

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**MATRIZES LUSO-EUROPEIAS NA FORMAÇÃO DO
CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: REFLEXOS NA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA**

MÁRCIO DE SESSA

**São Paulo
2014**

MÁRCIO DE SESSA

**MATRIZES LUSO-EUROPEIAS NA FORMAÇÃO DO
CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: REFLEXOS NA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA.**

Dissertação de mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação *Strictu
Sensu* em Direito da Universidade Nove de
Julho - UNINOVE, como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Professor Doutor José Renato Nalini,
Orientador.

São Paulo
2014

Sessa, Márcio de.

Matrizes luso-europeias na formação do constitucionalismo brasileiro: reflexos na prestação jurisdicional contemporânea. /Márcio de Sessa. 2014.

136 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2014.

Orientador (a): Prof. Dr. José Renato Nalini.

1. Constitucionalismo. 2. Matrizes epistemológicas. 3. Reforma do judiciário.

I. Nalini, José Renato. II. Título.

CDU 34

Folha de Aprovação

A dissertação **“As matrizes luso-europeias na formação do constitucionalismo brasileiro: reflexos na prestação jurisdicional contemporânea”**, elaborada por Márcio de Sessa, foi julgada adequada para a obtenção do grau de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final com a nota _____, pela Banca Examinadora adiante identificada.

Banca examinadora:

São Paulo, ____ / ____ / 2014.

Mestrado em Direito – UNINOVE/SP

Área de Concentração: Direito, Empresa e Sustentabilidade.

Linha de Pesquisa: Justiça e o Paradigma da Eficiência

Dedicatória

Pai e Mãe, ouro de mina, coração, desejo e sina...
José e Renata.

Agradecimentos

Concluir um trabalho de pesquisa é sempre uma tarefa incompleta. Sempre há mais para se dizer. Talvez aceitar o fim seja amadurecer pessoalmente e reconhecer as pessoas que contribuíram para isto.

Minha família: mãe, pai, irmãos, sobrinhos, sobrinhas e afilhada.

Pela oportunidade, incentivo, preocupação, generosidade e discussão de ideias, gratidão à professora e amiga, Monica Bonetti Couto.

Ao Professor Vladmir Oliveira da Silveira, pela aposta, contribuição e paciência.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Renato Nalini, que abriu caminhos e novos horizontes para esta pesquisa.

Meu caro coorientador, professor, historiador e amigo Álvaro Andreucci, que me acolheu, devolveu o chão e fez indicações que reviraram a pesquisa.

Aos professores do Mestrado em Direito Uninove, pelo acolhimento e aposta na revelação de novos pesquisadores. Em especial: Professor Orides Mezzaroba, Professora Adriana Silva Maillart, Professor Frederico Costa Carvalho Neto, Professora Samyra Naspolini, Professora Samantha Meyer-Pflug, Professor Marcelo Benachio e Professora Irene Nohara. Obrigado.

Para a equipe da secretaria do mestrado, Angélica, Hiltamar, Viviani e, especialmente, Marli.

Ao CAPES/PROSUP pelo incentivo com a bolsa parcial para consecução desta pesquisa.

Ao parceiro de trabalho e amigo, Thiago Valamede Soares, pela sustentação oferecida.

Aos meus amigos, em especial: Maíra Soares, Alexandre Herbetta, Ângelo Duarte, Aline Magrini, Ricardo Carpim, Paulo Morgado, Renata Mascarenhas, Luciana Jacob, Eduardo Costa Pantaleão e Antonio Luiz Carvalho e Silva.

Sabrina Bologna, amiga e parceria de trabalho. Ao Alberto Guerreiro, pela inestimável contribuição nas transformações da vida.

Por compartilhar parte deste percurso com paciência e com ouvidos atentos. Gratidão à Daniele Januário.

Aos amigos e amigas da saudosa M1, primeira turma do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho, pelos momentos que fizeram inesquecível este período; em especial, Caio Miachon Tenório, Fábio Curi e Sérgio Braga.

Há uma série de fatores, que a lei não substitui, e esses são o estado mental da nação, os seus costumes, a sua infância constitucional...

Machado de Assis

“Se a história fosse vista como algo mais do que anedotas ou cronologias, poderia produzir uma transformação decisiva na imagem de ciência que atualmente nos domina.

Thomas Kuhn

RESUMO

Esta pesquisa pretende investigar as matrizes epistemológicas que organizaram o conceito de constitucionalismo e o poder no Estado brasileiro com o processo de Independência de 1822 para, ao final, identificar reflexos destas matrizes na prestação jurisdicional contemporânea. Contudo, fez-se necessária uma incursão histórica para compreender o lugar da América Latina na constituição da Modernidade, a partir da era dos descobrimentos, para compreender os elementos do eurocentrismo (Dussel) e do pensamento moderno abissal (Boaventura) que se instalaram na colônia brasileira com a transferência da Família Real Portuguesa, em 1808, cujo fenômeno foi determinante para o rompimento do pacto colonial com a Revolução do Porto e a Independência do Brasil. Por estas premissas filosóficas e históricas, analisam-se as características do constitucionalismo e do liberalismo organizados no Brasil e que tiveram em Coimbra a matriz intelectual para a formação de uma elite política e ilustrada para o Império nascente. A matriz judiciária foi analisada em duas vertentes, a jurisdição administrativa amparada no Conselho de Estado, auxiliar do Poder Moderador, então responsável pela produção cultural jurídica e o Supremo Tribunal de Justiça, com poderes de revista para cassar decisões e isolado das “questões políticas” de conflito entre os poderes. Em seguida, detém-se a análise sobre a reorganização do poder com a Constituição republicana de 1891, quando o novo desenho institucional atribuiu poderes de revisão das decisões, de árbitro dos conflitos entre os poderes, bem como inaugurou o controle jurisdicional de constitucionalidade através do meio difuso e atribuiu o poder de interprete último da Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Por fim, identificam-se na prestação jurisdicional contemporânea reflexos desta matriz constitucional que organizou o poder do Estado e da justiça e que pode lançar hipóteses sobre os fenômenos da judicialização da política, politização do judiciário e ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Matrizes Epistemológicas; Reforma do Judiciário; Politização da Justiça.

ABSTRACT

This research aims to investigate the epistemological arrays that organized the concept of constitutionalism and power in Brazil during the process of Independence that took place in 1822 as well as try to identify consequences of these matrices in contemporary jurisdictional service. However, it was necessary to understand a historical foray into the place of Latin America in the Constitution of Modernity, from the age of discovery, to understand the elements of Eurocentrism (Dussel) and modern thought Abyssal (Bonaventure) moving to the Brazilian colony with the Royal Family in 1808, phenomenon which was crucial to the breakup of the colonial pact with Porto Revolution and Independence of Brazil. For these philosophies and historical assumptions, it analyzes the characteristics of the organized constitutionalism and liberalism in Brazil, which had in Coimbra the intellectual matrix for the creation of a political elite for the nascent Empire. The legal basis was analyzed in two parts, the first one is the supported administrative jurisdiction in the State Council, which is auxiliary of the moderator power, responsible for legal cultural production and also the Supreme Court, empowered to review decisions to revoke and isolated from the "political" conflict between the powers. In addition it holds the analysis of the reorganization of power with the Republican Constitution of 1891, when the new institutional model empowered the review of decisions, the arbiter of conflicts between the powers and opened the jurisdictional control of constitutionality through the diffuse means and the Supreme Court assumed the power of last interpret of the Constitution. Finally, we identify the reflections of contemporary adjudication constitutional basis, organized state power and justice and which can propose hypotheses about the phenomena of the judicialization of politics, politicization of the judiciary and judicial activism.

KEYWORDS: Constitutionalism; Epistemological arrays; Judicial reform; Politicization of justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO10

CAPÍTULO I – REFLEXÕES SOBRE O PARADIGMA EUROCÊNTRICO

1.1	O nascimento da modernidade com o descobrimento da América: uma crítica ao paradigma eurocêntrico.....	15
1.2	O pensamento moderno abissal.....	20
1.3	Estado de natureza e território colonial: a legitimação contratualista.....	25
1.4	Colônia: o paraíso edênico.....	31
1.5	A <i>interiorização da metrópole</i> e o <i>enraizamento dos interesses portugueses</i> : o processo da Independência.....	33
1.6	A originalidade brasileira.....	45

CAPÍTULO II – A RECEPÇÃO E FORMAÇÃO DO CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO NO PROCESSO DA INDEPENDÊNCIA

2.1	A influência das reformas pombalinas e a formação da elite política do Estado brasileiro.....	48
2.2	O constitucionalismo abissal: o encobrimento do não sujeito e a fragilidade da representação política.....	58
2.3	O liberalismo conservador.....	70

CAPÍTULO III – A MATRIZ JUDICIÁRIA: DO ISOLAMENTO AO NASCIMENTO DO PROTAGONISMO POLÍTICO

3.1	O Poder Judiciário isolado da Política e o Conselho de Estado como produtor da cultura jurídica nacional.....	79
3.2	A República e a reorganização do Poder: o deslocamento da interpretação para os Tribunais.....	92
3.3	O prenúncio dos dilemas contemporâneos: o Supremo como árbitro dos Poderes e intérprete último da Constituição.....	98

CONCLUSÕES109

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..........125

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de dissertação sobre as matrizes epistemológicas luso-europeias que formaram e organizaram o conceito do constitucionalismo brasileiro será, também, o que não parece ser: uma pesquisa que, no fundo, tocará questões sobre a crise do judiciário, sobre a Justiça e o paradigma da eficiência.

Pesquisar a justiça e o paradigma da eficiência pressupõe que a crise institucional do Judiciário esteja sendo atacada por um paradigma que tem os olhos voltados para a eficiência do sistema de prestação jurisdicional.

Mas, ao autor parece pertinente uma questão: refletir sobre o paradigma da eficiência significa refletir sobre qual paradigma jurisdicional? Qual o formato e qual o desenho institucional do judiciário brasileiro na organização do poder do Estado? Talvez esta seja a grande pergunta orientadora do pensamento-problema deste trabalho que pressuporá, para refletir sobre o judiciário, a necessidade de reflexão sobre a organização do poder constitucional, suas matrizes e os interesses em jogo no campo sócio-político.

Pensar paradigmas pode ser entendido como pensar bases epistemológicas. Neste trabalho, embora fosse desejado, não será desenhado um paradigma, o eixo de organização da pesquisa serão as matrizes epistemológicas que formaram o constitucionalismo e o sistema jurisdicional que hoje se diz em crise. E identificar uma crise não é um ato neutro, como se a crise fosse a mesma sob todas as perspectivas, como algo dado e concreto não passível de interpretações. Ao contrário, identificar uma crise significa, de antemão, fazer escolhas. Escolhas epistemológicas; filosóficas; políticas; metodológicas; e mesmo escolhas ideológicas. Saber-se e reconhecer-se neste emaranhado de escolhas tem o poder de aproximar o pesquisador de uma necessária honestidade intelectual.

Talvez fosse isso o que Boaventura de Sousa Santos quis dizer quando afirmou: “A forma como a crise é identificada condiciona a direção da viragem epistemológica”.¹

Daí a inquietação sobre como identificar a crise institucional do Poder Judiciário. Repare-se que entender a crise do judiciário como institucional, no contexto da organização dos poderes, será de antemão uma escolha de

¹ SANTOS, B. S. *Para um novo senso comum: A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo, Cortez, 2000, p. 55.

identificação. Poderia o trabalho partir de uma identificação da crise do judiciário enquanto uma crise numérica, tão somente de incapacidade de julgamentos em relação aos novos processos, o que seria resolvido, como creem alguns, numa ampliação da estrutura material e humana para dar conta da demanda.

A escolha desta pesquisa, no entanto, parte da crise enquanto crise institucional dos poderes do Estado tal como formados e organizados no Império e reorganizados no desenho da República, matizados pela influência luso-europeia, porém singularizados pelos interesses em jogo. Esta escolha evita pensar o judiciário de forma fragmentada, enquanto objeto isolado e autônomo do contexto em que o direito e as instituições nacionais foram produzidos. Buscar-se-á atravessar o problema com a filosofia, a sociologia, a história, a cultura e o direito.

Pois bem, para evitar ilusões, deve ser dito que este trabalho tem estas proposições no horizonte da identificação do problema crise-do-judiciário. Porém, o foco do problema será fechado no conceito de constitucionalismo brasileiro organizado pelas matrizes luso-europeias e como essas influências foram recepcionadas e absorvidas na construção do Estado brasileiro. Para além da cópia de modelos, da transposição de desenhos institucionais, identificar-se-á a originalidade e a autenticidade com que modelos próprios foram criados a partir do interesse daqueles que controlavam o processo político da organização institucional do Brasil, tanto na fase pré-independência como na pós-independência.

