” usada ao final da redação dos alvarás teria sido, no entanto, afastada pela sua incompatibilidade com o “systema constitucional adoptado” pela portaria de 29 de janeiro de 1830 e, em virtude da lei de 4 de dezembro de 1830, “seus registros, que se fazião na Chancellaria Mór, foram abolidos”.

A incompatibilidade da produção de “alvarás com força de lei” pelo Executivo como o regime constitucional ficaria evidente para a doutrina brasileira e o sentido tradicional dos alvarás como normas jurídicas autônomas seria prejudicado pela prevalência da lei. O abandono do sentido tradicional e tendencialmente “absolutista” dos avisos, no entanto, não ficaria claro na doutrina. Pelo contrário, os manuais parecem reconhecer um papel amplo e abrangente para avisos no novo ordenamento jurídico brasileiro. Isto apesar da disposição constitucional de que caberia ao legislativo especificar a interpretação da lei e da menção expressa trazida pelo Ato Adicional em 1834 de que cabia exclusivamente à Assembleia interpretar os artigos da reforma da Constituição<sup>114</sup>.

Após a reforma da Constituição pelo Ato Adicional os avisos se tornariam ainda mais importantes para o governo, porque passariam a ser usados também como instrumentos para suspender a execução das leis feitas pelas províncias consideradas inadequadas pelo governo central. Ainda que coubesse à Assembleia Geral revogar as leis provinciais que violassem as competências estabelecidas pelo Ato Adicional – que fossem “inconstitucionais” - o Poder Executivo passaria a usar os avisos para mandar suspender os efeitos das leis provinciais de forma sistemática

---

data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas”.

<sup>114</sup> Da redação do Artigo 25 do Ato Adicional: “no caso de duvida sobre a intelligencia de algum artigo desta reforma, ao Poder Legislativo Geral compete interpretal-o”.

a partir do “regresso conservador”. Ainda o Índice indica como exemplo deste uso dos avisos o caso do aviso de 19 de maio de 1842, que teria suspenso a execução da lei provincial de Sergipe de 24 de janeiro de 1842, por usurpar a competência do governo central para conceder privilégios a uma fábrica de sabão. O exemplo usado neste manual não é muito significativo, mas uma análise direta das fontes será capaz de demonstrar a tendência ao uso sistemático dos avisos neste sentido. Como o Ato Adicional estabeleceu uma divisão de competências, o Poder Executivo passou a operar no vácuo do que seria o “controle de constitucionalidade formal” das leis provinciais, segundo o argumento do Visconde do Uruguai, principalmente por conta da demora e da inaptidão da Assembleia Geral em usar a sua competência para revogar as leis provinciais abusivas<sup>115</sup>.

## 6.2.2 Os avisos na área criminal

Uma parte importante dos avisos ministeriais estavam relacionados à área criminal e ao processo criminal – justamente as áreas de maior avanço legislativo no período de maioria liberal na Assembleia Geral. Todas as edições comentadas dos códigos criminal e de processo criminal acessíveis nas bibliotecas e bancos de dados pesquisados se propunham a analisar os artigos dos códigos utilizando como referência, dentre outras fontes, os avisos ministeriais.

O manual de Josino do Nascimento Silva era intitulado *Código Criminal do Império do Brasil: aumentado com as leis, decretos, avisos e portarias que desde a sua publicação até hoje se tem expedido, explicando, revogando ou alterando algumas de suas disposições*<sup>116</sup>. Josino do Nascimento Silva foi diretor-geral da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça durante a década de 1850. Em seu livro Silva advertia que havia tido “o maior cuidado” para não lhe escapar nenhum ato do Executivo que tivesse relação com as disposições do Código Criminal,

---

<sup>115</sup> Visconde do Uruguai propõe como solução ao sistema constitucional brasileiro uma espécie de “controle de constitucionalidade” exercido pelo Poder Executivo e uniformizado pelo Conselho de Estado em seu extenso *Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brasil de 1865*.

<sup>116</sup> SILVA, Josino do Nascimento. *Código Criminal do Império do Brasil: aumentado com as leis, decretos, avisos e portarias[...]*. Nova edição. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1862

compilando as referências dos decretos e avisos relevantes ao longo das notas de rodapé do texto da lei. Em seus comentários, os “avisos ministeriais” são a mais frequente referência normativa para a interpretação dos artigos do código – mais de sessenta referências a avisos nas notas de rodapé – à frente dos decretos, das portarias e da legislação extravagante.

A presença dos avisos na regulação da área criminal era ampla e estes atos do executivo determinavam o alcance da lei. Se o artigo 10 do Código excluía os menores de quatorze anos do julgamento criminal, o Aviso de 17 de julho de 1852 estendia tal disposição aos escravos menores. Ao artigo 47 determinava que a pena de prisão obrigaria à reclusão nas prisões públicas, de acordo com as sentenças, correspondia a vedação da prisão domiciliar dada pelo aviso de 3 de abril de 1843. Diante do mesmo artigo, o autor do “Código Criminal aumentado” mencionava que o aviso de 25 de janeiro de 1850 teria autorizado ao presidente de província do Rio de Janeiro a mandar prender nos quartéis os praças, pelo limite de até um ano, *apesar* da lei.

Além de delimitar a abrangência da lei, os avisos tinham uma função disciplinar sobre a atuação dos juízes criminais. Ao comentar o artigo 60, sobre as punições ao réu escravo, o autor mencionava o aviso de 3 de fevereiro de 1836, que impediria os juízes de comutar a pena de galés à pena de açoites. Os avisos limitavam ainda as penalidades dispostas nas sentenças judiciais. Diante do artigo 113 do Código, que dispunha sobre o temido crime de insurreição, o jurista mencionava:

O aviso de 10 de Junho de 1861 declarou que o numero de açoites que se podem dar, sem perigo de vida do paciente, não deve exceder de 200, e em todos os casos deve ser ouvido o juizo medico. Em meu entender, os complices que forem escravos devem ser punidos com açoites; para os que forem livres a penalidade que deve regular é a do art. 115.

Diante da inexistência de um “guardião da Constituição”, o *Código criminal aumentado* de J. N. Silva demonstrava que na época do Império os avisos foram usados para afastar o “princípio da presunção de inocência” ao assinalar sobre o art. 181 do Código o aviso de 12 de janeiro de 1844, dizendo que “não ha excesso, nem incompetência em prender réos indiciados em crimes inafiançáveis sem lhes ter formado culpa”.

A mesma roupagem tinha a obra de José Marcelino Pereira de Vasconcellos como nova edição publicada em 1860 com o título de

“Codigo criminal do Imperio do Brazil: annotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicão, revogão ou alterão algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata connexão”. Nesta obra, a referência aos avisos aparece desde o artigo primeiro até o antepenúltimo. Alguns comentários do *Código annotado* de Vasconcellos são semelhantes aos presentes no *Código aumentado* de Silva, mas é menos primeiro é menos extenso, contendo em torno de 150 páginas, enquanto o trabalho de Josino do Nascimento Silva possuía aproximadamente 400 páginas.

Vasconcellos anota em seu Código no artigo 38 exemplos diversos de como os avisos determinavam os detalhes da execução da justiça. O *caput* “A pena de morte será dada na força” era acompanhado pelo seguinte rodapé:

A força deve ser levantada somente quando fôr necessaria, afim de que não esteja continuamente ás vistas do publico. (Av. de 17 de julho de 1835) – É ao Juiz Municipal que compete mandar levantar-a. (Av. de 30 de junho de 1836) – As despezas para esse fim necessarias são provinciaes e não geraes. (Avv. de 4 e 6 de agosto de 1836).

### 6.2.3 Os avisos perante as Assembleias Provinciais

Mais tarde, em 1868, Vasconcellos publicaria outra obra importante com este mesmo formato, intitulada “As Assembleias Provinciais: collecção completa das Leis, Decretos, Avisos, Ordens e Consultas que se tem expedido ácerca das attribuições e actos de taes corporações”. Esta é a obra em que o autor compila o maior número de avisos para interpretar os limites e a abrangência das competências provinciais estabelecidas pelo Ato Adicional.

A obra de Vasconcellos sobre as Assembleias Provinciais traz mais de cem referências aos avisos do governo sobre a legislação provincial, demonstrando o impacto dos avisos sobre as matérias eleitorais, mas também sobre a definição de expressões importantes como “polícia” e “economia municipal”. Sobre as posturas municipais, o aviso de 26 de agosto de 1858 havia mandado o presidente de Goiás não publicar a resolução da Assembleia provincial que era “offensiva da Constituição” por não seguir o procedimento previsto no Ato Adicional. Assim, segue

a redação do autor, citando um enorme volume de avisos para cada interpretação da lei:

Penas de açoites e palmatoadas não póde ser imposta pelas asssembléas provinciaes, porque excede ao disposto na Lei do Iode Outubro de 1828 (art. 72), que só autorisa penas de prisão e multa. Avisos de 21 de Julho de 1860, 30 de Janeiro de 1861, 6 de Junho de 1861, 17 de Outubro do mesmo anno, 13 de Janeiro, 14 de Fevereiro, 21 de Abril, 16 de Agosto, 13 de Setembro, 21 de Outubro de 1862.

Sobre as limitações que apresentavam o artigo 12 do Ato Adiciona ao poder de legislar das Assembleias provinciais, Vasconcellos enumera mais uma série de avisos:

A assembléa de Santa Catharina agradecendo ao governo imperial a nomeação de um presidente, e pedindo sua conservação, exorbitou de suas attribuições.- Aviso de 6 de Marco de 1861. Por Aviso de 30 de Dezembro de 1635 estranhou-se haver uma assembléa legislado sobre bens vagos, e sobre bens de orphãos, o que não é de suas attribuições. Por Aviso de 12 de Dezembro de 1836 estranhou-se ao presidente do Rio Grande do Norte haver sancionado, contra o disposto neste artigo, uma lei que mandava regular o julgamento dos feitos instaurado na Relação do districto. O mesmo por Aviso de 6 de Junho de 1861 regulando o modo de arrematação dos bens do evento. Um Aviso de 10 de Janeiro de 1837 mandou ao presidente do Espirito Santo que suspendesse a execução de uma lei, que decretava a alienação de bens nacionaes.

A obra utiliza um volume enorme de referências aos avisos, como pode-se observar, apontando para o fato de estes terem um papel fundamental na interpretação do ordenamento jurídico do período. Mas mais do que isto, os avisos se tornariam instrumentos indispensáveis de governo e parte do projeto “saquarema” para o funcionamento estável do Estado brasileiro, especialmente para os conservadores após a criação das Assembleias provinciais. De tal forma que em 1842, exercendo a pasta do

Ministério da Justiça, Visconde do Uruguai emitiria uma série “avisos-circulares”, endereçados a todos os presidentes de província para que estes enviassem sistematicamente uma exposição de motivos para acompanhar cada uma das leis provinciais sancionadas ou vetadas, para que o Poder Executivo central pudesse apreciar o “merecimento” de tais leis<sup>117</sup>.