O segundo momento da pesquisa, ou o momento final, tratará de identificar na prestação jurisdicional contemporânea os possíveis reflexos do conceito de constitucionalismo formado no momento fundante do Estado brasileiro e do poder judiciário. No entanto, seria um salto histórico por demais grande? Mas a história é linear? O tempo é linear? São possibilidades e riscos.

Não por acaso o capítulo primeiro proporá uma reflexão enquanto o segundo e terceiro ficarão adstritos aos contornos do constitucionalismo e da organização do poder no nascente Estado brasileiro, em um diálogo de fundo entre as cópias e a singularidade. Ao final, na conclusão da pesquisa, identificar-se-á situações ou entendimentos contemporâneos da prestação jurisdicional cujas raízes possam ter relação com a matriz constitucional e o desenho institucional de organização dos poderes.

Duas palavras, reflexão e reflexo, com a mesma raiz semântica. A primeira, com o sentido de flexionar o pensamento e voltá-lo novamente para algo já visto para refazê-lo; a segunda, como irradiação, como resposta voluntária e rápida ou,

ainda, como um reflexo no espelho. Interessante notar que o reflexo se associa à reflexão por sua negativa, o reflexo é a ausência de reflexão.

Pretender-se-á no primeiro capítulo a promoção da reflexão sobre o paradigma eurocêntrico. Por quê? Porque a leitura que será adotará neste trabalho parte de incluir a América Latina no sistema-mundo que formou a modernidade. Refuta-se a ideia-ideologia-paradigma que entende a modernidade como um produto exclusivamente intraeuropeu, forjado nos estreitos limites da Europa Ocidental. Mas, além disso, será visto como este paradigma foi transportado, instalado e absorvido pela colônia brasileira e como ele esteve, posteriormente, presente e incorporado autenticamente, de modo singular e não apenas como cópia de modelos, no processo de Independência que organizou o poder do Estado no Brasil a partir da construção do conceito de constitucionalismo. Portanto, tratar-se-á de interpretar algumas premissas epistemológicas quanto à constituição da modernidade e o papel político dos territórios coloniais na justificação e legitimação contratualista e como isto influenciou a matriz constitucional brasileira.

No segundo capítulo buscar-se-ão as matrizes da formação intelectual da elite política luso-brasileira, formada na Universidade de Coimbra das reformas pombalinas, e que, posteriormente, estendeu-se ao nascente Império brasileiro com a criação dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda; também a matriz de influências luso-iluministas do constitucionalismo recepcionado no Brasil e como este foi absorvido para, num salto de inversão, compreender como da transposição fez-se singularidade, apropriação, integração. Constitucionalismo que se fez divorciado de uma concepção ampliada de sujeitos e atores políticos, incorporando uma dimensão abissal e de encobrimento da alteridade, não reconhecendo como sujeitos políticos os nativos e escravos.

Neste debate e neste caminho de construção teórica, inexorável, pois, abordar o liberalismo sob a mesma perspectiva de compreender o que foi o liberalismo no Brasil do Império nascente, qual sua matriz, suas características, influências, sua preferência pelas garantias individuais e pela construção institucional em detrimento da democracia. Este capítulo fará o esforço de caracterizar o constitucionalismo, aliado ao liberalismo (embora divorciados), a bem como a estrutura jurídico-político-judicial que forja os limites do edifício legal do Estado nascente.

No terceiro capítulo a pesquisa se deterá sobre o desenho institucional do poder judiciário e do Conselho de Estado no Império. Uma jurisdição administrativa

e uma jurisdição ordinária que dividem as atribuições das questões políticas e questões particulares. O poder de interpretação também será analisado no desenho institucional do Império, cujo contexto de saída do pacto colonial do antigo regime delimitou a divisão e atribuição de poderes. O controle de constitucionalidade, com suas peculiaridades e a ressalva de não se tratar do controle tal como concebido na contemporaneidade, também será analisado como forma de compreender a distribuição do poder constitucionalizado.

Será importante lançar olhar sobre o Poder Moderador, sobretudo em seu órgão auxiliar, o Conselho de Estado, detentor de grande poder na produção jurídica nacional; e, também, sobre o Supremo Tribunal de Justiça e o seu papel coadjuvante no cenário político, embora, será visto que, desde o Império a politização do judiciário foi uma característica presente no desenho institucional brasileiro. Além disso, os poderes do recurso de revista e os debates travados durante o segundo reinado serão apreciados para se compreender a reorganização do poder com a república.

A análise da reorganização do poder com a República será analisada na perspectiva de uma viragem epistemológica associada aos poderes de interpretação e o poder conferido ao Supremo, então Supremo Tribunal Federal, e como decisões seguintes poderão dar conta do surgimento dos dilemas contemporâneos quanto à jurisdição constitucional.

Por fim, a conclusão fará as reflexões levantadas com a pesquisa e lançará a identificação, embora sem condições de amplo aprofundamento, de situações da prestação jurisdicional contemporânea que sejam reflexos da matriz constitucional organizada no Império e reorganizada pelo texto constitucional da república, como os temas de judicialização da política, ativismo judicial e a politização do judiciário.

Também, de forma transversal ao trabalho, perpassara a discussão sobre o processo de descolonização para muito além da Independência declarada em 1822 e como a influência da matriz intelectual, bem como das demais matrizes epistemológicas levantadas com a pesquisa, ainda exercem força sobre o pensamento contemporâneo para reproduzir conceitos de relações arcaicas, que se auto-legitimam.

O objetivo de fundo da pesquisa será o de promover uma reflexão sobre o constitucionalismo sob a perspectiva, a interpretação e a reconstrução de alguns sentidos forjados na história brasileira em detrimento de concepções sobre o conceito de constitucionalismo que partam de uma visão eurocêntrica ou que não

valorizem a história constitucional do Brasil para antes da Constituição de 1988; sobretudo dos primórdios do processo de rompimento do pacto colonial e da abertura histórica para a construção da independência do Estado brasileiro.

CAPÍTULO I – REFLEXÕES SOBRE O PARADIGMA EUROCÊNTRICO

1.1. O nascimento da modernidade como descobrimento da América: uma crítica ao paradigma eurocêntrico

O objetivo deste capítulo será o de promover uma reflexão crítica sobre o paradigma eurocêntrico e identificar os modos formais e substanciais de sua instalação e recepção no Brasil durante o processo de Independência, entre 1808 – 1931. O referencial teórico que circunscreve esta trajetória funda-se nas perspectivas de uma filosofia e sociologia críticas ao paradigma da modernidade para além de uma visão reduzida ao lugar, olhar e ao horizonte do europeu.

Trata-se da formulação de Boaventura de Sousa Santos sobre o *pensamento abissal* e o de Enrique Dussel sobre a *origem do mito da modernidade*. Ambas as leituras guardam perspectivas semelhantes e que permitem um diálogo e uma intersecção para localizar o pensamento ocidental (enquanto um paradigma eurocêntrico) e sua instalação, recepção e organização no território brasileiro a partir da transferência da Corte Real em 1808.

Antes, cuida-se de conceituar o paradigma fundador da Modernidade pela intersecção dos textos escolhidos.

Para Dussel, “(...) América latina desde 1492 é um momento constitutivo da Modernidade, e a Espanha e Portugal como seu momento constitutivo.”² Em sua Conferência 1: eurocentrismo, Dussel desenvolve o argumento sobre como o eurocentrismo, este lugar central que a Europa passou a ocupar na história mundial, somente se constituiu com a descoberta da América e como este componente eurocêntrico é mascarado, sutil, por debaixo da reflexão filosófica e das posições teóricas do pensamento europeu e norte-americano.³

Dussel narra as posições de Kant, Hegel e Habermas, que tratam da Modernidade como um constructo histórico exclusivamente Europeu, ou intraeuropeu, e não relacionado com a descoberta da América Latina, cujos teóricos designam o lugar destes povos como o lugar da imaturidade, da ausência de lei, de Deus, de objetividade; povos sem direito algum perante os dominadores. A Europa é

² DUSSEL, E. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 23.

³ Ibidem, p. 17-26.

o “Centro e o Fim”, como diz Hegel, e tem (para esta concepção de modernidade) por fatos históricos determinantes a Reforma, a Ilustração e a Revolução Francesa.⁴

E é exatamente no sentido oposto que Dussel elabora o nascimento da Modernidade a partir da descoberta da América, posto que, até então a Europa ocidental era a periferia do mundo Muçulmano⁵ e foi pela Alteridade encoberta, pelo Outro distinto e não reconhecido, pela representação do selvagem, imaturo, que se organiza e se fundamenta o pensamento da Europa ocidental para se alçar ao lugar de centro da história mundial em abandono de seu lugar periférico de então.⁶

Esta mudança de posicionamento de periferia do mundo muçulmano para lugar central da história mundial foi recuperada por Dussel com a identificação do *deslizamento semântico do conceito de Europa*⁷, recolocando e reorganizando os acontecimentos determinantes para o nascimento da Modernidade e integrando a América na história mundial e o seu descobrimento como fundante da Modernidade. Uma chave de leitura essencial à constituição do paradigma eurocêntrico, do mito da Modernidade, junto com outros fatores históricos relevantes, como a Revolução Americana e Francesa, a Reforma, a Ilustração alemã, Renascimento Italiano, a industrialização.

⁴ Idem; Cf. DUSSEL, E. Europa, modernidade e Eurocentrismo. In LANDER (Org.), E. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 05, disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624093038/5_Dussel.pdf>. acesso em 10 out.2013.

⁵ Cf. Conferência 6: Excuso: a Europa como “periferia” do Mundo Muçulmano. In: DUSSEL, E. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 112–114. Dussel narra o isolamento da Europa ocidental, periféricos do mundo muçulmano, impedidos de controlar o Mediterrâneo oriental; fracassados com as Cruzadas “por não recuperar alguma presença num polo nevrálgico do comércio do continente euro-asiático”; sua população, cem milhões, era inferior a do Império chinês na época; “A Europa Ocidental nunca fora o ‘centro’ da história, pois não ia além de Viena, ao leste, já que até 1681 os turcos estiveram perto de seus muros, e além de Sevilha em seu outro extremo. (...) Nesta situação, falar de uma Europa como começo, centro e fim da História Mundial – como era a opinião de Hegel – era cair numa miopia eurocêntrica. A Europa Ocidental não era o ‘centro’, nem sua história nunca fora o centro da história. Será preciso esperar por 1492 para que sua centralidade empírica constitua as outras civilizações como sua ‘periferia’. Este fato da saída da Europa Ocidental dos estreitos limites dentro dos quais o mundo muçulmano a prendera constitui, em nossa opinião, o *nascimento da Modernidade*”.

⁶ Ibidem, p. 17–26.

⁷ “A Espanha, como primeira nação “moderna” (com um Estado que unifica a península, com a Inquisição que cria de cima para baixo o consenso nacional, com um poder militar nacional ao conquistar Granada, com a edição da Gramática castelhana de Nebrija em 1492, com a Igreja dominada pelo Estado graças ao Cardeal Cisneros, etc.) abre a primeira etapa “Moderna”: o mercantilismo mundial. As minas de prata de Potosí e Zacatecas (descobertas em 1545-1546) permitem o acúmulo de riqueza monetária suficiente para vencer os turcos em Lepanto vinte e cinco anos depois de tal descoberta (1571). O Atlântico suplanta o Mediterrâneo. Para nós, a “centralidade” da Europa Latina na História Mundial é o determinante *fundamental da Modernidade*. Os demais determinantes vão correndo em torno dele (a subjetividade constituinte, a propriedade privada, a liberdade contratual, etc.) são o resultado de um século e meio de “Modernidade”: são efeito, e não ponto de partida. A Holanda (que se emancipa da Espanha em 1610), a Inglaterra e a França continuarão pelo caminho já aberto.” DUSSEL, E. Europa, modernidade e Eurocentrismo. In LANDER (Org.), E. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 05, disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624093038/5_Dussel.pdf>. acesso em 10 out. 2013.