As Assembleias possuíam duas competências legislativas essenciais sobre a máquina administrativa do Estado: os empregos públicos provinciais e municipais e a organização da polícia. A extensão e o uso daquelas competências, no entanto, geraria uma enorme controvérsia que permitia a tomada de diferentes posições de acordo com os interesses centrais ou locais. Como apontou Dolhnikoff<sup>118</sup>, este passaria a ser um campo de constante conflito entre o poder central e o governo das províncias após o regresso e a lei de interpretação do Ato adicional.

A disputa entre a legislação provincial e as disposições do governo central sobre matérias administrativas tinha grande peso. Os assuntos como a aposentadoria de funcionários ou o recrutamento forçado exercido pelas forças policiais das províncias refletiam uma parte importante do “combate” do poder central sobre as províncias através dos avisos, pois “a constância com que esses dois temas aparecem nos avisos ministeriais indicam que eram objeto de legislação provincial em todo o território nacional, apesar das objeções do governo central” (Dolhnikoff, p. 233).

Segundo Dolhnikoff, a atividade do ministério do Império durante todo o período demonstra que apesar do imenso volume de conflitos entre as províncias e o governo central, havia uma ordem institucional mantida pela burocracia para servir de espaço de solução de conflitos. Assim, “elites provinciais e governo central encontravam nas instâncias de governo o espaço para a resolução de suas diferenças” (p. 233). Para Dolhnikoff, o arranjo institucional oriundo da regência teria estabelecido uma espécie de pacto federativo que vigeria durante todo o Império, apesar da retomada do poder pelos conservadores no regresso.

---

<sup>117</sup> Avisos-circulares de 5 de Novembro de 1842.

<sup>118</sup> DOLHNIKOFF, M. O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil [do século XIX]. São Paulo: Globo, 2005.



#### 6.2.4 Os avisos no sistema eleitoral do Império

Os avisos ministeriais teriam um papel político bem específico na área do processo eleitoral, principalmente após a “reação conservadora”, como destacado por Justiniano José da Rocha na obra intitulada “Acção; Reacção; Transacção: duas palavras acerca da actualidade política do Brazil” em 1855<sup>119</sup>. Neste livreto o autor argumenta que “desde os dias da independência até 1851 vivemos no meio das lutas do elemento democrático e do elemento monarchico; procurando ambos alternadamente e com igual intensidade excluir-se, trouxerão-nos pela vereda do infortúnio ao ponto em que estamos”. Os “elementos monárquicos” teriam prevalecido após o regresso conservador, influenciando todas as áreas do regime imperial, “onde porém a reacção mais habilmente conseguiu os seus intentos, foi no regimen eleitoral”.

De acordo com Justiniano da Rocha, os conservadores teriam dominado através de uma lei “minuciosamente casuística, e embrulhada em um sem número de avisos explicativos” o sistema eleitoral do Império. Em decorrência do poder do governo organizado pelo partido conservador, argumentava o autor, “na eleição demagógica o governo necessariamente venceria desde que o quizesse; pois o governo é a força organisada [...] Tal foi a obra da reacção monarchica, tão completa como havia sido a da acção democrática”.

A tendência do governo interferir no sistema eleitoral através dos avisos pode ser identificada também no livro publicado anonimamente sob o título de *O cabalista eleitoral ou collecção alphabetica e resumida de todos os avisos do ministerio do Imperio relativos á materia eleitoral, desde o anno de 1846, acompanhada de notas explicativas dos que se achão revogados ou modificados pela Legislação moderna, ou por outros avisos. Por \*\*\*. Rio de Janeiro: 1868*<sup>120</sup>.

“O cabalista eleitoral” inicia como uma avaliação comum sobre a abrangência das leis: “as leis, como é bem sabido, são sempre feitas para

---

<sup>119</sup> ROCHA, Justiniano José da. Acção; Reacção; Transacção: duas palavras acerca da actualidade política do Brazil. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1855.

<sup>120</sup> Anônimo. O cabalista eleitoral ou collecção alphabetica e resumida de todos os avisos do ministerio do Imperio relativos á materia eleitoral, desde o anno de 1846, acompanhada de notas explicativas dos que se achão revogados ou modificados pela Legislação moderna, ou por outros avisos. Por \*\*\*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1868.

reger os casos geraes, e não podem prever hypotheses especiaes, que só na sua execução apparecem, e que sucitão duvidas ácerca da intelligência de algumas das disposições legislativas”. Da existência de dúvidas sobre a “intelligência” da lei se justificava a expedição, pelo poder Executivo, de normas regulamentares que ultrapassavam simplesmente a atribuição de garantir a “boa execução das leis”. Segundo o autor do manual, a confecção de normas regulamentares do Poder Executivo naquele período “tem-se estendido algumas vezes na pratica até a interpretação das mesmas leis, embora em sentido puramente doctrinario”. O Executivo estaria, portanto, exercendo um papel doutrinário de intérprete da norma, ao mesmo tempo que exercia sua força coercitiva para com a Administração, coisa que a doutrina jamais poderia fazer.

O exercício de intérprete oficial das leis poderia ser exercido em áreas críticas de interesse do governo, e o autor do “cabalista” inicia apontando justamente que “essa attribuição nunca foi exercida em mais larga escala do que em relação ao systema eleitoral”. Isto ajuda a explicar o tamanho do poder e da influência do partido do governo perante o sistema eleitoral presente durante todo o período imperial, pois as regras eleitorais não eram simplesmente ignoradas ou violadas pela corrupção generalizada dos políticos, elas podiam ter a sua interpretação moldada de forma mais conveniente através de instrumentos institucionais que lhes conferiam ainda um grau de legitimidade e de legalidade. Com o tempo, evidentemente, estes mesmos instrumentos institucionais – principalmente os avisos – passariam a ser vistos como formas de dominação, corrupção ou de repressão do governo pela oposição, mas este foi um processo que levou tempo para ocorrer. Em 1870, Tavares Bastos viria a identificar o Conselho de Estado e os “avisos do governo” como os dois canais institucionais essenciais do governo conservador:

A ilegalidade das doutrinas e dos precedentes estabelecidos pelos governos conservadores não é mais duvidosa para nenhum espírito esclarecido, para alguns dos nossos próprios adversários. Alargou-se a tarefa dos liberais da nova geração. Cumpre-lhes agora, não já disputar ao Conselho de Estado e aos avisos do governo fragmentos de concessões liberais; cumpre-lhes propor o regresso ao espírito genuíno do ato adicional; cumpre-lhes exigir as conseqüências lógicas que dele souberam tirar algumas providências antes de 1840<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> BASTOS, Aurelino Cândido Tavares. A província: estudo sobre a

O autor do “cabalista” escreve em 1868 descrevendo especialmente a conduta do partido conservador em relação aos avisos, destacava que as decisões variavam de acordo com a interpretação dos diferentes ministros e que os assuntos geralmente nem eram uniformizados pelos posicionamentos do Conselho de Estado – que teria esta competência<sup>122</sup>. Assim lembrava o autor que

No período de 20 anos decorrido de 1846 a 1866 ocorrerão tantas, tão várias e complicadas hypotheses na execução das leis eleitoraes, que além de muitos decretos, regulamentos e instrucções, baixarão da repartição do imperio centenaes de avisos para resolve-las e explica-las. Ora como os avisos por via de regra exprimem opiniões isoladas, porque representam o pensamento individual de cada ministro, póde-se affirmar que em relação a decisões eleitoraes *sunt tot sententiae, quot capita*; porquanto nem sempre seguio-se com regularidade a pratica salutar modernamente adoptada de submitter-se ás consultas do conselho d'estado quasi todas as questões que se prendem a esse objeto.

O amontoado desorganizado, incoerente e contraditório de avisos teria criado, durante décadas desta prática ministerial, um “verdadeiro labirinto” em matéria eleitoral, causando “vícios e nullidades ás eleições, e falseando outras tantas vezes a livre manifestação do voto popular”. Justamente pelas suas contradições e pela conveniência política do seu uso, destaca o autor que “desse mesmo estado de cousas tem nascido tambem a descrença da importância dos avisos, que, na opinião de algumas pessoas, não tem força obrigatoria por lhes fallecer o cunho da authenticity que distingue a interpretação pelo poder legislativo”.

As críticas ao uso dos avisos, no entanto, não teriam uma via institucional de oposição às posições adotadas pelo governo, já que este

---

descentralização no Brasil, 1870. Disponível em: <https://archive.org/details/aprovinciaestud00bastgoog>.

<sup>122</sup> Neste sentido, o aviso de 26 de março de 1840 afastava dos presidentes de província apreciar a validade das eleições, cabendo diretamente ao Ministério do Império solucionar as controvérsias em matéria eleitoral.

disciplinava o judiciário e guiava o processo eleitoral que determinava a composição da Assembleia, ao lado de um Senado vitalício e um Conselho de Estado nomeado pelo imperador. Isto tudo significava que

Sem indagar porém até que ponto se estende neste assumpto a theoria da resistencia, e admittindo unicamente a historia dos factos, o que se observa é que em todos os tempos tem sido sempre invocado o socorro dos avisos, quando se trata de questões de eleição, quer pelo próprio governo para fundamentar novas decisões, quer pelos membros da assembléa geral, e das provinciaes para sustentar conclusões em assumptos de verificação de poderes, quer mesmo pelos magistrados e tribunais para assentar o seu julgamento nos recursos electoraes.

Ao longo das décadas de uso dos instrumentos normativos do Executivo para estabelecer a “interpretação oficial” das leis, os avisos passariam a ser reconhecidos, portanto, como “não só o único meio de solver duvidas provenientes de hypotheses especiais” da legislação, mas também o seu conhecimento pelos leitores do manual seria “uma garantia segura na marcha e direcção do processo das eleições”.

Além da importância inegável dos avisos ministeriais como fontes jurídica e como instrumentos políticos do governo, o autor do “cabalista” destaca um fator que serve como complicador de qualquer pesquisa ou análise do tema desde sua época: a inconsistência na publicação dos avisos. Assim explica o autor:

Para que o trabalho fosse completo não se limitou a consultar os avisos constantes nas collecções, e boletins dos actos do governo: procurou mesmo descobrir muitos outros, que não correm impressos, ou se encontram apenas nas gazetas officiaes. Esforçou-se nesse *mare magnum* de decisões em coordena-las harmonizando-as pela sua doutrina, e explicando em muitas notas quaes os avisos revogados ou simplesmente alterados por outros avisos, ou por leis e decretos posteriores, que tambem foram cuidadosamente compulsados e dest'arte poupa ao leitor o improbo e enfadonho trabalho de percorrer á esmo os grossos volumes de

nossas leis em busca de uma ou outra decisão reclamada de momento.