Com o nascimento da Modernidade originou-se o seu Mito: o des-cobrimento da América veio com um duplo passo dialético: a criação do mito emancipador racional europeu e o en-cobrimento do mito violento irracional para com o Outro: “Esse Outro não foi ‘descoberto’ como Outro, mas foi ‘en-coberto’ como ‘si-mesmo’ que a Europa já conhecia desde sempre; (...) um processo de ‘en-cobrimento’ do não-europeu”. Neste sentido que Dussel traduz a origem da “Modernidade como um fato europeu, mas em relação dialética com o não-europeu como conteúdo último de tal fenômeno.”⁸

Este “si-mesmo” que a Europa já conhecia desde sempre” trata-se da reconstrução, feita por Dussel, do mundo de Cristóvão Colombo com a identificação que, em 1492, ao partir em sua primeira viagem oficial rumo às Índias, suas riquezas, glórias e para expansão da fé cristã, o descobrimento da América se apresenta para Colombo (ou Colombo apresenta a América...) como extensão do continente asiático e, portanto, como uma experiência estética já conhecida; os nativos da América, então, não eram Outro ser, mas o “ser-asiático” já conhecido por Colombo.⁹

Este primeiro momento da “descoberta” foi, para Dussel, a “invenção” do “ser-asiático” pelo não reconhecimento de sua alteridade e distinção, algo que ocorreu tão somente no imaginário daqueles europeus renascentistas. E por isso o conceito de “invenção”: Colombo inventou uma América que já pertencia aos domínios terrestres e simbólicos conhecidos e, por isso, morreu em 1506 com “a clara ‘consciência’ de ter descoberto o caminho pelo Ocidente para a Ásia”; assim, ao descobrir “si-mesmo”, Colombo “inventa” imaginariamente o “ser-asiático”.¹⁰

Coube ao navegador italiano Américo Vespúcio, sob jurisdição portuguesa, a percepção que o prolongamento do continente asiático era, na verdade, um continente novo, uma quarta parte da terra, um Mundo Novo (*Mundus Novus*, livro de Vespúcio que narra a descoberta) e desconhecido: “o *a priori* de todos os conhecimentos da cultura mediterrânea começavam a ser postos em cheque – desde os gregos e árabes até aos latinos”¹¹. Para Dussel, conceitualmente, foi Américo Vespúcio quem “descobriu” a América e que concluiu a trajetória de Colombo com a constituição de “um ‘Mundo Novo’ e desconhecido [que] se abria à Europa”.

⁸ DUSSEL, E. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 23; p. 7–11

⁹ Ibidem, p. 27–41.

¹⁰ Idem.

¹¹ Ibidem, p. 34.

Esta abertura para um Mundo Novo foi o que possibilitou a *particularidade* sitiada e periférica em que se encontrava a Europa se transformar numa potência de *universalidade*, numa Europa centro do mundo, moderna, ao mesmo passo em que “torna todas as outras culturas ‘periferia’ sua”. Este descobrimento e abertura ao desconhecido propiciam uma autointerpretação que organiza o pensamento ocidental fundante da Modernidade a partir de uma eurocentralidade.¹²

E Dussel, nisto, identifica no pensamento de O’Gorman e Habermas o não reconhecimento da América enquanto Outro desconhecido, distinto, fundante da Modernidade naquele contexto; mas tão somente com o reconhecimento de uma potencialidade para o europeu inventar naquele território a sua “imagem e semelhança”; projetar o “si-mesmo”; a dominação eurocêntrica; a definição “intraeuropeia” da Modernidade; o “não-ser”; a “não-importância”; a “não-história”.¹³ A negação da América enquanto fato histórico e conceitual constitutivo da Modernidade constitui o próprio paradigma eurocêntrico no que Dussel denomina de “encobrimento do Outro”.

Do aporte teórico, Dussel desce para a vida cotidiana e invoca, primeiro, a figura da “conquista”, do conquistador, da característica e do processo bélico, militar, de tomada do Outro. A conquista, quando europeus lusos e hispanos avançam da descoberta do território para a sua invasão, ampliando a relação para com os povos nativos, opera a inclusão do Outro na medida em que o faz sua imagem e semelhança, como o “si-mesmo”; incluindo-o como o “si-mesmo”, o exclui como alteridade, como distinção de ser Outro, o nega. A inclusão como “si-mesmo” significa a alienação da alteridade que se subsume “na Totalidade dominadora, como coisa, como instrumento, como oprimido”¹⁴, como encomendado, como escravo, assalariado. O momento da conquista como o momento da violência, da opressão, da supressão para a inclusão espelhada.¹⁵

Da conquista bélica e sua insuficiência para dominação, Dussel invoca a força da colonização cotidiana, ou do cotidiano, dos nativos latinos, a “colonização do mundo da vida”. Aqui, sendo a América a primeira colônia da Europa moderna, a primeira *periferia* antes mesmo da África ou da Ásia, a colonização da vida cotidiana, o controle dos corpos, uma prática de domínio cultural, político, econômico e sexual foi o primeiro processo civilizatório, de modernização e

¹² DUSSEL, E. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 32–36.

¹³ Ibidem, p. 35.

¹⁴ Ibidem, p. 44.

¹⁵ Ibidem, p. 42–50.

alienação de outra cultura.¹⁶

A colonização da vida cotidiana do índio, do escravo africano pouco depois, foi o primeiro processo europeu de modernização, de civilização, de subsumir ou (alienar) o outro como “si-mesmo”; mas agora não mais como uma práxis guerreira, de violência pura, e sim de uma práxis erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, quer dizer, do domínio dos corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalhos, de instituições criadas por uma nova burocracia política, etc., dominação do Outro.¹⁷

A colonização dos corpos e da cultura, da política e da economia também apresenta limites. Dussel identifica, então, a conquista espiritual¹⁸, a colonização do imaginário do latino-americano com uma religiosidade domesticadora, que substituiu a visão do mundo sem que precisasse substituir o mundo, essencial para a mudança total do sentido da existência como rito.¹⁹

Todo o mundo imaginário do indígena era demoníaco e como tal devia ser destruído. Esse mundo do Outro era interpretado como o negativo, pagão, satânico e intrinsecamente perverso. (...) como a religião indígena é demoníaca, e a europeia divina, a primeira deve ser totalmente negada e, simplesmente, começar-se de novo e radicalmente a partir da segunda (...).²⁰

A conquista espiritual encobria a religiosidade nativa e pregava um processo contraditório: o amor de uma religião no seio de uma conquista violenta. A mensagem também era ambígua: o salvador inocente crucificado, em nome do qual se pregava o amor, também justificava a violência contra os nativos. Para Dussel, “um processo de racionalização próprio da Modernidade: elabora um mito de sua bondade (‘mito civilizador’) com o qual justifica a violência e se declara inocente pelo assassinato do Outro”.

Invenção; Des-cobrimento; en-cobrimento; violência; conquista; mundo; cotidiano; espírito; a trajetória que constitui o eurocêntrico como construção narrativa e ideológica que obstrui o reconhecimento da alteridade e, portanto, incorpora a faceta irracional e violenta do Mito Moderno enquanto fundamento de seu pensamento.

A América Latina é fundante e constituinte da origem do Mito da Modernidade e carrega consigo a contrariedade do paradigma eurocêntrico que, ao passo que

¹⁶DUSSEL, E. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 50–53.

¹⁷Ibidem, p. 50.

¹⁸Ibidem, p. 58.

¹⁹Ibidem, p. 63.

²⁰Ibidem, p. 60.

promete e realiza parcialmente a emancipação racional, realiza potencialmente a sua dimensão irracional, violenta e encobridora da alteridade.

1.2. O pensamento moderno abissal

Em diálogo e intersecção com a perspectiva de Dussel, a formulação do sociólogo Boaventura de Souza Santos sobre as *linhas abissais* encontra seu momento fundante, para a construção do paradigma dominante da modernidade, na era das *descobertas imperiais*²¹.

Santos caracteriza as descobertas imperiais como uma relação dialética entre descoberta e descobridor. Nesta relação, o que define o lugar da descoberta e do descobridor é o poder e o saber: quem tiver mais poder e mais saber tem capacidade para declarar o outro como outro, o outro como descoberto, portanto. Por isso, “é a desigualdade de poder e de saber que transforma a reciprocidade da descoberta na apropriação do descoberto. Toda a descoberta tem, assim, algo de imperial, uma acção de controlo e de submissão.”

E mais, para Santos, a descoberta imperial constitui-se por uma dimensão empírica, o ato da descoberta, e outra dimensão conceitual, quanto à ideia do que se descobre. Instigantemente, Santos afirma que o conceito do que se descobre precede a própria descoberta: “a ideia que se tem do que se descobre comanda o acto da descoberta e o que se lhe segue”.²² E próximo do conceito de *encobrimento* de Dussel, Santos afirma que

A descoberta imperial não reconhece a igualdade da diferença e, portanto, a dignidade do que descobre. O Oriente é inimigo, o selvagem é inferior, a natureza é um recurso à mercê dos humanos. Como relação de poder, a descoberta imperial é uma relação desigual e conflitual.

Porém, diferentemente de Dussel, Santos interpreta a descoberta do Oriente como o lugar que descobre o lugar do Ocidente: “o centro da história que começa a ser entendida como universal”. No entanto, é somente no contraste com o não-

²¹ SANTOS, B. de S. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.** 3^a ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 181-190. Nas descobertas imperiais, Souza designa o Oriente como o lugar da alteridade primeira, o Sul, sobretudo a América, como o lugar dos opositos: o selvagem, como inferior, não-humano; e a natureza como o lugar da exterioridade, recurso exploratório; “são descobertas matriciais porque acompanharam todo o milênio ou boa parte dele”. Ibidem, p. 190.

²² Idem.

ocidente que o Ocidente existe, sendo o Oriente o primeiro espelho da diferença. Enquanto o Oriente apresenta-se como a civilização alternativa ao Ocidente, as descobertas imperiais do Sul (América) são o seu oposto: o selvagem e a natureza, recursos para seu uso. Desta forma, Santos conclui que a superioridade do Ocidente reside em ele ser simultaneamente o Ocidente e o Norte.²³

Nesta relação de alteridade civilizacional, Santos caracteriza esta relação dicotômica entre Ocidente e Oriente a partir da concepção de Orientalismo, havendo a civilização ocidental superior e a oriental inferior. O ocidente racional, desenvolvido, humano, dinâmico, diverso, capaz de autotransformação e autodefinição e o seu espelho distorcido e o oriente aberrante, subdesenvolvido, estático, eterno, uniforme, incapaz de se autorrepresentar e, sobretudo, temível pelo *despotismo oriental*, a política, e o *fundamentalismo islâmico*, a religião, devendo, pois ser controlado.²⁴

Embora sejam perceptíveis diferenças na construção da centralidade do argumento que define a formação do paradigma dominante, para Santos, e eurocêntrico, para Dussel, é possível localizar nos descobrimentos do final do século XV uma intersecção muito precisa quanto ao lugar da Europa Ocidental enquanto a periferia de um sistema-mundo cujo centro está na Ásia Central e na Índia. Identificado isso com Dussel, com Santos vem expresso da seguinte forma:

As mudanças, ao longo do milênio, na construção simbólica do Oriente têm alguma correspondência nas transformações da economia mundial. Até ao século XV, podemos dizer que a Europa e, portanto, o Ocidente, é a periferia de um sistema-mundo cujo centro está localizado na Ásia Central e na Índia. Só a partir de meados do milênio, com os descobrimentos, é que esse sistema-mundo começa a ser substituído por outro, capitalista e planetário, cujo centro é a Europa.

É justamente na divisão cartográfica que dividiu literalmente o mundo em sociedade civilizada e território colonial, na era das descobertas do final do século XV, que se sustenta a formulação do sociólogo Santos sobre as *linhas abissais* e o pensamento ocidental.

Portanto, para Santos, “o pensamento moderno ocidental é um pensamento abissal”²⁵ e a inauguração deste sistema que consiste em distinções do que é visível

²³ SANTOS, B. de S. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. 3^a ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 182-183.

²⁴ Idem.

²⁵ SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Lisboa, n. 78, p. 01, out. 2007. Disponível em http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf

e do que é invisível se deu, provavelmente, com a primeira linha global moderna: o Tratado de Tordesilhas entre Portugal e Espanha, em 1494. A divisão das terras colonizáveis entre ambas as metrópoles, portanto, iniciou um processo que fez emergir, em meados do século XVI, as *amity lines* (linhas da amizade), verdadeiras linhas abissais, cujo caráter abissal se manifestou no rígido trabalho cartográfico e nas duras punições em virtude de violações. Dali em diante, o debate político e jurídico entre os Estados europeus sobre o Novo Mundo concentrou-se na “linha global, isto é, na determinação do colonial, não na ordenação interna do colonial”.²⁶

As implicações deste pensamento abissal são que, na fundação deste sistema que consiste em produzir distinções visíveis e invisíveis, as distinções invisíveis fundamentam as visíveis e são estabelecidas pela radicalidade da divisão da realidade social em dois universos distintos: o universo “deste lado da linha” e o universo “do outro lado da linha”. A divisão radical torna “o outro lado da linha”, o colonial, como inexistente enquanto forma de ser relevante ou comprehensível e traduz-se, praticamente, pelo desaparecimento enquanto realidade [relevante]. Toda a sua produção é excluída [e inexistente] (pq colchetes?) porque exterior ao próprio universo que a concepção “deste lado da linha” considera como Outro e, portanto, passível de inclusão.²⁷

Para Santos, a distinção invisível entre sociedades metropolitanas e territórios coloniais (observe-se que são territórios coloniais e não sociedade) constituiu fundamento para se localizar nas metrópoles a tensão do paradigma regulação/emancipação social²⁸, enquanto que, antagonicamente (posto que seja uma característica fundamental do pensamento abissal a impossibilidade de co-existência entre ambos os universos), aos territórios coloniais se aplicam a tensão dicotômica de apropriação/violência.²⁹

Os territórios coloniais, então, eram lugares impensáveis de aplicação do paradigma da regulação *versus* emancipação social e, apesar de inexistirem enquanto realidade cognoscível para a sociedade metropolitana, tal fato não comprometeu o caráter universal que o paradigma da regulação/emancipação

²⁶ SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Lisboa, n. 78, p. 01; 5-6, out. 2007. Disponível em http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf

²⁷ Ibidem, p. 01-02.