## 6.2.5 Avisos e a jurisdição ordinária

Os avisos ministeriais também eram citados na interpretação dos conceitos do processo civil, como pode ser observado no *Compendio* editado por Francisco de Paula Baptista<sup>123</sup>, lente da faculdade de Direito do Recife em 1857. Os avisos também figuravam em manuais específicos como o “*Promptuario das leis de manumissão ou indice alphabetico das disposições da lei n. 2040 de 28 de setembro de 1871, regulamentos [...] e avisos do ministério da agricultura, commercio e obras publicas e da jurisprudencia do Conselho de Estado [...]*” de Manoel da Silva Mafra<sup>124</sup>, de 1877.

Toda a atuação dos juízes de Direito, suas competências e atribuições legais eram amplamente reguladas pelos avisos ministeriais, ao lado das portarias, consultas do Conselho de Estado e julgamentos dos tribunais, como seria sistematizado no manual “*Práctica das correições ou commentario ao regulamento de 2 de outubro de 1851; compreendendo as leis, decretos, decisões, consultas do Conselho de Estado, julgamentos dos tribunais superiores, avisos, ordens, instruções e portarias que até hoje se tem expedido, explicando, ampliando ou alterando as disposições relativas ao actos e atribuições civis e criminaes dos juízes de direito*”<sup>125</sup>, de 1862.

---

<sup>123</sup> BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil*. Rio de Janeiro: Pinto e Waldemar, 1857.

<sup>124</sup> MAFRA, Manoel da Silva. *Promptuario das leis de manumissão ou indice alphabetico das disposições da lei n. 2040 de 28 de setembro de 1871 [...]*. Rio de Janeiro: Typographia nacional, 1877.

<sup>125</sup> D'AQUINO E CASTRO, Olegario Herculano. *Práctica das correições ou commentario ao regulamento de 2 de outubro de 1851; compreendendo as leis, decretos, decisões, consultas do Conselho de Estado, julgamentos dos tribunais superiores, avisos, ordens, instruções e portarias que até hoje se tem expedido, explicando, ampliando ou alterando as disposições relativas ao actos e atribuições civis e criminaes dos juízes de direito*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1862.

### 6.2.6 Avisos e a escravidão

Se levarmos em consideração o argumento de Feijó diante das Cortes Constitucionais portuguesas de que não havia à época um país Brasil, mas sim um conjunto de províncias que se governavam de forma legítima e independente é sensato questionar: o que unia o Brasil recém-independente? Deixando de lado interpretações mais simbólicas como o “espírito monárquico” do país, a historiografia brasileira tende a apontar para as bases econômicas daquela sociedade: o sistema de produção escravagista e o seu correspondente modelo de relações sociais de poder.

Principalmente diante do fortalecimento do combate ao tráfico de escravos pela Inglaterra a unidade territorial e jurídica do país passaria a ser vista como uma garantia indispensável para a continuidade do modelo econômico e social vigente. A fragmentação política do país significaria a perda de uma segurança jurídica essencial ao regime de escravidão e proporcionado por um Estado independente. A separação oferecia um duplo risco ao regime escravagista. O primeiro risco estaria relacionado ao impacto de uma parcela do país, ao se tornar independente, abolir a escravidão e permitir aos particulares auxílio à fuga e a revolta de escravos; de forma semelhante à *Underground Railroad* nos Estados Unidos. O segundo risco estaria vinculado à falta de proteção de um país fragilizado perante a pressão exercida pela Inglaterra no combate à escravidão.

A proteção da escravidão estaria, durante a maior parte do período imperial, intimamente relacionada à “segurança nacional”, como uma matéria de soberania contra pressões externas, ou ainda como uma via de pacificação interna. Isto porque, diferentemente dos Estados Unidos, não havia no Brasil uma pressão econômica regional interna, um modelo produtivo alternativo com força suficiente para competir como o regime escravista e servir de catalisador aos argumentos humanitários abolicionistas. Portanto é legítimo associar a neutralização do abolicionismo e dos conflitos jurídicos decorrentes da abolição do tráfico de escravos como um objetivo político bem estabelecido por um governo preocupado com a manutenção da ordem e da integridade territorial do Império.

A defesa da escravidão como uma matéria de “segurança do Estado” ajuda a explicar a importância da dimensão “infralegal” dos atos do governo no sentido de evitar o escalonamento dos conflitos jurídicos em torno da escravidão, criando uma espécie de regime jurídico frágil,

mas efetivo de manutenção da propriedade escrava por muito tempo após a abolição do tráfico. Levando em consideração a lei e os compromissos assumidos pelo governo no plano internacional, as pesquisas sobre a propriedade escrava no período apontam para o fato de que o sistema econômico escravista estava amplamente marcado pela ilegalidade da propriedade escrava<sup>126</sup>. Para além da constatação de um completo cinismo dos envolvidos ou de uma hipocrisia político-jurídica institucionalizada, a solução para este “paradoxo” da propriedade escrava no período posterior à abolição do tráfico pode, eventualmente, ser encontrada no estudo sobre a compreensão do sentido da “legalidade” experienciado à época. A ausência de uma superioridade hierárquica rígida da lei ao lado da frequente atuação do Executivo no sentido de interferir na solução dos problemas concretos levados à administração da justiça ou perante as autoridades fiscalizadoras, indicam para a existência de um largo arcabouço jurídico que hoje não poderia ser considerado legítimo, mas que naquela época era funcional e servia à necessidade de estabelecimento de segurança jurídica.

Em, “Machado de Assis historiador”, Chalhoub (2003) destacou que nas pesquisas documentais na Diretoria do Ministério da Agricultura do Império, chefiada por Machado de Assis entre as décadas de 1870 e de 1880 os avisos e ofícios sobre escravidão eram raros em meio ao material, dando pouco espaço para a interpretação que era dada à lei do ventre livre naquela repartição<sup>127</sup>. Os avisos emitidos sob a chefia de Machado de Assis regulavam, por exemplo, a exigência de provas simples para comprovação de posse e residência dos cativos dentro das datas exigidas para o registro de escravos. A flexibilização em torno da matrícula dos escravos parecia essencial naquele contexto para que se evitassem as chicanas e, dentre vários exemplos, Chalhoub lembrou que o Conselho de Estado redigiu um aviso em 1878, mandando abrir prazo para matrícula

---

<sup>126</sup> Vide, dentre outros MAMIGONIAN, Beatriz. O Estado Nacional e a instabilidade da Propriedade Escrava: A Lei de 1831 e a matrícula dos escravos de 1872.. Almanack, n.2, nov. 2011. Disponível em: <<http://almanack.unifesp.br/index.php/almanack/article/view/727>>. Acesso em: 24 Fev. 2016.

<sup>127</sup>“Com o tempo, notei a ausência quase completa de avisos e ofícios sobre escravidão e emancipação de escravos nos livros que consultava. Avançava na pesquisa, recorria a outras fontes e tinha notícia desse ou daquele aspecto da lei de 28 de setembro de 1871 discutido na seção, porém não achava nada disso na documentação manuscrita da repartição”.

especial de escravos, em contrariedade à posição mais rígida em favor do prazo estabelecido pela lei de 28 de setembro de 1871.

Quando os pareceres emitidos pelo Conselho de Estado eram publicados na forma de avisos de alcance geral, aquela decisão poderia ser interpretada como tendo “repercussão geral”, passando a regular a generalidade dos casos. Este processo, no entanto, não era automático ou vinculado. As decisões do Conselho de Estado poderiam não ser acolhidas pelo Executivo, mas a sua discricionariedade se estendia também ao alcance da decisão.

Chalhoub analisou uma consulta encaminhada ao Conselho de Estado pelo Ministério da Agricultura em 1873, sobre a situação dos escravos que não haviam sido matriculados em conformidade com a legislação de 1871. Quando o parecer respondeu que os escravos não matriculados teriam o direito à liberdade o governo optou por não reproduzir o parecer na forma de aviso:

Ao contrário do que ocorria freqüentemente nessas situações, o governo imperial, ainda sob a batuta de Rio Branco, não transformou em “aviso” ou “circular” — isto é, em orientação para procedimento geral — este parecer da seção Império do Conselho de Estado. Certamente, temeu as conseqüências de exigir prontamente ações de escravidão a proprietários residentes em locais nos quais sequer houvera matrícula (CHALHOUB, 2003).

### 6.3 O papel especial dos avisos no “regresso conservador”

Com o início “regresso conservador”, quando Bernardo Pereira de Vasconcelos assume a pasta do Ministério da Justiça, pode-se notar uma mudança no uso sistemático dos avisos como instrumentos de governo diante da interpretação das leis. Isto seria especialmente importante como medida de reação às reformas legislativas liberais promovidas nos primeiros anos da regência<sup>128</sup>, sem que fosse necessária uma reforma legislativa igualmente grande na direção contrária.

---

<sup>128</sup>

Como explicou Wolkmer (2005): “A reforma liberal do sistema judicial



### 6.3.1 A “Collecção das Decisões do Governo do Imperio”

O regulamento n. 11 de 24 de fevereiro de 1838 mandava “formar huma Collecção das Decisões do Governo do Imperio”, determinando a compilação de “todas as Decisões do Governo do Imperio que estabelecerem regra e norma constante de proceder em materias de Publica Administração, expedidas por Avisos, Portarias, e Ordens em nome, e com a assignatura dos Ministros e Secretarios de Estado”. Esta compilação parecia essencial para organizar o conjunto de normas criadas para regular a Administração a partir das decisões dos próprios agentes do Poder Executivo. A partir daí seria mais fácil o uso dos avisos não somente como instrumentos de solução para os casos concretos, mas também como “fontes jurídicas” indispensáveis para a prática jurídica não só na área administrativa, mas também na parte processual e criminal.

A vivência do novo código de processo criminal aprovado pelos liberais na regência, ao lado das disposições descentralizadoras do ato adicional, criaria um número enorme de dúvidas e controvérsias jurídicas na aplicação das novas regras pelos agentes da justiça nas diferentes províncias. Embora a análise das fontes indique a predominância de uma continuidade material em uma série de assuntos burocráticos presentes nos avisos ao longo de toda a regência – como as comunicações internas – a partir do “regresso” passa a surgir um tipo de aviso ligeiramente diferente.

As dúvidas ou conflitos relacionados à interpretação das normas nos casos concretos podiam, tradicionalmente, ser levados ao Executivo, que usava dos avisos para comunicar aos agentes públicos – inclusive aos juízes – sobre o conteúdo das suas decisões. Isto ocorria de forma análoga à prática presente no Antigo Regime, em que o “soberano” podia arrogar para si a decisão jurisdicional perante um caso concreto. Assim o governo intervia na administração da justiça através das suas “decisões”. O que passa a ocorrer de forma diferente é que Bernardo Pereira de Vasconcelos começa a emitir avisos *de ofício*, endereçando de forma antecipada aos agentes subordinados ao Executivo a “interpretação oficial” a ser adotada em geral. Assim, de maneira “preventiva”, o Ministério da Justiça

---

no período posterior à Independência se completa com o Código de Processo Criminal. Elaborado por uma comissão conjunta da Câmara e do Senado, apareceu, logo no ano seguinte, o Código de Processo Criminal que, aprovado em 1832, veio atestar nossa autonomia no âmbito do controle, ao mesmo tempo que reforçava as instituições liberais existentes, como o juiz de paz” (p. 87).

passaria a determinar em abstrato a “correta” interpretação da lei, em especial o Código de Processo Criminal, como ficaria claro de diversos avisos emitidos no mesmo dia (11/12/1838) a diversos presidentes de província “sobre a verdadeira intelligencia da disposição do art. 203” e “a respeito da appellação de que trata o Art. 167 do Codigo de Processo Criminal”, e ainda “declarando a maneira de executar bem certos Artigos de Lei”<sup>129</sup> Esta atuação do Ministério da Justiça como uniformizador da interpretação diante das diversas províncias anteciparia e continuaria ao lado do papel que teria o Conselho de Estado.

### 6.3.2 Avisos e o papel do Conselho de Estado

O Conselho de Estado foi um órgão dentro da organização institucional do Império que sempre chamou a atenção dos juristas e historiadores. Seu papel político seria fundamental para a legitimação e a consolidação do Estado nacional e o mesmo assumiria, posteriormente, um sentido administrativo específico. No seu aspecto administrativo o Conselho de Estado serviria de cúpula ao sistema do contencioso administrativo, resolvendo as controvérsias envolvendo os agentes públicos e os interesses da fazenda pública. O Conselho de Estado também teria, ao lado da função administrativa, um papel regulamentar sobre a interpretação judicial das leis. Como explicou J. R. Lima Lopes:

Na dúvida sobre a interpretação das leis, era possível que a controvérsia chegasse ao Conselho em forma de consulta. Isto garantia a aplicação uniforme das leis e sua interpretação, limitando-se, como se acreditava, os poderes do juiz e simplesmente declarar a lei aplicável ao caso concreto, sem inovar nem criar. A resposta à consulta tomava a forma de um Aviso<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Respectivamente: "Aviso de 11 de Janeiro de 1838 dirigido ao Presidente da Provinda das Alagoas, sobre a verdadeira intelligencia, da disposição do art. 203 do Código do Processo Criminal"; "Aviso de 11 de Janeiro de 1838 dirigido ao Presidente da Província das Alagoas, a respeito da appellação de que trata o Art. 167 do Codigo de Processo Criminal"; "Aviso de 11 de Janeiro de 1838 dirigido ao Presidente da Província de Santa Catharina, declarando a maneira de executar bem certos Artigos de Lei". Extraído de Collecção das leis do Império do Brasil, tomo 1, parte 2, secção 9. 1838.

<sup>130</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História**: lições introdutórias.

O Conselho de Estado, portanto, também utilizava de avisos como instrumentos de comunicação de suas decisões perante o Judiciário. Os avisos do Conselho de Estado passariam a fazer parte da interpretação da legislação em vigor, com grande impacto sobre a doutrina e a prática judicial. Como lembrado por Lopes, “na edição das *Ordenações* organizada por Cândido Mendes, e muito utilizada no Segundo Reinado como verdadeiro orientador jurídico, encontravam-se muitos destes avisos expedidos como respostas do Conselho de Estado em casos submetidos a juízes” (p. 301).

Em suas diferentes etapas de existência, o Conselho de Estado serviria também como um suporte institucional para a legitimação das prerrogativas monárquicas em um novo regime liberal. Sua atividade estava relacionada, muito mais do que com a Administração, com os aspectos políticos vinculados ao exercício do Poder Moderador e com as “questões de Estado”, como ressaltaram Guandalini e Fonseca:

É inquestionável a prevalência de debates relacionados ao exercício do Poder Moderador no período, que correspondem a mais de 60 % dos temas abordados nas sessões, enquanto o exercício do Poder Executivo aparece em apenas 31,56 % das sessões. Nessa categoria sobressaem as discussões referentes à concessão de perdão, comutação e anistia (23,68 %), à sanção de resoluções da Assembléia Geral (21,05 %) e à suspensão de magistrados (7,89 %).

Quanto à concessão de perdão, comutação e anistia, trata-se de uma das prerrogativas mais tradicionais do exercício do poder real nas sociedades do Antigo Regime.

Como destacaram Guandalini e Fonseca, pode-se notar uma marcante continuidade na compreensão das prerrogativas monárquicas tradicionais associadas, durante o Império, à atividade do Conselho de Estado. Neste sentido os autores abordaram tal continuidade de forma comum à experiência francesa, utilizando o referencial teórico foucaultiano para explicar o regime de soberania típico por detrás do desenvolvimento do moderno poder disciplinar:

Percebe-se assim a persistência, em uma sociedade que já se pretendia “moderna” (pois constitucional,

liberal), de práticas fortemente arraigadas do antigo dispositivo de poder ainda vigente no país, que atuava muito mais sob o modelo da soberania do que sob o modelo da disciplina (em instalação na França pós-revolucionária, em parte graças à atuação de seu Conselho de Estado).

A atividade do Conselho de Estado antes do início da regência evidencia novamente a importância das antigas concepções sobre as prerrogativas do monarca encarregado de administrar a justiça. Isto porque a discricionariedade de suspender magistrados não consistia em uma forma de aplicar a lei e sistematicamente punir eventuais abusos ou desvios, mas era uma manifestação do poder soberano de arrogar para si a jurisdição e de corrigir o julgamento de seus subordinados<sup>131</sup>. Acompanhada a esta noção tradicional de prerrogativa estava a concepção “moderna” de que os potentados locais, os pequenos detentores de poder local, precisavam ser disciplinados, vigiados e, em última análise, ensinados a governar de forma moderna. Aqui a analogia do Conselho de Estado brasileiro com a experiência francesa se mostra bastante limitada, pois o órgão brasileiro não estaria instituindo um sistema de jurisdição e controle organizado no sentido de criar uma regulamentação administrativa nacional<sup>132</sup>. De fato as pesquisas recentes demonstram que em todos os diferentes momentos de existência do Conselho de Estado no Brasil, o volume de atividades relativas à Administração Pública e o que poderia ser identificado como “Direito Administrativo” compunha uma proporção minoritária das atividades gerais, predominantemente “políticas” do órgão<sup>133</sup>.

De forma sintética, pode-se destacar que o Conselho de Estado durante o primeiro reinado e a primeira metade da regência não exerceu uma função de mediador entre a Administração Pública e os particulares – como o órgão francês com o qual é frequentemente comparado –, mas mediava principalmente as relações entre o chefe de Estado e os poderes externos (relações internacionais) e internos, no sentido da legitimação política e da manutenção da ordem imperial. Como identificaram

---

<sup>131</sup> “A relevância do tema decorre da possibilidade de compreensão inadequada do sentido da prerrogativa, que não consubstancia ato administrativo de suspensão de funcionários públicos por desvio de finalidade ou abuso de poder, mas verdadeira medida soberana de correção de atos de jurisdição”

<sup>132</sup> GUANDALINI; FONSECA. 2014.

<sup>133</sup> GUANDALINI, Gênese do Direito Administrativo brasileiro [tese de doutorado]. UFPR, 2011, GUANDALINI; FONSECA. 2014.

Guandalini e Fonseca, o Conselho de Estado teria inicialmente oferecido ao país recém-independente um traço de continuidade em torno da legitimidade do governo monárquico tradicional, ameaçada pelas rupturas liberais trazidas pelo regime representativo e pelo freio da separação dos poderes.

Somente o “projeto saquarema” para o Conselho de Estado, mais evidente nos escritos do Visconde do Uruguai, traria, ao final da regência, uma concepção mais administrativa para o órgão, sem apresentar uma mudança radical em suas atividades regulares. Ainda assim, é importante destacar que, de acordo com Uruguai, o papel regulamentar exercido pelo ministério da Justiça através dos avisos deveria passar progressivamente para o Conselho de Estado, o que acabaria ocorrendo somente em alguma medida. Com a ascensão do partido conservador ao governo, a predominância do Poder Executivo sobre o Judicial e sobre o Legislativo seria ressaltada como parte essencial do projeto de governo dos conservadores.

### 6.3.3 As críticas ao uso dos avisos como um instrumento de interpretação do governo

No constitucionalismo monárquico brasileiro o monarca tinha um papel importante no legislar pela iniciativa e pelo veto. A interpretação “original” seria aquela de acordo com a finalidade da lei e a intenção do legislador – esta intenção deveria ser sabida pelo executivo, já que ele era dotado da iniciativa e do veto sobre a lei (enquanto ao legislativo cabia deliberar a forma da sua aprovação e servir de representação popular).

O papel forte do Executivo na interpretação das normas jurídicas estava relacionado de forma dúbia com a presença do chamado bacharelismo brasileiro. De fato, como destacado por Wolkmer, dentre outros, o bacharelismo era um traço marcante na cultura jurídica brasileira, destacando o papel tradicional dos juristas como representantes de uma tradição dotada de autoridade e de um papel social altamente influente. A importância social do papel exercido pelos bacharéis não se refletia em um desenvolvimento autônomo da doutrina jurídica na prática.

Como ressaltou José Reinaldo Lima Lopes, apesar da importância cultural do “bacharelismo” no Brasil do século XIX, os mais importantes

juristas do Império quase unanimemente apontavam para a ausência de uma verdadeira “doutrina” jurídica nacional. A pobreza, a superficialidade e a escassez tendia a ser vista como predominante no meio jurídico prático, tanto dos advogados quanto dos juizes. Os “grandes debates” estariam centrados no parlamento e, posteriormente, no Conselho de Estado, promovidos por personagens que atuavam como senadores, deputados e ministros de Estado, muitas vezes de forma alternada. Neste contexto, ocorre um aparente distanciamento entre a produção jurídica “prática” e aquela voltada mais diretamente para as questões de Estado. Real ou aparente, este distanciamento foi utilizado como argumento para a legitimação do direcionamento da interpretação jurídica pelos ministérios e pelos estadistas, operando-se assim uma parcial absorção do “papel da doutrina” pelo governo.

Na obra “Elementos de Direito Administrativo” de Vicente Pereira do Rego (1860)<sup>134</sup>, o papel regulamentar do Poder Executivo seria descrito de forma sintomática. Os regulamentos – incluindo-se os avisos – “são os actos pelos quaes se manifesta a Autoridade do Chefe do Estado em virtude d’uma delegação especial do Poder Legislativo. Elles teem força obrigatoria, como a Lei, e são promulgados e inseridos na Collecção das Leis do Imperio”. Com esta definição, Pereira do Rego cita o doutrinador francês Vivien para argumentar que, ao expedir regulamentos, “a Administração é o *substituto* do Legislador”.

O Poder Executivo manteria um poder de legislar com força obrigatoria através dos seus regulamentos, que, admitidamente, não possuiriam limites claros.