²⁸ O paradigma *regulação x emancipação*, apontado por Santos como pertencente das sociedades metropolitanas, tem profundo diálogo com o que Dussel denominou como a racionalidade emancipadora do Mito da Modernidade; enquanto que a mesma correlação pode ser feita ao paradigma apropriação x violência que Santos identifica como pertencente aos territórios coloniais e Dussel propõe como a *outra face* do Mito da Modernidade, o *encobrimento* do Outro pela irracionalidade e violência do paradigma eurocêntrico.

²⁹ Ibidem, p. 02.

representou (e representa) para o pensamento ocidental e, portanto, para os territórios coloniais. Isso porque a capacidade do pensamento abissal em produzir radicalmente distinções faz com que seja necessário para a visibilidade das distinções que estruturam a realidade social da metrópole que estas distinções baseiem-se na invisibilidade das distinções entre este e o *outro lado da linha*.³⁰ Parece contraditório, e o é; porém não se constitui um paradoxo, mas condição de existência do próprio sistema hegemonicó de civilidade metropolitana.

Para seguir adiante com este fundamento que interessa para a compreensão da especificidade do caso brasileiro, tem-se que, para o pensamento abissal, o conhecimento e o direito são as manifestações mais bem acabadas de sua expressão. Isso porque adiante será visto como tanto o direito quanto o conhecimento foram essenciais na organização do Estado brasileiro a partir de matrizes epistemológicas fundadas no eurocentrismo e como são recepcionadas e instaladas estas matrizes no período da fundação política brasileira.

Para o conhecimento, o pensamento abissal concede à ciência moderna o poder declaratório universal de distinguir o verdadeiro e o falso em detrimento de outros dois modos de conhecimento alternativos: a filosofia e a teologia. Embora haja o reconhecimento da relatividade do conhecimento científico marcado por métodos, circunstâncias, etc; o cerne da questão está na disputa epistemológica entre as formas científicas e não-científicas de verdade. Tais distinções entre ciência, filosofia e teologia são distinções visíveis que estruturam a realidade *deste lado da linha*, ou da metrópole, e que, de outro modo, assentam-se na “invisibilidade de outras formas de conhecimento que não se encaixam em nenhuma destas formas de conhecer”. Santos refere-se “aos conhecimentos populares, leigos, plebeus, camponeses, ou indígenas do outro lado da linha” que “desaparecem como conhecimentos relevantes ou comensuráveis por se encontrarem para além do universo do verdadeiro e do falso”; e mesmo os conhecimentos filosóficos e teológicos (alternativos para a ciência) não são passíveis de verificação em correlação aos conhecimentos do território colonial, do outro lado da linha.³¹

Quanto ao direito, Santos estabelece que a distinção metropolitana, deste lado da linha, entre legal e ilegal constitui a única forma relevante de existência perante a lei, de acordo com o direito oficial do Estado ou com o direito

³⁰ SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Lisboa, n. 78, p. 02, out. 2007. Disponível em http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf

³¹ Ibidem, p. 02–04.

internacional. Esta dicotomia central não abarca, e não poderia, todo o território social (não ocidental) em que seria impensável a organização social por este princípio da legalidade estatal. Este território do outro lado da linha encarna a manifestação do a-legal, do não-direito, do fora da lei ou mesmo do legal e ilegal por direitos não reconhecidos pelo monopólio estatal, não oficial, portanto. A visibilidade desta distinção entre legal e ilegal, da mesma forma que o conhecimento, assenta-se na invisibilidade entre os domínios do direito e do não-direito³²; dito de outro modo, “a linha abissal invisível que separa o domínio do direito do domínio do não-direito fundamenta a dicotomia visível entre o legal e o ilegal que deste lado da linha organiza o domínio do direito”³³

As divisões abissais, portanto, em ambos os domínios do direito e da ciência, cumprem a função de eliminar outras realidades que não pertençam ao mundo metropolitano³⁴. Este não reconhecimento do Outro foi fundado, inicialmente, nas linhas cartográficas que dividiram o território colonial entre as metrópoles. Era, portanto, um reconhecimento e uma exclusão literais porque vinculadas ao território. Contudo, houve também a mobilidade do paradigma regulação/emancipação social potencializado pelo processo de colonização e universalização do paradigma ocidental para dentro dos territórios coloniais³⁵, o que possibilitou a desvinculação das distinções abissais da literalidade dos territórios originários para elevá-la ao campo do simbólico.

Da mesma forma, a dicotomia apropriação/violência, porque inexorável ao pensamento abissal, pôde avançar sobre territórios considerados civilizados. Esta mobilidade de paradigmas acompanhou o próprio desenvolvimento do Estado moderno que, por sua vez, (Santos fundamenta sua leitura em Martti Koskeniemi³⁶) conjuntamente com o direito internacional e o constitucionalismo nacional e global, foi produto do processo histórico imperial.³⁷

Em cada um dos dois grandes domínios — a ciência e o direito — as

SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Lisboa, n. 78, p. 04, out. 2007. Disponível em http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf

³³ Idem.

³⁴ Idem. Para Dussel, a ideia de *encobrimento*.

³⁵ Interessante notar a possível correlação com Dussel quanto à *colonização do mundo da vida, a conquista espiritual*, a *colonização do imaginário*, etc., como formas de incorporação, pelos povos dominados, do paradigma ocidental eurocêntrico. No caso brasileiro, literal e simbolicamente, com a transferência da Corte Real para o Rio de Janeiro em 1808.

³⁶ KOSKENIEMI, M. **The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

³⁷ SANTOS, B. de S. **Op. Cit**, p. 04, nota de rodapé nº 09.

divisões levadas a cabo pelas linhas globais são abissais no sentido de que eliminam definitivamente quaisquer realidades que se encontrem do outro lado da linha. Essa negação radical de co-presença fundamenta a afirmação da diferença radical que deste lado da linha separa o verdadeiro do falso, o legal e o ilegal. O outro lado da linha compreende uma vasta gama de experiências desperdiçadas, tornadas invisíveis, assim como seus autores, e sem uma localização territorial fixa. Na verdade, como já apontei, existiu originalmente uma localização territorial, a qual coincidiu historicamente com um território social específico: a zona colonial.

A divisão cartográfica que dividiu o mundo em sociedades metropolitanas e territórios coloniais encontrou como fundamento ao contrato social, as condições de legitimação da proposição de *estado de natureza*³⁸. Os civilizados europeus puderam comprovar, então, que o pacto social voluntário fundador da sociedade política existiu, de fato, porque encontrou exemplos e provas da existência do *estado de natureza* na América recém-descoberta³⁹.

1.3. Estado de natureza e território colonial: a legitimização contratualista

As colônias, então, correspondiam de forma concreta, visível, identificável, como o lugar do não-direito, da liberdade absoluta, da ausência de sujeições, ausência de jurisdição, de governos com representantes escolhidos e, portanto, da ausência da fundação deliberada da sociedade política. Neste sentido, para a Metrópole, as colônias são o Outro irreconhecível⁴⁰.

Santos traduz a questão selvagem como “a diferença incapaz de se constituir em alteridade”; e o lugar de excelência do selvagem, no segundo milênio, foi a América a partir do “Novo Mundo” por Américo Vespúcio que “rompia com a geografia do mundo antigo”. Distante de se constituir enquanto uma ameaça civilizacional, o selvagem representava a ameaça do irracional e o seu valor era o valor de sua utilidade.⁴¹

E foi este o conceito objetivamente explicitado pelos contratualistas para

³⁸ SANTOS, B. de S. *Op. Cit.* p. 06.

³⁹ LOCKE, J. *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo: Vozes, passim, disponível em http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf, acesso em 11 jul. .2013.

⁴⁰ Cf. SANTOS, L. C. V. G. *O Brasil entre a América e a Europa: o Império e o Interamericanismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2004, passim. Santos trata do *outro irreconciliável* no contexto do Império brasileiro em relação às Repúblicas latinas vizinhas, contudo, tal lógica de outro irreconciliável, ou mesmo irreconhecível, aplicava-se e foi reproduzido pelo pensamento abissal aqui introjetado com a Metrópole.

⁴¹ SANTOS, B. de S. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. 3^a ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 185-186.

justificar uma posição hierárquica superior que autoconcedia o poder para ordenar a este Outro não-humano o caminho correto e racional para sua emancipação de uma vida mítica e fanática, inclusive pelo caminho da violência e da irracionalidade.

Dussel, na Conferência 1: eurocentrismo, como dito, narra como o lugar do Americano nativo representou, para os principais teóricos da Europa ocidental (Hegel, Habermas, Kant), o lugar do imaturo, do desprovido de razão, de lei, de Deus e, portanto, necessitado e apto a receber a racionalidade emancipadora eurocêntrica.⁴² Este lugar posiciona a América e seus povos em uma hierarquia valorativa que, objetivamente, refere-se à construção teórica, social e cultural do conceito moderno de Estado e, subjetivamente, constitui o *ego*⁴³ do nascente indivíduo da modernidade.

Como exemplos desta construção teórica, podem ser identificados argumentos dos principais teóricos contratualistas, como John Locke, em seu *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, quando cita os povos do Brasil para demonstrar a evidência da existência do *estado de natureza*:

102. (...) E a se acreditar nas palavras de José Acosta, ele nos diz que em muitas partes da América não havia qualquer governo. “Há manifestamente grandes razões para se supor que esses homens”, diz ele referindo-se aos habitantes do Peru, “durante muito tempo não tiveram nem reis nem comunidades civis, mas viviam em bandos, como atualmente os habitantes da Flórida, os *heriquanas*, os **povos do Brasil** e de muitas outras nações, mas quando a ocasião lhes surgiu na paz ou na guerra, escolheram seus capitães como melhor lhes pareceu” (I. i, c. 25). E mesmo lá, cada homem nasce súbito de seu pai ou do chefe de sua família, e já provamos que a obrigação que uma criança tem de se submeter a seu pai não tira dela a liberdade de se unir à sociedade política de sua escolha. Mas, seja como for, é evidente que esses homens eram realmente livres; e seja qual for a superioridade que alguns políticos queiram reconhecer, hoje em dia, em um ou outro dentre eles, eles próprios não a reivindicaram; eles eram todos iguais porque assim o decidiram, e assim permaneceram até o dia em que decidiram ter governantes. Assim sendo, todas as suas sociedades políticas começaram a partir de uma união voluntária e do acordo mútuo de homens que escolhiam livremente seus governantes e suas formas de governo.⁴⁴ (grifo nosso)

Noutra passagem, Locke afirma que “(...) no início, toda a terra era uma América, e mais ainda que hoje, pois em parte alguma se conhecia o dinheiro”⁴⁵. E,

⁴² DUSSEL, E. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 17–26.

⁴³ Ibidem, p. 35-43; Cf. Conferência 2: “O *ego* moderno nasce nesta autoconstituição perante as outras regiões dominadas”; e, ainda, Dussel trata, neste sentido, do *ego cogito*. Cf. Conferência 3, em especial: “uma fenomenologia do ‘*ego conquiro* (eu conquisto)”.

⁴⁴ LOCKE, J. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Vozes, p. 62, disponível em <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo%20Tratado%20Sobre%20O%20Governo.pdf>, acesso em 11 jul. 2013.

⁴⁵ LOCKE, J. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Vozes, p. 48; parágrafo 49, disponível

adiante, compara o modelo dos índios da América com o modelo que vigorou nas primeiras épocas da Europa e da Ásia, correlacionando diretamente o *estado de natureza* como algo em comum em ambas as histórias das Metrópoles e das Colônias.

108. Vemos, assim, que **os reis dos índios da América – que é o modelo das primeiras épocas na Ásia e na Europa**, quando havia muito poucos habitantes para o território e a ausência de pessoas e de dinheiro não davam aos homens a tentação de ampliar sua posse de terra ou de lutar por uma extensão maior – são pouco mais que generais de seus exércitos; e embora tenham o comando absoluto na guerra, no interior de seu país e em tempo de paz exercem uma dominação muito pequena e têm uma soberania muito moderada; as decisões sobre paz e guerra em geral cabem ao povo ou a um conselho. Somente a guerra, que não admite pluralidade de dirigentes, devolve naturalmente o comando à autoridade única do rei. (grifo nosso)

Thomas Hobbes, outro contratualista responsável pela construção das bases teóricas do Estado moderno, também afirmou a existência do *estado de natureza* com base nos “povos da América”⁴⁶. O *estado de natureza* era questionável⁴⁷, o que demandou esforço de autores contratualistas para encontrarem suas evidências, no exercício de justificar o contrato social em busca por sua legitimidade social. Mas, para Hobbes, o *estado de natureza* significava o estado de guerra de todos contra todos; para isso, o caráter *selvagem* dos territórios coloniais contribuía para sua tese.

Poderá porventura pensar-se que nunca existiu um tal tempo, nem uma condição de guerra como esta, e acredito que jamais tenha sido geralmente assim, no mundo inteiro; mas há muitos lugares onde atualmente se vive assim, porque os povos selvagens de muitos lugares da América, com exceção do governo de pequenas famílias, cuja concórdia depende da concupiscência natural, não possuem nenhuma espécie de governo, e vivem nos nossos dias daquela maneira brutal que antes referi. Seja como for, é fácil conceber qual era o gênero de vida quando não havia poder comum a temer, pelo gênero de vida em que os homens que anteriormente viveram sob um governo pacífico costumam deixar-se cair numa guerra

em http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf, acesso em 11 jul. 2013.

⁴⁶ HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 110.

⁴⁷ TUCK, R apud HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 110.p. XXXIV. Convém a citação: “Muito se discutiu para tentar definir se o estado de natureza de Hobbes é apenas hipotético, uma espécie de experimento mental, ou se ele supõe que poderia ser ou tinha sido uma possibilidade prática. Em diferentes momentos de suas obras, Hobbes deu exemplos do estado de natureza: os mais comuns eram as relações internacionais entre Estados e a condição dos povos aborígenes da América do Norte e dos povos primitivos da Europa. Também acrescentou o exemplo de Caim e Abel no Leviatã em latim, (talvez) suscitado por uma discussão sobre o tema com um jovem admirador francês nos anos de 1650. Não dispomos das cartas de Hobbes sobre o assunto, mas em 1657 o francês expressava ter recebido uma carta de Hobbes explicitando aquilo que poderiam ser exemplos do estado de natureza. (...) fica claro que ele [Hobbes] pensava no tipo de conflito que constituía o estado de natureza como algo que certamente poderia surgir na prática, e que ocorreria com frequência. Com efeito, sua força heurística estava precisamente no fato de representar uma ameaça real, que caberia à sociedade civil assumir.”

civil.⁴⁸

Hobbes ainda faz outras menções aos selvagens da América, como: “Os selvagens da América não deixam de possuir algumas boas proposições morais...”⁴⁹ ou “Esse argumento é tão ruim como o seria os dos selvagens da América que negassem quaisquer fundamentos ou princípios racionais para...”⁵⁰. Portanto, o lugar dos territórios coloniais foi constitutivo da teoria contratualista para justificar, primeiro, (com o significado das *descobertas imperiais*) o poder declaratório do europeu em afirmar a inferioridade do Outro descoberto. Esta declaração do Outro como outro inferior implicou na autoafirmação da superioridade política e de conhecimento do descobridor. Nestas condições, o ideal de um pacto social entre homens livres que marcham para o progresso de uma sociedade pautada pelo crescente valor de critérios científicos (em oposição ao colono selvagem) ganhou sentido e legitimidade social, jurídica, política e cultural.

No plano político e teológico, as Bulas Papais tiveram importância central para as tensões das conquistas de novos territórios. Em 1452 a Bula Papal *Dum Diversas*⁵¹, emitida pelo Papa Nicolau V, autorizava o Rei de Portugal invadir, capturar, subjugar e submeter à escravidão perpétua os sarracenos e pagãos em expedição à África do Norte. Em 1455, ainda o Papa Nicolau V reafirmou, pela Bula Papal *Romanus Pontifex*⁵², o domínio de Portugal sobre os territórios descobertos e afirmou a necessidade de contenção dos excessos dos selvagens, bem como reafirmou a escravidão. Não se trata, pois, de discutir o contexto histórico sobre o conceito de escravidão naquele período, posto que a “servidão perpétua”, citada nas bulas, pode ter maior ligação com o feudalismo do que com a escravidão das nascentes colônias modernas⁵³ que se observou posteriormente; mas cuida-se de perceber como o Outro pertencia a um mundo radicalmente distinto e inconcebível enquanto outra realidade relevante.

Neste contexto, convém apontar que a Bula Papal *Inter Caetera*⁵⁴, emitida pelo Papa Alexandre VI, em 1493, estabelecia que uma nação cristã não poderia

⁴⁸ HOBES, T. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 110.

⁴⁹ Ibidem, p.584.

⁵⁰ Ibidem, p. 284.

⁵¹ Disponível em: <<http://www.doctrineofdiscovery.org/dumdiversas.htm>> acesso em 13 jul.2013; disponível em: <<http://unamsanctamcatholicam.blogspot.com.br/2011/02/dum-diversas-english-translation.html>> acesso em 13 jul.2013.

⁵² Disponível em: <<http://www.papalencyclicals.net/Nichol05/index.htm>> acesso em 13 jul.2013; disponível em <<http://www.nativeweb.org/pages/legal/indig-romanus-pontifex.html>> acesso em 13 jul.2013.

⁵³ Cf. Bula *Dum Diversas*, disponível em: <<http://unamsanctamcatholicam.blogspot.com.br/2011/02/dum-diversas-english-translation.html>> acesso em 13 jul.2013.

⁵⁴ Disponível em: <<http://www.catholic-forum.com/saints/pope0214a.htm>> acesso em 13 jul.2013.

estabelecer o domínio sobre um território anteriormente dominado por outra nação cristã, o que serviu para acirrar os conflitos entre Portugal e Espanha quantos aos descobrimentos e acabou por influir diretamente no *Tratado de Tordesilhas*, celebrado um ano depois, em 1494, e considerado a primeira grande linha global.

Em 1537, a Bula Papal *Sublimus Dei*⁵⁵, do Papa Paulo III, respondia às questões humanistas do século XV e XVI ao afirmar que os índios possuíam alma, eram humanos (ao contrário da concepção anterior que os índios eram sub-humanos) e poderiam, portanto, receber a evangelização que tanto ansiavam⁵⁶. Para Santos, conceber que os índios têm alma na qualidade de um receptáculo vazio se relaciona ao “conceito de vazio jurídico que justificou e ocupação dos territórios indígenas⁵⁷.

No entanto, a controvérsia não encerrou conclusão com a edição da Bula *Sublimus Dei*. Em 1850 teve início o debate conhecido como a *Controvérsia de Valladolid*, cujos atores principais foram Juan Ginés de Sepúlveda e Bartolomeu de Las Casas, que debateram perante uma junta de quatorze notáveis teólogos a justiça das conquistas espanholas na América e a violência contra os nativos-indígenas para escravizá-los e evangelizá-los à força⁵⁸.

Dussel localiza o debate de *Valladolid* como “o mais insigne dos últimos quinhentos anos por suas consequências e atual vigência”. Destaca ele que o cerne do debate volve-se sobre o fato de como o Outro deve ser incluído na civilização e sobre a justificação do uso da violência ou não para isso⁵⁹. Santos também repercute o debate de *Valladolid* para sustentar que foi o paradigma de Sepúlveda,

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.papalencyclicals.net/Paul03/p3subli.htm>> acesso em 13 jul.2013.

⁵⁶ SANTOS, B. de S. *Op. Cit.*, p. 07.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Embora o debate seja da Corte Espanhola, a questão da alma indígena e da sua natureza de bárbaro, selvagem e irracional coaduna-se aos contextos e argumentos desenvolvidos neste trabalho. Ademais, as disputas da época foram travadas entre a Corte Espanhola e a Corte Portuguesa. Neste sentido: Sepúlveda defendia a teoria aristotélica da escravidão natural para justificar a violência contra os índios ao conceituá-los como bárbaros, desprovidos de razão, um tipo inferior de humanidade que deveria se sujeitar ao tipo superior, racional e civilizado do espanhol. Tratava-se, para Sepúlveda, de uma guerra justa contra os nativos-indígenas para implementar a conquista do território, evangelizá-los pela força e extrair ouro da terra. Por outro lado, Las Casas, que viveu 30 anos na América espanhola, defendia que os nativos-índios não se classificavam como bárbaros, afastou a tese da inferioridade cultural, reconheceu que a Igreja e a Corte não detinham jurisdição sobre os nativos-indígenas para puni-los e que o uso da força como método de evangelização é contrário à própria doutrina de evangelização da Igreja. Las Casas defendeu que o único modo de evangelização seria segundo a doutrina de Cristo: com a razão persuadir e com a suavidade extrair e exortar a vontade. A junta de teólogos não chegou à conclusão alguma e silenciou. Ambos debatedores declararam vitória e a Coroa aprovou a Lei Básica de 1573 contemplando ambas as teses debatidas: a persuasão racional e a proibição da escravidão, embora, no caso de resistência, fosse permitido o uso da força. Cf. GOMES, R. A. **Com quê Direito? análise do debate entre Las Casas e Sepúlveda - Valladolid, 1550 e 1551.** 2006, 104 f. Dissertação (Mestrado – Teoria do Direito), PUC-MG, Belo Horizonte, 2006.

⁵⁹ DUSSEL, E. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 75–85.

defensor da violência justificadora da imposição da racionalidade moderna perante a inferioridade selvagem dos nativos americanos, vencedor e ainda hoje vigente.⁶⁰

Defensor da racionalidade moderna, enquanto emancipação aos povos selvagens, porém sustentando o Mito Moderno da justificada violência e irracionalidade, Sepúlveda encontra em Las Casas a defesa da Modernidade racional com reconhecimento da alteridade do Outro, refutando a violência de vitimização e culpabilidade da inocência nativa, para colocar a razão emancipadora como ponto de partida e não chegada apenas.⁶¹

As Bulas Papais, portanto, foram essenciais à constituição das linhas globais estabelecidas dali em diante e que dominaram o debate jurídico-político na definição dos territórios coloniais que passaram, então, a justificar e legitimar o contratualismo [inclusive Português], incorporando ao imaginário do pensamento ocidental religioso os selvagens americanos, sua ausência de governos e de segurança, bem como possuem estreita correlação com o Debate de Valladolid, quando as principais concepções da Modernidade foram debatidas. Tanto para Dussel⁶² quanto para Santos⁶³, o paradigma da Modernidade defendido por Sepúlveda prevaleceu e ainda prevalece quanto aos povos nativos e afrodescendentes e, de um modo geral, como racionalidade crítica intraeuropeia e uma práxis de irracionalidade e violência que extrapola suas fronteiras.⁶⁴

E neste sentido, Santos retoma a presença do *estado de natureza* na justificação da ordem do pensamento abissal para destacar a importância, mais do que dizem, sobre o que silenciam os contratualistas dos séculos XVII e XVIII. O contratualismo silenciou que, para sua justificação teórica e ideológica, foi criado um vasto *estado de natureza* que compreendeu todo o território colonial e que não possuiu qualquer possibilidade de se lançar no caminho da criação de uma sociedade civil (ou política, para Locke) marcada pelo paradigma da regulação/emancipação⁶⁵.

⁶⁰ SANTOS, B. de S. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.** 3^a ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 187-188.

⁶¹ SANTOS, Idem. DUSSEL, idem.

⁶² DUSSEL, E. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 75–85. Interessante apontar que Dussel inclui neste debate a posição do missionário franciscano Gerônimo de Mendieta, traduzida como “Modernidade como utopia”. Mendieta diferia de Sepúlveda quanto ao que fazer depois da “guerra justa”, caso fosse necessária, mas concordava com a necessidade de violência para a emancipação. De outro modo, Mendieta discordava de Lãs Casas quanto ao que fazer com os nativos depois da conquista. Idem.

⁶³ SANTOS, B. de S. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.** 3^a ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 187 - 188.

⁶⁴ SANTOS, Idem. DUSSEL, idem.

⁶⁵ SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista**

A modernidade ocidental não significou o abandono do *estado de natureza* em direção à sociedade civil, mas, ao contrário, consolidou a coexistência entre sociedade civil e *estado de natureza* a partir da instituição de uma linha abissal, que lançou os conhecimentos e as experiências existentes no território colonial no lugar da invisibilidade, da inexistência, da irrelevância; o próprio *estado de natureza* deixa de existir para, porém, fundamentar o constructo do pensamento hegemônico da metrópole civilizada.⁶⁶

1.4. Colônia: o paraíso edênico

Na era dos Descobrimentos, o início da colonização luso-brasileira estava imerso e era a própria constituição e representação literal e a simbólica da distinção entre civilização e primitivismo, racionalidade e irracionalidade, a violência abissal e o encobrimento do Outro. São os constructos teóricos que expressam o nascimento de um sistema-mundo com a Europa alçada como centro e fim de tudo, as bases epistemológicas da nascente Modernidade e seu Mito, como elaboram (ainda que com diferenças e intersecções) Dussel e Santos, e que se implicam diretamente a América espanhola e portuguesa. O Brasil, ainda que se torne Brasil posteriormente, está imerso neste contexto histórico que, conforme será visto adiante, constituiu as bases epistemológicas de sua própria organização, desde colônia até o país nascente com o Império independente em 1822.