Não ha porém uma regra fixa que determine os limites da alçada da Lei e do Regulamento d’Administração publica. Em certas materias as mesmas Constituições se encarregam de fazer a demarcação, e segundo as fôrmas do Governo, dão maior iniciativa, ora ao Poder Legislativo, ora ao Executivo. Assim em França, como entre nós, o Legislador tem tido sempre sob a sua alçada o estabelecimento do imposto, e um Regulamento d’Administração publica não poderia crear uma contribuição. Mas na maior parte dos casos a Constituição é muda; e concebe-se que devem escapar-lhe os pormenores, além de haver materias

---

<sup>134</sup> Vicente Pereira do Rego. Elementos de Direito Administrativo Brasileiro. Recife: Typ. Henrique de Mira, 1860.

que em razão das afinidades, ou por considerações especiaes, tornam impossivel toda a classificação.

Além de manter certas atribuições de carácter legislativo, o Poder Executivo, segundo um dos primeiros “administrativistas” brasileiros abrangeria duas funções em torno da aplicação da lei. Assim, “este poder, cujo objecto é aplicar as leis, compõe-se de dous elementos: O poder administrativo e o poder judiciario. O primeiro occupa-se do interesse publico; o outro regula os interesses privados”. O Poder Judiciário era interpretado por grande parte da Doutrina brasileira como uma função subordinada ao Poder Executivo. Por isto ficaria clara a submissão dos juizes ao Ministério da Justiça e os mesmos deveriam acatar as ordens presentes nos avisos, recebidos na forma de instruções ministeriais. As instruções ministeriais eram definidas pelo autor:

As Instrucções ministeriaes teem por objecto, ou expedir com algum desenvolvimento as ordens exigidas por alguma circumstancia grave, ou esclarecer os subalternos ácerca do espirito da Lei ou do Regulamento, cuja execução lhes é recommendada. As instrucções ministeriaes são individuaes, quando se dirigem a um só funcçionario, e circulares, quando, sendo do mesmo teor, são endereçadas a todos ou a certos funcçionarios d’uma administração.

As instruções seriam só mais uma forma de prevalência das decisões ministeriais sobre os atos das “autoridades inferiores”. Isto porque prevaleceria internamente ao Executivo o princípio da hierarquia. Por isto a obra sobre o Direito Administrativo de 1860 definia, mencionando a doutrina francesa:

As *Decisões ministeriaes* são proferidas pelos Ministros, ou em solução das questões que lhes são submettidas por autoridades inferiores, ou como applicações de Decretos ou Regulamentos a petições ou reclamações, feitas perante elles por causa de direitos contestados, ou para deferirem favoravel ou desfavoravelmente, em razão do seu poder discricionario, as petições individuaes. N’este caso não podem as decisões dos Ministros

ser atacadas pelo meio contencioso; mas as que versam sobre reclamações feitas em favor de direitos contestados, podem sê-lo sempre perante o Conselho d'Estado; porque teriam mediante a devida intimação força e efeitos de julgamentos (Pradier).

Por esta interpretação ampla das atribuições do Poder Executivo a doutrina estava legitimando a centralidade do Poder Executivo no núcleo constitucional do Estado brasileiro no período imperial. Esta interpretação em favor de um “super-executivo” não era unânime, mas descrevia precisamente as práticas do governo naquele período. Mais preocupado com a separação constitucional dos poderes, Pimenta Bueno destacava também a predominância do Executivo, que exercia os “serviços comuns a todos os ministérios”, deveria “fazer examinar as leis provinciais” e “prestar particular atenção sobre os conflitos de atribuição”.

Falando sobre a diferenciação do direito público e do direito particular, Pimenta Bueno lembrava que caberia ao Poder Executivo o domínio e a supervisão sobre o Direito Público: “sua índole é fazer com que nas relações do cidadão com o Estado esses interesses triumphem sempre, e ainda com sacrificio dos interesses individuaes”.

Diferente de Pereira do Rego, Pimenta Bueno defende uma separação de funções entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Para Pimenta Bueno, o Executivo “é o defensor dos direitos e interesses publicos, defensor até certo ponto discricionario; seus agentes são moveis e delle dependentes, seu processo expeditivo e sem fórmulas necessarias, sem garantias efficazes”. Estas características do Executivo seriam opostas às características do Judiciário, que “tem por encargo ou dominio a applicação das leis, que formão o Direito Particular, a ordem civil, que regulão e compoem os interesses dos indivíduos entre si na qualidade de particulares”.

O Poder Executivo, no entanto, mantinha a sua autonomia e estava ainda em uma relação desigual de poder perante o judiciário. O poder judicial “não possui jurisdicção para decidir questões de ordem administrativa, pois que pertence á competencia exclusiva do governo. É facil conter o poder judicial [...] por meio da instituição ou levantamento do conflicto de attribuição, ou recurso ao governo ou conselho de estado”. Na prática, qualquer questão de interesse da Administração poderia ser levada ao Poder Executivo para ser decidida pelo próprio governo. Neste



sentido, Pimenta Bueno lembra que o mesmo recurso de “conflito de atribuição” não existia sobre os atos do Poder Executivo, pois estes não podiam ser levados ao judiciário.

Pimenta Bueno admite com algumas críticas a preponderância do Poder Executivo de acordo com a Constituição. O Poder Executivo detinha o poder de se autoregular de acordo com os seus critérios próprios e podia ainda regular a atividade judicial e as suas competências “segundo as idéas ministeriaes”. Pimenta Bueno aponta para as consequências abusivas desta interpretação, argumentando que assim o Poder Executivo necessariamente acabaria anulando o Poder Judiciário.

Apesar de algumas críticas importantes aos excessos do Poder Executivo pela interpretação adotada pelo próprio governo já estarem presentes de forma moderada na obra de Pimenta Bueno, o importante livro “Curso de Direito Civil brasileiro” de Antonio Joaquim Ribas, de 1880<sup>135</sup>, conteria as críticas mais abrangentes à centralidade do Poder Executivo e da sua atuação na interpretação doutrinária da lei.

Segundo Ribas não haveria no Brasil uma doutrina especializada em esclarecer o sentido definitivo da legislação, nem exercia o judiciário esta função que lhe pareceria natural, ou por ignorância ou por conveniência política. Ribas se opunha, no entanto, à ascensão do Poder Executivo como intérprete oficial da legislação, negando a validade da aplicação da teoria da interpretação autêntica vinculada ao poder regulamentar.

Ribas aderira à corrente doutrinária concorrente no Império de que caberia ao Poder Legislativo o papel de ser o verdadeiro intérprete legítimo da legislação. Assim, argumentava:

Abstrahindo da interpretação *usual*, que é um prolongamento do facto natural e primitivo da elaboração popular da lei, a única autoridade competente para interpretar authenticamente a lei, é o poder que a confeccionou; só este pôde conhecer o verdadeiro pensamento della, e reconsiderando-o de novo, modificá-lo como convier; é esta a que se denomina interpretação por via de autoridade.

---

<sup>135</sup> Ribas publicou o primeiro volume de sua obra em 1865; utilizou-se aqui o segundo volume, publicado em 1880. Ribas, Antônio Joaquim. Curso de direito civil brasileiro – Rio de Janeiro, 1865 – 2v. Compêndio para uso das Fac. Direito – 2ª ed. – Rio, 1880 – 2v. modificado e acrescido.

Para o civilista, o intérprete legítimo seria aquele mesmo autor da lei. Por “interpretação”, no entanto, muitos entendiam uma expressão vinculada à competência executiva regulamentar. Desta forma advertia: “tem-se, porém, imaginado outra especie de interpretação por via de autoridade, que diz-se competir virtualmente ao Poder Executivo em consequencia da sua attribuição regulamentar”.

Esta “interpretação por via de autoridade” estaria fundada em uma doutrina reiteradamente importada e aplicada pelos líderes do partido conservador para alterar o sentido original da Constituição, pois “esta doutrina parece ter sido importada da jurisprudencia franceza, mas repugna com a nossa lei fundamental”.

Ribas se mostrava contrário à aplicação daquela doutrina no Brasil, porque caso houvesse uma verdadeira “interpretação por via de autoridade”, a Constituição determinava que esta autoridade seria o Poder Legislativo<sup>136</sup>. O Poder Executivo não poderia estabelecer a “interpretação oficial” das normas jurídicas e o seu poder regulamentar deveria se estender unicamente aos agentes administrativos. Segundo Ribas, a separação dos poderes afastaria o poder regulamentar do Executivo sobre o Judiciário:

Nem da attribuição regulamentar concedida ao governo pelo art. 102, § 12 da Constituição, se póde deduzir esta doutrina; porquanto o citado artigo e paragrapho somente lhe-dão a faculdade de *expedir decretos, instruções e regulamentos adequados á boa execução das leis*, na parte em que esta cabe na alçada dos agentes da administração, mas não para applicação que o Poder Judiciário faz das civis, e em geral das do direito privado aos casos occorrentes. Sustentar o contrário é desconhecer a independencia deste poder, que a Constituição teve tanto empenho em assegurar, que não só a proclamou em geral com a dos mais poderes políticos nos arts. 9º, 10 e 98, como especialmente e de novo no art. 151.

---

<sup>136</sup> “A procederem as razões que servirão de fundamento á lei franceza de 16 de Setembro de 1807, é manifesto que a interpretação por via de autoridade, não póde entre nós pertencer senão ao Poder Legislativo, o que aliás é expresso da Constituição art. 15, § 8º” (p. 288).

A oposição doutrinária de Ribas apontava justamente para a atuação sistemática do governo no sentido contrário. Não só o governo usava o poder regulamentar de forma extensiva, mas também utilizava dos avisos instrumentos para resolver casos pendentes à sua maneira:

Mas se o governo não é competente para interpretar por meio de regulamentos as leis civis, muito menos o é para expedir avisos interpretando-as em relação a casos pendentes, a semelhança dos rescriptos dos Imperadores Romanos, e Soberanos Pontífices, ou dos avisos do Conselho de Estado francez, approvados pelo Imperador, durante o reinado de Napoleão I.

Tal prática tão generalizada do governo interferindo em decisões judiciais e determinando a interpretação doutrinária só teria se tornado um costume, segundo Ribas, “pela ignorancia de alguns juizes, e cobardia de outros, que querião, por meio de consultas ao governo, lançar de si a responsabilidade das decisões”. O autor citava ainda que a prática do governo em estabelecer a interpretação obrigatória das leis parecia ter sido herdada do poder que tinha a Casa da Suplicação em Lisboa de dirimir as controvérsias por meio dos seus “assentos”. Isto porque o Supremo Tribunal de Justiça do Império não exercia esta função, mas, segundo Ribas, “se convém dar-se a alguém a attribuição de interpretar doutrinal mas obrigatoriamente a lei, é por certo ao mais elevado Tribunal Judiciario do paiz, e não ao Poder Executivo”. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça não possuísse esta competência explícita de estabelecer a interpretação geral das leis, da forma como exercia este papel a Casa da Suplicação, este “vazio” acabaria sendo preenchido pelos ministérios em suas decisões e avisos.