E neste sentido a pesquisa caminha para identificar na organização do Estado brasileiro as matrizes epistemológicas que conformam o conceito de constitucionalismo “à brasileira”. Nesta caminhada, como ponte entre períodos históricos, esta passagem foi bem retratada por Raymundo Faoro ao descrever e analisar “A invenção edênica da América”⁶⁷ nos idos iniciais do século XVI, logo com o descobrimento do Brasil com Pedro Álvares Cabral e segundo as cartas de Pero Vaz Caminha, Pero Gandavo e outros, no início da colonização brasileira.

A promessa encantadora de um paraíso edênico e suas delícias cumpriram função perante a população portuguesa empobrecida que não se ajustou à

Crítica de Ciências Sociais, Lisboa, n. 78, p. 01; 07, out. 2007. Disponível em http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf

⁶⁶ Ibidem, p. 06 - 07; passim.

⁶⁷ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 113–119.

expansão marítima capitaneada pela Coroa, capitalistas e comerciantes, sobretudo agravada pelo crescimento populacional de meados do século XV. O excedente populacional diante da crise europeia da época, com a instabilidade econômica, o desemprego, mendicância, trabalhadores da terra vagando pelo espaço urbano, recebiam a sedutora mensagem de rápida ascensão social no território além-mar. Território da liberdade, sobretudo da liberdade do trabalho, garantida pelo indígena e pelo escravo; imagem de território sem repressão e povoado por bons selvagens; terra sem lei, sem governo, sem submissão, praticamente o “chamado anárquico da sociedade sem restrições”⁶⁸, lugar de garantia de “honradamente sustentar sua família”.⁶⁹

A literalidade desta imagem edênica, carregada pela simbologia do pensamento ocidental, coaduna-se às proposições das *linhas abissais* e do *Mito da Modernidade*, com vivacidade e materialidade⁷⁰. E, ao que interessa ao presente estudo⁷¹ e que fundamenta seu percurso, depois de trezentos anos do descobrimento e de colonização, a colônia portuguesa viu-se envolta num processo distinto das colônias hispânicas vizinhas.

O cenário europeu de instabilidade com as transformações em curso com a crise do Antigo Regime⁷², o ambiente político e social agitado com a Revolução Francesa e a ofensiva de Napoleão propiciaram a transferência da Monarquia Portuguesa ao seu território colonial brasileiro, retirando-se do centro do conflito na

⁶⁸ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 116.

⁶⁹ Ibidem, p. 113 – 119. Raymundo Faoro ressalta expressão de Pero de Magalhães Gandavo, *honradamente sustentar sua família*, utilizada em seu livro *História da Província de Santa Cruz*. Gandavo esteve no Brasil entre 1558 e 1572. Ademais, atente-se que neste momento da colonização, a colônia nada oferecia à nobreza, ao comerciante e ao burocrata: a terra era desprovida de ouro e prata, mas podia acalentar a utopia daqueles que não foram acomodados na riqueza da sociedade metropolitana, servindo, inclusive, de refúgio, válvula de escape aos ressentimentos e revoltas que fermentavam na plebe. Ibidem, p.117; Sérgio Buarque de Holanda afirma que: “O que o português vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas a riqueza que custa ousadia, não riqueza que custa trabalho”. In HOLANDA, S. B. de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 49.

⁷⁰ Ainda sobre a distinção de mundos, convém citar o primeiro parágrafo do primeiro capítulo da obra de Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, quando o autor afirma que, [em 1936] “somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra”, ao referir-se à “tentativa de implantação da cultura europeia” no largo território brasileiro, com condições naturais estranhas à cultura europeia, tratando tal episódio que vai da colônia ao Império, como “o fato dominante e mais rico em consequências” (p. 31). Mais adiante, em passagem mais nítida, afirma que perante “Nossa anarquia, nossa incapacidade de organização sólida não representam, a seu ver [daqueles que assim defendem], mais do que uma ausência da única ordem que lhes parece necessária e eficaz. Se a considerarmos bem, a hierarquia que exaltam é que precisa de tal anarquia para se justificar e ganhar prestígio” (p. 33). In HOLANDA, S. B. de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

⁷¹ Não é objeto do presente estudo todo o percurso da colonização portuguesa na América; o caráter exploratório e mercantilista da colonização foi predominante durante os trezentos anos que antecederam a transferência da Corte Real para o Rio de Janeiro. Contudo, este momento inicial da colonização é importante para ilustrar como, de fato, a distinção entre mundo civilizado e território colonial se operou enquanto processo histórico e como a concepção de mundo [ocidental] predominou como paradigma. Cf. PRADO JR, C. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1961; HOLANDA, S. B. de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 43–70.

⁷² Cf. HOBSBAWM, E. J. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 9–30.

tentativa de resistir às mudanças e conservar o poder da Dinastia Bragança⁷³.

A transferência da Corte Real ao território colonial brasileiro apresentou significantes e significados de extrema importância à formação do Estado e da nação brasileira e ao direito que ali se desenvolveu a partir de então e até a contemporaneidade.

Passa-se, então, aos fundamentos do nascente Estado brasileiro e das implicações correlacionadas com esta mudança que altera o lugar das *linhas abissais* ao ter o centro de poder da metrópole instalado em parte do seu próprio território colonial.

Da mesma forma, o *Mito da Modernidade*, com sua razão emancipadora e sua irracionalidade violenta também podem ser pensados nesta mudança de centro de poder que altera toda a conformação do próprio poder, de então, e que principia a organização do Poder no Estado brasileiro.

1.5. A *interiorização da metrópole* e o *enraizamento dos interesses portugueses*: o processo da Independência

O processo da Independência brasileira constituiu um emaranhado de manutenções e rupturas com a Metrópole lusa num ambiente deveras distinto do contexto europeu. Revolução do Porto, em Portugal de 1820, e a Independência do Brasil, de 1822, são fenômenos políticos e sociais indissociáveis⁷⁴. A compreensão da fundação liberal e constitucional de Portugal e do Brasil, quando se desvinculam do liame colonial, deve ter por recorte histórico mínimo os anos entre 1808 a

⁷³Convém citar: “Não é, pois, de estranhar que, no meio da convulsão europeia, os políticos que rodeavam o príncipe d. João trouxessem à tona a velha ideia. (...) agora era a própria dinastia de Bragança que fugia (na visão de alguns), evitava sua dissolução (na visão de outros), ou empreendia uma política audaciosa, escapando da posição humilhante a que Napoleão vinha relegando as demais monarquias.” SCHWARCZ, L. M. O dia que Portugal fugiu para o Brasil. Rio de Janeiro. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, 2007, disponível em <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/o-dia-em-que-portugal-fugiu-para-o-brasil>> acesso em 25 jul. 2013.

⁷⁴São muitas e diferentes as interpretações para o processo de Independência do Brasil. O que há de pacífico nas interpretações é a necessidade de articulação e integração entre a Revolução do Porto e a Independência do Brasil em 1822 para se compreender a formação do Estado Constitucional e da nação brasileira, bem como a necessidade de articulação e integração com as demais revoluções liberais do Velho Continente e os demais processos de independência na América hispânica. As principais interpretações da Independência brasileira que se tornaram paradigmáticas para a historiografia foram as leituras de Caio Prado Junior, Sérgio Buarque de Holanda, Maria Odila Dias, José Murilo Carvalho, como principais expressões. No entanto, a historiografia vem revendo posições cristalizadas e formulando novas leituras e hipóteses sobre este momento da vida nacional. Cf. PIMENTA, J. P. G. A independência do Brasil e o liberalismo português: um balanço da produção acadêmica. **Revista Iberoamericana**, , v.1, n.1., p. 70-105, 2008.

1831/34.

Aqui, nos limites do trabalho proposto, buscar-se-ão algumas das principais características que inauguram o Estado brasileiro conformado na Monarquia Constitucional que se estabeleceu como transição da colônia à metrópole e desta ao Império. Apesar da importância de 1889/1891, com a República, não será possível estender o estudo por este largo período, mas a atenção primordial encerrará as datas chaves fundantes do Estado brasileiro, 1808 e 1822/1831.

Neste capítulo, o objetivo da reflexão crítica desenvolvida sobre o paradigma eurocêntrico será o de identificar como a Corte Portuguesa, imbricada diretamente na era dos descobrimentos e da colonização exploratória e violenta, que não reconhecia o Outro enquanto realidade cognoscível e relevante, instaurou-se neste mesmo território colonial para fundar um novo Império. O enraizamento do Estado português significou o enraizamento do paradigma eurocêntrico enquanto base epistemológica da organização do Poder do Estado brasileiro, não por coincidência, como monarquia constitucional. Não se tratou do encontro de dois mundos⁷⁵, mas do acirramento da violência entre dois mundos que formou as duas faces de uma mesma racionalidade/violência, emancipação e encobrimento, que se enraizou na colônia para florescer no Império.

Neste sentido, a chave de compreensão da Independência e da formação da nacionalidade brasileira, para alguns historiadores como Maria Odila Dias e Sergio Buarque de Holanda⁷⁶, está na transferência da Corte Real para o Rio de Janeiro, em 1808, quando se iniciou o processo de *interiorização da Metrópole* e *enraizamento dos interesses portugueses na colônia*⁷⁷.

Durante os Setecentos, os reinos ibéricos - Portugal mais que a Espanha - compadeciam de descrédito no Velho Continente. Sérgio Buarque de Holanda narrou a perda do respeito e a indagação que surgia sobre os sistemas coloniais [português e espanhol] que se mantinham de forma opressiva e arrogante sobre possessões coloniais imensamente maiores e mais ricas que os territórios metropolitanos. Entre os letrados que frequentavam universidades europeias, surgia a noção das imensas potencialidades desta terra colonial que “o obscurantismo

⁷⁵ Dussel refuta a tese do “encontro de dois mundos” diante da violência imposta para o encobrimento da alteridade do mundo descoberto. Cf. DUSSEL, E. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 58–70.

⁷⁶ HOLANDA, S. B. de. A herança colonial: sua desagregação. In: HOLANDA, S. B. de (org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 6^aed. São Paulo: DIFEL, t. 2: O Brasil Monárquico, 1985.

⁷⁷ DIAS, M. O. L. da S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005.

cobiçoso da mãe-pátria queria para sempre jungida ao seu atraso e impotência".⁷⁸

O quadro geral das transformações do mundo ocidental, naquele início de quadrante do século XIX, pode ser expresso pelo amadurecimento do capitalismo industrial na Inglaterra, marcado por tensões entre os interesses mercantilistas e o liberalismo econômico, acentuadamente entre 1815 e 1841, afetando drasticamente as colônias vinculadas à expansão do Império britânico⁷⁹, bem como caracterizado pelo período de agitações políticas que expressaram a “crise dos velhos regimes da Europa e seus sistemas econômicos” (último quadrante dos Setecentos)⁸⁰.

O cenário de dificuldades do Reino Português e a ebullição política na Europa foram “(...) o pretexto para a fundação de um novo Império Português no Brasil teve evidentes reflexos na política econômica e no processo de separação de Portugal”⁸¹. Observa-se, pois, que a influência do cenário europeu tanto foi determinante para a vinda da Corte Real ao Rio de Janeiro, em 1808, quanto foi determinante para a própria separação que ocorreria anos mais tarde, em 1822. Especificamente, a crise do pacto colonial, acentuada com a Revolução do Porto, foi tensão essencial à separação política entre metrópole e colônia.⁸²

Essa transferência da Corte/Metrópole para a Colônia, seguida de uma transição da Metrópole/Colônia para o Império, marcou o processo de Independência como um processo de continuidades e rupturas com o passado colonial; seja pelo caráter de deslocamento e alteração das *linhas abissais* introjetadas no território colonial, tanto quanto pelo caráter fundante e de transição para um constitucionalismo e um liberalismo marcados por essas rupturas e manutenções.

Ou, no sentido de Dussel, a face racional da Modernidade encontra-se com a sua “outra face” sem mediações e intermediários; o paradigma *eurocêntrico* faz uma imersão na face obscura e violenta do seu próprio Mito para, ali, sobreviver e se reproduzir no seu espelho distorcido.

⁷⁸ HOLANDA, S. B. de. **Op.cit.**, p. 10.

⁷⁹ DIAS, M. O. L. da S., **Op.cit.**, p. 10.