Mesmo sendo crítico a uma postura interventora do Poder Executivo no plano da legislação, Ribas enquanto civilista precisa adequar ao sistema legal brasileiro um imenso conjunto de normas produzidas de formas diversas e pressupostos de validade distintos dos de sua época. Neste sentido, a noção de “legislação” precisaria ser a mais ampla possível para comportar as variações formais típicas, mas não exclusivas, do Antigo Regime. Assim explica o autor: “Tomamos aqui a palavra – legislação – no sentido mais amplo, como o complexo dos actos

do poder político, que contém preceitos obrigatórios, que expedidos no regimen anterior, que no posterior á independencia nacional”.

A legislação brasileira, entendida como um conjunto de atos do poder político, se dividiria “em ordenações, em leis (*strictu sensu*), decretos, alvarás, cartas régias, resoluções de consulta, provisões, assentos da casa da supplicação, avisos, portarias e ordens”. Este fundamento político da legislação estava relacionado com um passado “absolutista”:

“Cumpre-nos lembrar, que outr’ora todo o poder político, ou o poder absoluto, residia no monarcha, que se consideravva como lei animada na terra. Qualquer que fosse a fôrma de seus actos, elles tinhão em geral a necessaria efficacia para alterar o direito, tanto quanto depende do poder hum ano, uma vez que fosse esta a soberana vontade. O monarcha, porém, ficava sempre superior á lei, salvo se espontaneamente queia submetter-se-lhe”.

No Império, a figura do Imperador teria herdado algumas das atribuições daquelas formas antigas e tendencialmente absolutistas de legislação. O Imperador sancionava as leis exercendo o Poder Moderador, promulgava as mesmas através do Poder Executivo. A comparação com o princípio monárquico vigente por detrás da sanção era ainda evidente: “a sanção ainda é um phenomeno embryonaio da lei, phenomeno mysterioso, e de que o publico não póde ter immediato conhecimento”.

Destacando ainda a continuidade orgânica das instituições do Império, Ribas lembrava que apesar de ter sido extinta a antiga chancelaria, o ministro da Justiça seria o herdeiro daquela instituição e o seu cargo equivaleria ao de chanceler: “hoje acha-se extinta a antiga repartição da chancellaria-mór do Imperio; o grande e pequeno sello passárão para a secretaria de estado dos negocios da justiça, (secção central), e o respectivo ministro e secretario de estado é o chancellor do Imperio”.

A descrição dos atos do Poder Moderador como fenômenos misteriosos, a equivalência do Ministro da Justiça ao antigo cargo de Chanceler do Reino, o poder do governo de *assentar* as controvérsias em torno da interpretação das leis da mesma forma como fazia a Casa da Supplicação do Antigo Regime, todos estes elementos que demonstram os traços de continuidade institucional, apesar do sistema constitucional em vigor, estavam sendo descritos ainda em 1880 pelo conselheiro

encarregado da modernização do direito civil brasileiro no final do século XIX. Isto novamente aponta para a coexistência de diversas camadas históricas presentes nos discursos jurídicos presentes sob o manto do “liberalismo” e do moderno sistema representativo constitucional.

## CONCLUSÃO

A constância dos avisos ministeriais no Império parece seguir da tendência de submeter o direto e os juristas a um controle governamental iniciada no período pombalino. No período do absolutismo, o monarca possuía a seu dispor uma variedade de instrumentos normativos *com força de lei*. Se, após a independência, a *força de lei* foi expressamente retirada dos decretos e dos alvarás pelo sistema jurídico constitucional, o aviso não recebeu a mesma atenção dos constitucionalistas brasileiros e o seu uso tenderia, com o tempo, a emular as funções anteriormente exercidas pelos decretos, cartas régias e “alvarás com força de lei”.

A denominação “aviso” poderia ser dada a qualquer despacho de expediente de uma autoridade pública emitido a outra autoridade. Sua emissão como parte dos negócios de Estado já era prevista no alvará de 29 de novembro de 1643, mas as suas características nunca seriam rigorosamente delimitadas. O contraste dos avisos com os demais instrumentos normativos do Poder executivo mostrou que as suas características principais frequentemente se aproximavam do instituto da portaria ministerial, mas o aviso teria aplicações muito mais amplas e flexíveis durante o Império.

A linguagem jurídica na qual os avisos estavam inseridos no período da regência, ainda que estivesse diante de um regime constitucional de características políticas liberais, seria marcada pelo vocabulário associado ao Antigo Regime e ao absolutismo. Se a capacidade legislativa do monarca se desenvolveu como um dos principais elementos da doutrina absolutista, ao lado da defesa das prerrogativas monárquicas como uma esfera de poder autônoma do governo, o vocabulário de apoio à *potestas legislativa* da Coroa ainda seria reproduzido em pleno liberalismo do século XIX para justificar um papel ativo ao Poder executivo. Este papel ativo do Poder executivo ultrapassava em muito o caráter aparentemente passivo designado pela Constituição de cuidar a aplicação da lei. Para garantir a segurança, a ordem, e a *correta* execução da lei, os antigos elementos que embasavam o poder legislativo do monarca passariam a ser usados para defender um certo dirigismo político social exercido pelo Poder executivo em associação com o Poder moderador.

Como os avisos consistiam em instrumentos do Poder executivo que não possuíam uma delimitação rígida, mas eram legitimados pelo reforço da autoridade genérica do monarca e seus ministros enquanto

*representantes* da sociedade, os mesmos serviriam como um instrumento de governo essencial para os gabinetes formados durante a regência e, principalmente, após o “regresso conservador”. Em conjunto com os outros instrumentos normativos, os avisos serviriam de veículo pelo qual o governo poderia reforçar a autonomia do Poder executivo perante o Poder legislativo e estabelecer o predomínio do Poder executivo sobre a regulação da administração da Justiça.

Os avisos teriam especial importância para a delimitação das competências das autoridades periféricas do sistema imperial, como os juizes de paz, as câmaras municipais, os escrivães e os demais oficiais de justiça, fazenda, etc. Os avisos também seriam responsáveis por esclarecer as regras do processo civil e criminal, do recrutamento militar e da guarda nacional, passando pelo regime da propriedade escrava até as convenientes mudanças nas regras eleitorais.

Dois aspectos práticos do uso dos avisos estariam em aparente confronto com as disposições constitucionais. O primeiro consistia em atribuir ao governo, através do seu poder regulamentar, a capacidade de estabelecer a “interpretação oficial” da lei. O uso dos avisos desta forma não era visto como uma intervenção indevida na atividade judicial, mas era entendido por alguns como uma violação da prevalência do legislador como intérprete original e exclusivo da lei. O segundo uso controverso dos avisos se daria pela suspensão das leis provinciais pelos avisos sob a justificativa de violação das competências legislativas das Assembleias provinciais, delimitada pelo Ato Adicional. Diante deste ponto, o uso dos avisos consistiria em uma prática que contrariava o poder reservado também à Assembleia geral de apreciar as leis provinciais e revogá-las por conta de violações de competência. Estes dois usos controversos dos avisos se tornariam práticas regulares do governo após a regência.

A análise não só das coletâneas de legislação, mas também dos manuais de direito e livros práticos da área, permite avaliar o significativo impacto o uso dos avisos como instrumento de governo no período que segue a regência. A quantidade de avisos presentes nas publicações oficiais do governo aumentaria de forma consistente após o seu início no *regresso* (1837). No segundo reinado, o aumento do número de publicações de “Códigos comentados” e de compilações legais organizadas de acordo com a interpretação dos avisos do governo serviria também para demonstrar a importância e o sucesso deste instrumento normativo.

Ao final, a pesquisa apresentada contribui para a identificação do período de construção do Estado brasileiro como um período de “transição conceitual”, no qual as incertezas políticas se refletiam também

no âmbito de produção das normas jurídicas, que não estava exclusivamente associada ao Poder legislativo, mas que possuía um forte vínculo com a atividade do Poder executivo. Isto, portanto, permite a reavaliação das tradicionais interpretações sobre as “inconsistências” do liberalismo no Brasil imperial, ao permitir para aquele período de transição, marcado pela convivência de diferentes camadas discursivas, a capacidade de criar concepções próprias sobre as fontes e as normas jurídicas, sobre a separação de poderes, sobre a organização e sobre a direção dos poderes do Estado pelo governante.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fontes primárias

*Coleção de leis, decretos e avisos*

- Collecção das decisões do governo do Imperio do Brasil de 1830. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1876.
- Collecção das Leis do Império do Brasil de 1848. Tomo X, Parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1849.
- Collecção da legislação Portugueza desde a ultima compilação das ordenações: Legislação de 1750 a 1762, redigida pelo desembargador Antonio Delgado da Silva. Volume 1, Lisboa: Maignrense, 1830.
- Collecção das leis e decretos o Imperio do Brasil, desde a feliz época da sua independencia, obra dedicada a Assembléa Legislativa; precedida de hum discurso preliminar, e terminada por huma taboa alfabetica, e arrosoada, por MM. \*\*\*. Rio de Janeiro: 1827.
- Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1839, decretos. Rio de Janeiro: Typographia Nacional,
- Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1839, avisos. Rio de Janeiro: Typographia Nacional,
- Collecção das decisões do governo do Imperio do Brasil de 1840, avisos. Rio de Janeiro: Typographia Nacional,
- Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1840, Parte I, decretos. Rio de Janeiro: Typographia Nacional,
- Constituição política do império do Brazil de 25 de março de 1824.
- Constituição Politica do Imperio do Brasil, seguida acto adicional, da lei da sua interpretação e de outras. Analysada por um jurisconsulto e novamente annotada com as leis regulamentares, decretos, avisos, ordens, e portarias que lhe são relativas. Por José Carlos

Rodrigues. Rio de Janeiro: 1863.