⁸⁰ Cf. HOBSBAWM, Eric J. **A Revolução Francesa**. São Paulo, Ed. Paz e Terra, 1996, p. 9–30. Hobsbawm retrata a Revolução Francesa (e o contexto das condições da França revolucionária) como apenas mais um exemplo, embora o mais dramático e de maior alcance e repercussão no mundo ocidental, dentre tantas revoluções e agitações que caracterizaram uma “era da revolução democrática” com a crise do antigo regime (*ibidem*, p. 10). No entanto, mais a frente, Hobsbawm afirma que: “Mas, de modo geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789 – 1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários.”

⁸¹ DIAS, M. O. L. da S., **Op.cit.**, *Idem*.

⁸² BARBOSA, S. R. Indeterminação do constitucionalismo imperial luso-brasileiro e o processo de independência do Brasil, 1821-1822. *In* PEREZ-COLLADOS; J. M; BARBOSA, S. R. . (Orgs.). **Juristas de la Independencia**. Madrid: Marcial Pons, 2012, v. 1, p. 103-129.

No entanto, a visão historiográfica, demasiada preocupada em integrar a emancipação política brasileira às pressões do cenário internacional, conforme Dias afirma, apesar de ser justificação legítima, cometeu o inconveniente de se vincular demais aos acontecimentos da época num plano muito geral, o que contribuiu de forma decisiva para a difusão e “o apego à imagem da colônia em luta contra a metrópole, deixando em esquecimento o processo interno de ajustamento às mesmas pressões”.⁸³

Este ajustamento interno frente às pressões externas “parece ser a chave para o estudo da formação da nacionalidade brasileira”⁸⁴ ao cuidar exatamente dos processos de *interiorização da metrópole* e de *enraizamento do Estado português no centro-sul da colônia* que, aliados às tensões com a Revolução do Porto, foram determinantes para o próprio modo como a Independência ocorreu e para os rumos que o Império nascente tomou⁸⁵. Foi a representação do projeto de um novo Império português no além-mar, cujo objetivo era se tornar o baluarte do *absolutismo* nas Américas. No contexto regional, o baluarte do *absolutismo* representaria o projeto civilizatório de um Império monárquico, embora constitucional, em meio às anárquicas ex-colônias hispânicas⁸⁶, legítimas representantes do imaginário selvagem do território colonial.

A vinda da Corte Real para o Brasil, em 1808, significou uma ruptura com setores políticos do reino. As dissidências e cisões internas do reino, que vinham desde a Revolução Francesa, foram se acentuando com as divergências entre portugueses do reino e portugueses da nova Corte⁸⁷. As dissidências domésticas da nova Corte tenderam a intensificar-se. Contudo, não se pode confundir esta intensificação da dissidência de portugueses da nova Corte “com uma luta brasileira nativista da colônia *in abstrato* com a metrópole”⁸⁸, conforme adverte Dias, mas deve ser contextualizada e integrada ao jogo dos atores políticos da nova Corte em face do cenário internacional e da situação do reino fragilizado pelo cenário europeu do pós-revolução francesa.⁸⁹

⁸³ DIAS, M. O. L. da S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed., São Paulo: Alameda, 2005, p. 12.

⁸⁴ Ibidem, p. 31.

⁸⁵ Ibidem, p. 19; *passim*; Cf. SANTOS, L. C. V. G. **O Brasil entre a América e a Europa: o Império e o Interamericanismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2004, *passim*.

⁸⁶ SANTOS, L. C. V. G. **O Brasil entre a América e a Europa: o Império e o Interamericanismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2004, *passim*.

⁸⁷ DIAS, M. O. L. da S. **Op.cit**, p. 13.

⁸⁸ DIAS, M. O. L. da S. **Op.cit**, p.13

⁸⁹ Ibidem, p. 11-14.

A história da emancipação política do Brasil tem a ver, no que se refere estritamente à separação política da Mãe Pátria, com os conflitos internos e domésticos do reino, provocados pelo impacto da Revolução Francesa, tendo mesmo ficado associado à luta civil que se trava então entre as novas tendências liberais e a resistência de uma estrutura arcaica e feudal contra as inovações que a nova Corte do Rio tentaria impor ao reino.⁹⁰

A nova Corte, portanto, diante da fragilidade do reino sacrificado e aflita com a invasão francesa, alimentada pelo clima de guerra com Napoleão e desperta aos temores de agitações jacobinas, bem como diante da generalização da fome, dos portos paralisados, da industrialização incipiente prejudicada, da esperança de reviver a intermediação dos produtos coloniais eliminadas pelo tratado de 1810, da pressão da antiga nobreza, entendia o novo Império em gestação como a salvação do reino, capaz de re-equilibrar a vida econômica de Portugal mediante uma política puramente comercial e financeira.⁹¹

Neste intento, somente os esforços da Nova Corte não seriam suficientes, sendo necessário submeter o Reino, no território além-mar, à modernização da estrutura social e econômica, com reformas na estrutura arcaica do sistema de propriedades fundiárias. Tratava-se de reconstruir a antiga metrópole. Isto, porém, não poderia ser feito exclusivamente à custa da prosperidade do novo Império nascente.⁹²

A Corte não hesitaria em sobrecarregar as províncias do norte do Brasil de despesas que viriam acentuar as características regionais de dispersão; mas, como esses recursos não bastavam, preferia introduzir reformas econômicas e sociais no reino a fim de evitar sobrecarregar a Corte que começava a enraizar-se no estreitamento de seus laços de integração no Centro-Sul.⁹³

Contudo, a nova Corte não obteve sucesso com “as reformas moderadas de liberalização e reconstrução que se propôs a executar no reino”, ao contrário, o fracasso com as reformas no Reino acentuou as tensões que culminaram com a Revolução do Porto⁹⁴.

O cenário do reino era deveras grave, ao ponto de Dom João VI, ao receber a notícia da sublevação do Porto - promovida por juristas e letrados com o apoio ostensivo dos comerciantes a exigir uma constituição que regulasse a vida entre

⁹⁰ DIAS, M. O. L. da S. **Op.cit**, p. 13.

⁹¹ Ibidem, p. 13-15.

⁹² Ibidem, p. 14 - 15. Importante ressaltar que, segundo Dias, havia pressão dos ingleses para que as reformas de modernização da antiga metrópole ocorressem. Os ingleses chegaram a sugerir a convocação das antigas Cortes, o que foi refutado pelo Príncipe Regente. Ibidem, p. 14, nota de rodapé.

⁹³ Ibidem, p. 15.

⁹⁴ DIAS, M. O. L. da S. **Op.cit**, p. 17.

cidadãos e governo, ao modelo da carta espanhola de 1812 - decidiu, então, convocar as “velhas e anacrônicas Cortes da monarquia”, convocadas pela última vez em 1698, cujos poderes para apresentar emendas, alterações ou proposições foram concedidos para a “utilidade da prosperidade da Monarquia”.⁹⁵

Durante este período, os impactos das agitações constitucionalistas da revolução liberal portuguesa que abarcaram na colônia vieram a fermentar as contradições e tensões internas, gerando momentos de grande apreensão e, por outro, acentuando o processo de *enraizamento dos interesses portugueses na metrópole que se interiorizava*. Os investimentos de enraizamento se davam de várias formas, desde o investimento em grandes obras luxuosas, aquisição de propriedades luxuosas, compra de terras e até o estabelecimento de firmas e negócios.⁹⁶

Mesmo a febre do constitucionalismo, no período da Revolução do Porto, não abalou a condição política da Corte, que carregava uma simbologia messiânica diante da fascinação da massa de povos mestiços, escravos e desempregados “incapazes de se afirmarem, sem meios de expressão política (...) por demais presos ao condicionamento paternalista do meio em que surgiram”. A figura do bom pai que cura as feridas dos filhos exercia grande poder sobre esta massa de povos em estado de miséria.⁹⁷

A Revolução do Porto, em 1820, imbuída de ideais liberais e constitucionalistas, radicalizou na defesa e na aspiração de uma Constituinte que outorgasse a autoridade mediante o mandato popular em detrimento de tradicionais prerrogativas, usos, costumes, veneradas desigualdades fundadas na autoridade divina. Os revolucionários do Porto exigiam o retorno do centro do Reino para Lisboa para que, assim, fosse despojado o Brasil de sua posição e privilégios angariados a partir de 1808. Eles acirraram a representação de um movimento antiabsolutista e antibrasileiro, o que fez ecoar, nas terras de aquém-mar, a tensão da restauração ao estatuto de colônia, um retrocesso, portanto, para a colônia que já ostentava o título de Reino.⁹⁸

⁹⁵ FAORO, R. Assembleia Constituinte: a legitimidade resgatada In: FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007, p. 170.

⁹⁶ DIAS, M. O. L. da S. **Op.cit.**, p. 21; 24.

⁹⁷ Ibidem, p. 27.

⁹⁸ HOLANDA, S. B. de. A herança colonial: sua desagregação. In: HOLANDA, S. B. de (org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 6^a ed. São Paulo: DIFEL, t.02: O Brasil Monárquico. 1985, p. 13. Para Dias: “O fato é que a consumação formal da separação política foi provocada pelas dissidências internas de Portugal, expressas no programa dos revolucionários liberais do Porto, e não afetaria o processo brasileiro já desencadeado com a vinda da Corte em 1808”. In: **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São

Nesta tensão com a Revolução do Porto, a constituição de fortes laços de enraizamento dos interesses dos portugueses no território colonial aproximou-os dos interesses das classes dominantes nativas. O processo de interiorização da metrópole foi suficientemente forte para que as forças de desagregação interna fossem suprimidas e os conflitos e desarranjos da sociedade fossem neutralizados⁹⁹, a crise do pacto colonial acentuada neste contexto, possibilitou o seu próprio rompimento com a manutenção da legitimidade dinástica dos Bragança na colônia declarada independente.¹⁰⁰

Não por acaso, durante os anos que precedem 1822, como logo após, principalmente, verificou-se a sobrevivência de uma ordem aristocrática no território colonial brasileiro em processo de separação do Reino. Desde D. João VI, com a vinda da Corte, títulos da aristocracia foram concedidos aos portugueses de aquém-mar. D. Pedro I, já no Império, prossegue com farta distribuição dos adornos nobiliárquicos numa terra desprovida da tradição que os caracterizam, “verdadeira caricatura da nobreza de linhagem”. Compreensível, inclusive, segundo Holanda, que o abuso de concessões se acentue justamente no período posterior à dissolução da Assembleia Constituinte de 1823, quando o Imperador mais precisava de adeptos e até de cúmplices para seus desmandos.¹⁰¹

Contudo, os títulos aqui concedidos foram dissociados de sua natureza religiosa¹⁰², razão principal para se concluir, a despeito da multiplicação dos adornos, que não houve “propriamente um corpo de nobreza” no Império, mas que se mantém uma instituição aristocrática ao longo do Império, ainda que sua Constituição [de 1824] tenha “abolido quaisquer privilégios, além dos que se achassesem essencial e integralmente ligados aos cargos por utilidade pública”.¹⁰³

Noutra perspectiva, o *enraizamento* do Estado Português no território centro-

Paulo: Alameda, 2005, p. 12.

⁹⁹ HOLANDA, S. B. de. **Op.cit.**, p. 30; 37.

¹⁰⁰ Para aprofundamento da tensão da crise do pacto colonial, ver BARBOSA, S. R. Indeterminação do constitucionalismo imperial luso-brasileiro e o processo de independência do Brasil, 1821-1822. In PEREZ-COLLADOS, J. M.; BARBOSA, S.R. (Orgs.). **Juristas de la Independencia**. Madrid: Marcial Pons, 2012, v. 1, p. 103-129.

¹⁰¹ HOLANDA, S. B. de. **Op.cit.**, p. 29-34.

¹⁰² “Por sua vez, as ordens honoríficas herdadas da antiga metrópole logo mudarão aqui de natureza e caráter. Para começar, perderão o cunho religioso, o que é compreensível, uma vez que a Assembleia Geral negou beneplácito à bula de Leão XII, concedendo aos Imperadores o grão-mestrado perpétuo delas. A razão da negativa estava, segundo expressões da comissão eclesiástica, nisto, que os soberanos de Portugal não tinham exercido no Brasil o direito de padroado em sua condição de grãos-mestres da Ordem de Cristo, mas na sua qualidade de reis. Esse direito fora, por conseguinte, inerente à soberania, e devia caber, daí por diante, ao Imperador do Brasil, pela unânime aclamação dos povos e pela lei básica do país. Neste caso, a bula papal tornara-se ociosa e até injusta, desde que se propunha a firmar direitos que o Imperador já tinha sem ela”. Ibidem. p. 33-34.