- Legislação Brasileira, ou collecção chronologica das leis, decretos, resoluções de consulta, provisões, etc, do império do Brazil, por Nabuco de Araújo, tomo 1. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1837.
- Legislação Brasileira, ou collecção chronologica das leis, decretos, resoluções de consulta, provisões, etc, do império do Brazil, por Nabuco de Araújo, tomo 2. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1837.
- Legislação Brasileira, ou collecção chronologica das leis, decretos, resoluções de consulta, provisões, etc, do império do Brazil, por Nabuco de Araújo, tomo 4. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1838.
- Legislação Brasileira, ou collecção chronologica das leis, decretos, resoluções de consulta, provisões, etc, do império do Brazil, por Nabuco de Araújo, tomo 5. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1838.
- Legislação Brasileira, ou collecção chronologica das leis, decretos, resoluções de consulta, provisões, etc, do império do Brazil, por Nabuco de Araújo, tomo 6. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1838.
- Legislação Brasileira, ou collecção chronologica das leis, decretos, resoluções de consulta, provisões, etc, do império do Brazil, por Nabuco de Araújo, tomo 6. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1838.
- Legislação Brasileira, ou collecção chronologica das leis, decretos, resoluções de consulta, provisões, etc, do império do Brazil, por Nabuco de Araújo, tomo 7. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1838.
- Projecto de Constituição para o Imperio do Brasil. Rio de Janeiro : Typ. Nacional, 1823.
- Repertorio geral, ou, indice alphabetico das leis do imperio do Brasil : publicadas desde o começo do anno de 1808 até o presente, em seguimento ao repertorio geral do desembargador Manuel Fernandes Thomaz,

compreendendo todos os alvarás, apostillas, assentos, avisos, cartas de lei, cartas regias, condições, convenções, decretos, editaes, estatutos, instrucções, leis, obrigações, officios, ordens, portarias, provisões, regimentos, regulamentos, resoluções e tratados

*Relatórios do Ministério da Justiça*

- BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1825 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1833. Rio de Janeiro: s.n., 1826.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1832 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1833. Rio de Janeiro: s.n., 1833.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1833 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1834. Rio de Janeiro: s.n., 1834.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1834 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1835. Rio de Janeiro: s.n., 1835.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1835 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1836. Rio de Janeiro: s.n., 1836.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1840 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1840. Rio de Janeiro: s.n., 1841.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1842 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1842. Rio de Janeiro: s.n., 1843.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1850 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1850. Rio de Janeiro: s.n., 1851.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Relatório do ano de 1857 apresentado à Assembleia-Geral Legislativa na sessão ordinária de 1857. Rio de Janeiro: s.n., 1858.

*Relatórios dos presidentes de província*

- BRASIL. Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, o conselheiro Paulino José Soares de Souza, na abertura da 2.a sessão da 2.a legislatura da Assembléa Provincial, acompanhado do orçamento da receita e despeza para o anno de 1839 a 1840. Segunda edição. Nictheroy Typ. de Amaral & Irmão, 1851.
- \_\_\_\_\_. Relatório do presidente da província do Rio de Janeiro, o conselheiro Paulino José Soares de Souza na abertura da 1.a sessão da 3.a legislatura da Assembléa Provincial, acompanhado do orçamento da receita e despeza para o anno de 1840 a 1841. Segunda edição. Nictheroy, Typ. de Amaral & Irmão, 1851.

*Diários e Anais*

- Annaes do Parlamento brasileiro. Assembléa constituinte do Imperio do Brazil. 1823. Tomos I, II, III e IV. (Annaes parlamentares n. 64). Publicado em 1878.
- Diario da Camara dos Senadores do Imperio de Brasil. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1826.
- Diario da Camara dos Senadores do Imperio de Brasil. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1831.
- Diario da Camara dos Senadores do Imperio de Brasil. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1836.
- Diario da Camara dos Senadores do Imperio de Brasil. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1837.
- Diario da Camara dos Senadores do Imperio de Brasil. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1839.
- Diario da Camara dos Senadores do Imperio de Brasil. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1830.

*Outras obras*

Analyse e Commentario da Constituição Política do Imperio do Brazil ou Theoria e Pratica do Governo Constitucional Brasileiro pelo Desembargador Joaquim Rodrigues Souza. São Luiz: B. de Mattos Typographia, 1867.

Codigo criminal do imperio do Brazil annotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicão, revogão ou alterão algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata connexão. Nova edição; a mais completa; seguido de um appendice contendo a integra das leis addiccionaes ao mesmo codigo posteriormente promulgadas. Por J. M. Pereira de Vasconcellos. Rio de Janeiro: 1860.

Código do processo criminal de primeira instancia para o Imperio do Brazil, com notas, nas quaes se mostram os artigos que foram revogados, ampliados ou alterados. Seguido da disposição provisoria acerca da administração da justiça civil, da lei de 3 de dezembro de 1841 que reforma o mesmo codigo. Rio de Janeiro: Typographia de Manoel José Cardoso, 1842.

Digesto Brasileiro ou Extracto e Commentario das Ordenações e Leis Posteriores ate ao Presente. Segunda Edição revista e accrescentada por Luiz da Silva Alves de Azambuja Suzano, Inspector Thesouraria da Fazenda da Provincia do Espirito Santo. Volume I. Rio de Janeiro: em casa de Eduardo e Henrique Laemmert, 1856.

Digesto Brasileiro ou Extracto e Commentario das Ordenações e Leis Posteriores até o anno de 1841, obra util a todos os cidadaos porque todos devem saber quaes sao as leis de seu paiz. Obra posthuma de hum Desembargador do Porto, emigrado no Brasil. Parte I. Rio de Janeiro: em casa de Eduardo e Henrique Laemmert, 1843.

Esboço para Codigo Civil, por A. Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860.

Estudos Praticos sobre Administração nas Provincias no Brasil

pelo Visconde do Uruguay. Tomo I. Rio de Janeiro:  
B.R. Garnier, Livreiro Editor, 1865.

Estudos Praticos sobre Administração nas Provincias no Brasil  
pelo Visconde do Uruguay. Tomo II. Rio de Janeiro:  
B.R. Garnier, Livreiro Editor, 1865.

Novos impostos. Lei n. 1507 de 26 de setembro de 1867. Fixa  
a despeza e orça a receita geral do Imperio para os  
exercícios de 1867 a 1868 e 1868 a 1869 e dá outras  
providencias. Annotada com todos os regulamentos,  
avisos e circulares publicados até o fim do mez de abril  
de 1868. Rio de Janeiro: 1868.

O cabalista eleitoral ou collecção alphabetica e resumida de  
todos os avisos do ministerio do Imperio relativos á  
materia eleitoral, desde o anno de 1846, acompanhada  
de notas explicativas dos que se achão revogados ou  
modificados pela Legislação moderna, ou por outros  
avisos. Por \*\*\*. Rio de Janeiro: 1868.

ORDENAÇÕES Filipinas. Lisboa: Fundação Calouste  
Gulbenkian, 1985. Edição fac-similada da edição feita  
por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870.

Praxe Forense ou Directorio do Processo Civil Brasileiro  
conforme a actual legislação do Imperio por Alberto  
Antonio de Moraes Carvalho. Tomo quarto. Rio de  
Janeiro: em casa de Eduardo e Henrique Laemmert,  
1850.

Repertorio Constitucional ou indice alphabetico e systematico  
de todas as disposições contidas na Constituição  
Política do Imperio e no Acto Adicional. Rio de  
Janeiro: Laemmert, 1863.

## Dicionários

BLUTEAU, Raphael. Vocabulario portuguez & latino: aulico,  
anatomico, architectonico. Coimbra: Collegio das Artes  
da Companhia de Jesu, 1728.

Diccionario da lingua portugueza - recompilado dos

- vocabulários impressos até agora, e nesta segunda edição novamente emendado e muito acrescentado, por ANTONIO DE MORAES SILVA, 1789.
- Dicionário da Língua Brasileira por Luiz Maria da Silva Pinto, natural da Província de Goyaz. Na Typographia de Silva, 1832.
- Esboço de hum Dicionário Jurídico, Theoretico, e Pratico, Remissivo às Leis Compiladas, e Extravagantes, por Joaquim José Caetano Pereira e Souza, Advogado na Casa da Supplicação. Obra Posthuma. Tomo Primeiro. Lisboa: na Typographia Rollandiana, 1825.
- Esboço de hum Dicionário Jurídico, Theoretico, e Pratico, Remissivo às Leis Compiladas, e Extravagantes, por Joaquim José Caetano Pereira e Souza, Advogado na Casa da Supplicação. Obra Posthuma. Tomo Segundo. Lisboa: na Typographia Rollandiana, 1827.

#### Fontes secundárias

- ABREU, C. DE; RODRIGUES, J. H. Capítulos de história colonial, 1500-1800. Belo Horizonte: Itatiaia/Publifolha, 2000.
- ANDERSON, P. Linhagens do estado absolutista. São Paulo (SP): Brasiliense, 1995.
- ARAUJO, V. L. DE. A experiência do tempo: conceitos e narrativas na formação nacional brasileira (1813-1845). São Paulo: Aderaldo & Rothschild : Editora Hucitec, 2008.
- ARISTÓTELES. A política. 2o ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BARRA, S. Entre a corte e a cidade: o Rio de Janeiro no tempo do rei (1808-1821). Rio de Janeiro, RJ: José Olympio Editora : Prefeitura do Rio de Janeiro, 2008.
- BAUMAN, Z. Legislators and interpreters: on modernity, post-

- modernity, and intellectuals. Cambridge, UK : Oxford: Polity Press ; In association with B. Blackwell, 1987.
- BERCOVICI, G. Soberania e Constituição. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BOBBIO, N. Liberalismo e democracia. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BONIFÁCIO, J. José Bonifácio de Andrada e Silva. 1a ed ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 2002.
- BOUTET, D. Les chansons de geste et l'affermissement du pouvoir royal (1100-1250). Annales. Histoire, Sciences Sociales, v. 37, n. 1, p. 3–14, 1982.
- BOXER, C. R. O império marítimo português, 1415-1825. Lisboa: Edições 70, 1992.
- BRANDÃO DE OLIVEIRA, C.; SALDANHA, N., PONTES FREITAS, RICARDO. História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- BRUNET, P. La notion de représentation sous la Révolution française. Annales historiques de la Révolution française, v. 328, n. 1, p. 27–45, 2002.
- BURCKHARDT, J.; TELLAROLI, S. O Estado como obra de arte. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.
- BURDEAU, F. Histoire du droit administratif: de la révolution au début des années 1970. 1. éd ed. Paris: Presses universitaires de France, 1995.
- CABRAL, L. M. Selos, moedas e poder: o estado imperial brasileiro e seus símbolos. 1a ed ed. Rio de Janeiro, Brazil: Apicuri, 2009.
- CAENEGEM, R. C. V. Uma introdução histórica ao direito privado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CAMARINHAS, N. Juízes e administração da justiça no antigo regime: Portugal e o império colonial, séculos XVII e XVIII. [Lisboa]: Fundação Calouste Gulbenkian : Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2010.



- CANECA, J. DO A. D. *Ensaio Político*. Rio de Janeiro: Editora Documentário, 1976.
- CANECA, J. DO A. D. *Frei Joaquim do Amor Divino Caneca*. 1ª ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 2001.
- CARVALHO, J. M. DE. *A construção da ordem: a elite imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CHARTIER, R. *Origens culturais da revolução francesa*. São Paulo: Unesp, 2009.
- CHEVALLIER, J.-J. *Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale*. *Revue française de science politique*, v. 3, n. 1, p. 5–30, 1953.
- CONSTANT, B.; LABOULAYE, E. *Cours de politique constitutionnelle: ou, Collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*. Paris: BiblioBazaar, 2009.
- CONSTANT, B.; TODOROV, T.; HOFMANN, E. *Principes de politique: applicables à tous les gouvernements (version de 1806-1810)*. Paris: Hachette littératures, 2006.
- CONTE, E. *Droit médiéval. Un débat historiographique italien*. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, v. 57, n. 6, p. 1593–1613, 2002.
- COSTA, H. J. DA. *Hipólito José da Costa*. 1ª ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 2001.
- DAWSON, H. *Locke, language, and early-modern philosophy*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2007.
- DODD, G. *Justice and Grace: Private Petitioning and the English Parliament in the Late Middle Ages*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2007.
- DOLHNIKOFF, M. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil [do século XIX]*. São Paulo: Globo, 2005.
- DUBBER, M. D. *The police power: patriarchy and the foundations of American government*. New York: Columbia University Press, 2005.
- DUGUIT, L. *L'état, les gouvernants et les agents*. Paris:

- Dalloz, 2005.
- EBEL, W. *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*. Göttingen: O. Schwartz, 1988.
- EBEL, W. *Recht und Form: Vom Stilwandel im dt. Recht* : Tübingen: Mohr, 1975.
- ELIAS, N.; SÜSSEKIND, P. *A sociedade de corte: investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia de corte*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Editora Globo, 1991.
- FATOVIC, C. *Outside the law: emergency and executive power*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009.
- FEIJÓ, D. A.; CALDEIRA, J. *Diogo Antônio Feijó*. 1a ed ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 1999.
- FERREIRA, G. N. *Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai*. 1a ed ed. São Paulo, SP, Brasil: Departamento de Ciência Política da USP : Editora 34, 1999.
- FLORY, T. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial, 1808-1871: control social y estabilidad política en el nuevo Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- FRAGOSO, J. L. R.; ALMEIDA, C. M. C. DE; SAMPAIO, A. C. J. DE (ORGS.). *Conquistadores e negociantes: histórias de elites no Antigo Regime nos trópicos: América lusa, séculos XVI a XVIII*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- FRAGOSO, J. L. R.; BICALHO, M. F.; GOUVÊA, M. DE F. (ORGS.). *O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa, séculos XVI-XVIII*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- GOUVÊA, M. DE F. *O império das províncias: Rio de Janeiro, 1822-1889*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira : FAPERJ, 2008.

- GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do estado entre o medievo e a idade moderna. In: Revista Sequência nº 53, Florianópolis: Boiteux, 2007.
- GUIZOT, F. The History of Civilization in Europe. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 2013.
- GUIZOT, M. (FRANÇOIS). M. Guizot's popular history of France. New Haven, Conn., W. Gay and company, 1883.
- HECKSCHER, E. F. La época mercantilista: historia de la organización y las ideas económicas desde el final de la Edad Media hasta la sociedad liberal. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- HESPANHA, A. M. As vésperas do leviathan: instituições e poder político : Portugal, séc. XVII. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- HESPANHA, A. M. Cultura jurídica europeia síntese de um mlénio. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2005.
- HESPANHA, A. M. O direito dos letrados no império português. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- HESPANHA, A. M. O governo dos Áustria e a “modernização” da constituição política portuguesa. Penélope, n. 2, 1989.
- HOBBS, T.; MARINS, A. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- JASMIN, M.. Historiografia e liberdade em L'Ancien Régime et la Révolution. Revista Estudos Históricos, Brasil, 9, jul. 1996.
- KAISER, C. Les cours souveraines au XVIe siècle : morale et Contre-Réforme. Annales. Histoire, Sciences Sociales, v. 37, n. 1, p. 15–31, 1982.
- KOSELLECK, R. et al. Historia y hermenéutica. Barcelona; Barcelona: Paidós ; Universidad Autónoma de México, 1997.
- KOSELLECK, R. Futuro passado contribuição à semântica dos

- tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- KOSELLECK, R.; CASTELO-BRANCO, L. V.-B. Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: EDUERJ [u.a.], 1999.
- KOSELLECK, R.. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *Revista Estudos Históricos, Brasil*, 5, jul. 1992.
- LACOMBE, Américo; TAPAJÓS, Vicente. Organização e Administração do Ministério da Justiça no Império. Brasília: FUNCEP, 1986.
- LE ROY LADURIE, E. O Estado Monárquico. França, 1460-1610. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- LENOIR, N. La loi et les deux visages du citoyen chez J.J. Rousseau. *Philosophiques*, v. 28, n. 2, p. 327, 2001.
- LOPES, J. R. DE L.; PALMA FILHO, A. A.; TOMELIN, G. A. O direito na história: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LOUREIRO, M. J. G. A gestão no labirinto: circulação de informações no Império Ultramarino Português, formação de interesses e construção da política lusa para o Prata (1640-1705). 1ª edição ed. Rio de Janeiro: Apicuri, 2012.
- MADDEN, S. H. L'idéologie constitutionnelle en France : le lit de justice. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, v. 37, n. 1, p. 32–63, 1982.
- MANIN, B. Frontières, freins et contrepoids : la séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787. *Revue française de science politique*, v. 44, n. 2, p. 257–293, 1994.
- MANNORI, L. Storia del diritto amministrativo. 1. ed ed. Roma: GLF editori Laterza, 2001.
- MANSFIELD, H. C. Tocqueville: a very short introduction. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2010.
- MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A Velha Arte de Governar: um estudo sobre política e elites a partir do Conselho de

- Estado (1842-1889). Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2007.
- MATTOSO, J., HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL. História de Portugal. IV, IV., Lisboa: Ed. Estampa, 1997.
- MAXWELL, Kenneth. Marquês de Pombal: paradoxo do iluminismo. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- MAXWELL, Kenneth. A devassa da devassa. A inconfidência mineira: Brasil e Portugal, 1750-1808. 5 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- MOHNHAUPT, H. GRIMM, DIETER. Constituição história do conceito da Antiguidade até os nossos dias ; dois estudos. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012.
- MONTEIRO, Nuno. Identificação da política setecentista. Notas sobre Portugal no início do período joanino. *Análise Social*, vol. XXXV (157), 2001, 961-987.
- PALONEN, Kari. "An Application of Conceptual History to Itself. From Method to Theory in Reinhart Koselleck's Begriffsgeschichte." *Finnish Yearbook of Political Thought* 1 (1997): 39–69.
- POCOCK, J. G. A. The ancient constitution and the feudal law: a study of English historical thought in the seventeenth century :a reissue with a retrospect. Cambridge [Cambridgeshire] ; New York: Cambridge University Press, 1987.
- POCOCK, J. G. A. The ancient constitution and the feudal law: a study of English historical thought in the seventeenth century :a reissue with a retrospect. Cambridge [Cambridgeshire] ; New York: Cambridge University Press, 1987.
- REBECQUE, B. D. C. D. Des Reactions Politiques. Kessinger Publishing, LLC, 2009.
- REBECQUE, B. DE C. DE. Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle de la France, formant une espèce de cours de ... RareBooksClub.com, 2013.

- REBECQUE, B. DE C. DE. *Réflexions Sur Les Constitutions, La Distribution Des Pouvoirs, Et Les Garanties, Dans Une Monarchie Constitutionnelle...* Nabu Press, 2012.
- REVAULT D'ALLONNES, M. *Rousseau et le Jacobinisme : pédagogie et politique. Annales historiques de la Révolution française*, v. 234, n. 1, p. 584–607, 1978.
- RUSSELL, B. *A history of western philosophy*. New York u.a: Simon and Schuster, 1972.
- SÃO VICENTE, J. A. P. B.; KUGELMAS, E. José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 2002.
- SCHENNACH, M. P. *Gesetz und Herrschaft: die Entstehung des Gesetzgebungsstaates am Beispiel Tirols*. Köln: Böhlau, 2010.
- SCHMITT, C. *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*. University of Chicago Press ed ed. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- SCHULTZ, K. *Versalhes tropical: império, monarquia e a Corte Real Portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- SEELAENDER, A. A “Polícia” e as Funções do Estado- Notas sobre a “Polícia” do Antigo Regime. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. 2009, n. 49, p.73-81.
- SEELAENDER, A. L. C.-L. *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre: ein Beitrag zur Analyse der portugiesischen Rechtswissenschaft am Ende des 18. Jahrhunderts*. Frankfurt am Main: V. Klostermann, 2003.
- SEELAENDER, Airton. O contexto do texto: notas introdutórias sobre a história do Direito público. In: *Revista Sequência* nº 53, Florianópolis: Boiteux, 2007.
- SERRÃO, J.; MARQUES, A. H. R. DE O. (ORGS.). *Nova história da expansão portuguesa*. 1a. ed ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1986.
- SIEYES, E. *Qu'est-ce que le Tiers état.* .

- SILVA, A. R. C. DA. Inventando a nação: intelectuais ilustrados e estadistas luso-brasileiros na crise do antigo regime português, 1750-1822. São Paulo: Editora Hucitec : FAPESP, 2006.
- SKINNER, Q.; RIBEIRO, R. J.; MOTTA, L. T. As fundações do pensamento político moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- SPERBER, J. The European revolutions, 1848-1851. Cambridge [England] ; New York: Cambridge University Press, 1994.
- STOLLEIS, M. A history of public law in Germany, 1914-1945. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2004.
- STOLLEIS, M. Public Law in Germany, 1800-1914. New York: Berghahn Books, 2001.
- SUBTIL, J. M. L. L. Actores, territórios e redes de poder, entre o antigo regime e o liberalismo. 2011.
- SUMMERHILL, W. R. Inglorious revolution: political institutions, sovereign debt, and financial underdevelopment in imperial Brazil. New Haven: Yale University Press, 2015.
- SWANN, J. Provincial Power & Absolute Monarchy: The Estates General of Burgundy, 1661-1790. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- TAU ANZOÁTEGUI, V. 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.
- TOCQUEVILLE, A. D. Oeuvres de Alexis de Tocqueville. .
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. O governo dos povos. São Paulo, SP: Alameda, 2009.
- URUGUAI, P. J. S. DE S. Paulino José Soares de Sousa: Visconde do Uruguai. 1a ed ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 2002.
- VASCONCELLOS, Z. DE G. E. Zacarias de Góis e

- Vasconcelos. 1a ed ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 2002.
- VASCONCELOS, B. P. DE. Bernardo Pereira de Vasconcelos. 1a ed ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora 34, 1999.
- VATTEL, E. DE; MIORANZA, C. O direito das gentes ou Princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes. Ijuí: Unijuí, 2008.
- WEHLING, A. Direito e justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1751-1808. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WEHLING, A.. Fundamentos e virtualidades da epistemologia da história: algumas questões.. Revista Estudos Históricos, Brasil, 5, jul. 1992.
- WEHLING, Arno. Ruptura e continuidade no Estado brasileiro, 1750-1850. Historia Constitucional. N. 5 Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- WINOCK, M. As vozes da liberdade: os escritores engajados do século XIX. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- WOLKMER, A. C. Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte, Brasil: Del Rey, 2008.
- WUNDERER, H. Staat und Herrschaft in der Frühen Neuzeit. Stuttgart: Reclam, 2014.