¹⁰³ HOLANDA, S. B. de. **Op.cit.**, p. 29.

sul brasileiro pôde ser observado pela via administrativa. Conjuntamente com a Corte Real, em 1808, transferiu-se e instalou-se no Brasil “uma ampla e complexa estrutura administrativa e judiciária para adequar a antiga colônia ao seu novo papel de centro político da monarquia portuguesa”. Este foi o caso específico da *Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça*, que encontra suas origens na Secretaria de Estado dos Negócios do Reino, criada pelo alvará de 28 de julho de 1736, reformada pelo alvará de 1788 e transferida para o Brasil em 1808, com a Corte.¹⁰⁴

Para Raymundo Faoro, a Corte, em 1808, estava “diante de sua maior tarefa, dentro da fluída realidade americana: criar um Estado e suscitar as bases econômicas da nação.” E ressaltou que sua missão seria cumprida dentro das bases seculares de servir, o reino, às camadas dominantes, fazendo as acomodações, transações, dilações, ajustamentos com a disfarçada “condução de obras modernizadoras do alto, de cima, tiranicamente, espetacularmente, com a ilusão do progresso súbito”.¹⁰⁵

Faoro destaca a estrutura secular do Reino, “amoldada ao sistema absoluto de governo”, que se lança, com o novo Império, sob a colônia. A organização dos Ministérios, por D. João, organiza o Império de modo a reproduzir a estrutura administrativa portuguesa no Brasil e arranjar lugar para os desempregados, os “vadios e parasitas”, que se mantinham à custa do Estado sem nada fazer.¹⁰⁶

A estratégia da nova Corte perante a colônia brasileira tinha, subjacente, a disputa econômica, sobretudo, mas também política com a Inglaterra, então força predominante na plenitude do desenvolvimento do seu capitalismo industrial. O perigo e o risco inglês aos interesses do comércio português e brasileiro levaram a Corte, segundo Faoro, a concatenar uma série de ações de revide e de defesa do reduto monárquico. E isso significava, também, preparar o fim do sistema colonial para que não tivesse fim o sistema monárquico.¹⁰⁷

Era necessário que o encerramento do período colonial não significasse o fim do sistema monárquico, com a emancipação econômica, emancipação sob o controle do estrangeiro mais rico. Duas medidas de envergadura firmariam as trincheiras de resistência: a criação do Banco do Brasil (12 de outubro de 1808) e a fundação da siderurgia nacional (10 de outubro de

¹⁰⁴ SÁ NETTO, R. de. **O Império brasileiro e a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça (1821-1891).** Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2011, Cadernos Mapa n. 02 – Memória da Administração Pública Brasileira, p. 07.

¹⁰⁵ FAORO, R. **Os Donos do Poder.** São Paulo: Globo, 2000, p. 315-353.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 282-284.

¹⁰⁷ Ibidem , p. 287.

1808). Outras providências completariam o edifício: a liberdade industrial, os melhoramentos urbanos e de transportes, o Jardim Botânico, destinado ao transplante experimental de novas culturas, a fábrica de pólvora, o Arsenal de Marinha (construção naval), a Tipografia Régia, a instituição do ensino superior militar e médico etc.¹⁰⁸

As bases constituídas pela nova Corte no Rio de Janeiro propiciaram a construção do novo Império, daí o caráter ressaltado por Dias de enraizamento do Estado Português no centro-sul da colônia. A leitura de Faoro se mostra em consonância com a interpretação do enraizamento e da interiorização da metrópole. Sua obra constrói o caminho que a monarquia portuguesa percorreu para manter vivo seu projeto absolutista, ainda que obrigatoriamente tenha feito concessões¹⁰⁹. Para Faoro,

a monarquia portuguesa, assediada pelas armas francesas e pelas manufaturas inglesas, rebelde à absorção estrangeira, voltou-se para a ex-colônia, numa obra quase nacionalista capaz de convertê-la numa nação independente¹¹⁰.

A Independência, pois, não foi obra do acaso, tão pouco obra exclusivamente do cenário internacional, mas um produto histórico da crise do antigo regime e da acentuação da crise do pacto colonial, da acomodação do absolutismo na américa-lusa, da necessidade de desvinculação colonial (de descolonização) e da necessidade da constituição de um novo país na América. O pano de fundo do enredo era a expansão capitalista e o ideário liberal, constitucionalista e democrático mundo ocidental afora¹¹¹. Em cada contexto, com suas cores e formas peculiares, inclusive, de forças restauradoras do poder monárquico.

Portanto, a instalação na colônia do centro administrativo da metrópole demandou, de forma concreta, como a própria vinda da Corte Real, o enraizamento das esferas administrativas e jurídicas de organização do poder. O Estado Português se impôs no território colonial e permaneceu para além da separação da colônia em 1822. O próprio ato de Independência brasileira, ao mesmo passo que se separou da metrópole ao se declarar independente, vinculou-se à metrópole ao se declarar dependente de sua legislação e dos atos das Cortes Portuguesas, dando-os por vigentes no Império nascente.

Neste sentido, já como país independente de Portugal e diante da falta de

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 282–284.

¹¹⁰ Ibidem, p. 87.

¹¹¹ DIAS, M. O. L. da S. **Op.cit**, *passim*;

normas jurídicas próprias¹¹², a Lei de 20 de Outubro de 1823 declarou:

(...) em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados.¹¹³

O poder instaurado e enraizado pela nova Coroa foi o suficiente para garantir a transição da colônia/metrópole para o Império sob as mesmas bases sociais, políticas e econômicas dos três séculos de colonização e pondo-se a salvo de qualquer perigo revolucionário que alterasse a ordem do poder¹¹⁴. Neste sentido, afirma a historiadora Maria Odila Leite da Silva Dias:

A sociedade¹¹⁵ que se formara no correr de três séculos de colonização não tinha alternativa ao findar do século XVIII senão transformar-se em metrópole, a fim de manter a continuidade de sua estrutura política, administrativa, econômica e social. (...)

O fato é que a semente da “nacionalidade” nada teria de revolucionário: a monarquia, a continuidade da ordem existente eram as grandes preocupações dos homens que forjaram a transição para o Império: “também não queremos uma revolução e uma revolução será se mudarem as bases de todo o edifício administrativo e social da monarquia; e uma revolução tal e repentina não se pode fazer sem convulsões desastrosas, e é por isso que não a desejamos”.¹¹⁶

Em síntese, foi um período de criação das bases do Império nascente concomitantemente ao crescente processo de descolonização, de desvinculação da pátria-mãe, ainda que esta separação representasse, também, a reprodução do

¹¹²DIAS, M. O. L. da S. **Op.cit.**, p 10.

¹¹³ BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anteriores/1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-norma-pe.html> acesso em 18 ago. .2013. Art. 1o 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 data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negócios do interior deste Imperio, enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas. Art. 2o Todos os Decretos publicados pelas Cortes de Portugal, que não forem especificados na Tabella junta, ficam igualmente valiosos, enquanto não forem expressamente revogados. Paço da Assembléa em 27 de Setembro de 1823.

¹¹⁴ DIAS, M. O. L. da S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005, p. 31-32.

¹¹⁵ Ibidem, p. 19. A autora utiliza o termo “sociedade colonial” que, a princípio, denota uma contradição com o quadro fundamentado anteriormente a partir do sociólogo Boaventura de Sousa Santos. Contudo, há que se notar que o texto de Dias precede cronologicamente o de Santos, sem embargo de utilizarem métodos de análise diferentes. Todavia, ambas as leituras são compatíveis para fundamentar uma articulação teórica entre si, posto que possuam em comum as tensões entre metrópole e colônia, civilização e selvageria, como Dias expressa na seguinte passagem: “Inseguros de seu *status* de homens civilizados em meio à selvageria e ao primitivismo da sociedade colonial, procuravam de todo modo resguardar-se das forças de desequilíbrio interno” (p. 19).

¹¹⁶ DIAS, M. O. L. da S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005, p. 19.

Estado Português e, contraditoriamente, a dependência às matrizes epistemológicas deste mesmo Estado Português no distinto ambiente brasileiro-colonial.

Para Holanda, a separação do Brasil em 07 de setembro de 1822 se apresenta como um episódio menor¹¹⁷, o fim de uma tensão entre os portugueses em que os brasileiros envolvidos se viam na condição de portugueses de aquém-mar; um desfecho da Revolução do Porto que encontrou no território colonial as condições de manutenção de seu poder dinástico desvinculado da metrópole e que deslocou para as Cortes de Lisboa a inimizade e atos a serem combatidos.¹¹⁸

É verdade que, a contar de dado momento, esse processo enreda-se num debate onde, do lado de cá, não estão mais vivamente interessados os brasileiros do que os portugueses reinóis. Para os últimos, e nem todos são obrigatoriamente absolutistas, o 7 de setembro vai constituir simples episódio de uma guerra civil de portugueses, iniciada em 1820 com a revolução liberal portuguesa, e onde se veem envolvidos os brasileiros apenas em sua condição de portugueses do aquém-mar.¹¹⁹

José Murilo de Carvalho sintetiza este momento histórico da transição para a Independência, por uma via monárquica de manutenção da ordem, ressaltando o papel da elite política da época:

[...] a adoção de uma solução monárquica no Brasil, a manutenção da unidade da ex-colônia e a construção de um governo civil estável foram em boa parte consequência do tipo de elite política existente à época da Independência, gerado pela política colonial portuguesa. Essa elite se caracterizava sobretudo pela homogeneidade ideológica e de treinamento.¹²⁰

Para Faoro, “o Brasil entrou para o processo constitucionalista pela porta que a Revolução do Porto abriu”, em agosto de 1820¹²¹. Contudo, o Brasil entrou para o

¹¹⁷ Para Caio Prado Junior, a vinda da Corte Real, em 1808, conferiu à emancipação política brasileira uma singularidade no processo de independência em relação às demais colônias americanas. Para Prado, “enquanto das demais a separação é violenta e se resolve nos campos de batalha, no Brasil (...) é o governo metropolitano quem vai paradoxalmente lançar as bases da autonomia brasileira”. E mais adiante: “A transferência da Corte constituiu praticamente a realização da nossa independência”. Cf. PRADO JR., C. *A evolução política do Brasil*. 9^ªed. São Paulo, Brasiliense, 1975, p. 42-43.

¹¹⁸ HOLANDA, S. B. de. *Op.cit.*, p. 13. No entanto, conforme se verá abaixo, as contradições da Independência são a própria Independência; ao passo que a Corte de Lisboa representa uma tentativa de imposição de retorno ao estatuto colonial ao Brasil, este se vê dependente da legislação portuguesa e dos atos da mesma Corte logo após o 07 de setembro de 1822. Cf. SÁ NETTO, R. de. *O Império brasileiro e a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça (1821-1891)*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2011, Cadernos Mapa n. 02 – Memória da Administração Pública Brasileira; FAORO, R. Assembleia Constituinte: a legitimidade resgatada. In: FAORO, R. *A República Inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.

¹¹⁹ HOLANDA, S. B. de. *Op.cit.*, p. 13.

¹²⁰ CARVALHO, J. M. de. *A Construção da Ordem: elite política imperial; Teatro de Sombras*. Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 1996, p. 17.

¹²¹ FAORO, R. Assembleia Constituinte: a legitimidade resgatada. In: FAORO, R. *A República Inacabada*. São Paulo: Globo, 2007, p. 170.

mundo do constitucionalismo desprovido de uma consciência nacional e das bases que engendram o próprio constitucionalismo e liberalismo clássicos. A sociedade brasileira escravocrata não se coadunava materialmente com o liberalismo e o constitucionalismo que, adaptados às condições históricas, foram traduzidos de modo conservador, embora tenham introduzido rupturas ao longo do processo da Independência.¹²²

Portanto, ao passo que a Independência não representou uma revolução, tampouco pode ser entendida como mera continuidade da submissão colonial. Há os traços de ruptura (e de manutenção) que tanto importam para os rumos do país nascente. Para Holanda, a ruptura representada pelo processo de Independência diz respeito ao fim das amarras que seguravam o percurso autêntico do Brasil. Também a Independência não se concluiu em 1822, mas teve efetivamente o marco simbólico de seu final, enquanto processo, em 1831 com a abdicação de D. Pedro I, embora tenha sido, ao mesmo tempo, marco simbólico de seu começo mais autêntico¹²³.

Não é demasiado pretender, assim, que o longo processo de emancipação terá seu desfecho iniludível com o 7 de abril. É a partir de então que o ato de Independência ganha verdadeiramente um selo nacional. (...)¹²⁴

No Brasil, o processo de emancipação importou mais na medida em que destruiu inveteradas peias, que lhe embargavam o passo, do que pela introdução de práticas vigorosamente revolucionárias. Só por esse lado parece admissível, apesar de seu exagero, o dito de Armitage, de que o Império progredira mais em nove anos do que a Colônia em trezentos. Entre 1822 e 1831, ou melhor, de 1808 até 1831 – a rigor até 1836 – é que se assinala uma fecunda obrigação – não se queira muito mais – entre o nosso passado colonial e as nossas instituições nacionais. (...)

Na época de D. Pedro I, que bem se poderia chamar de descolonização do Brasil, apesar da força efetiva ou presumida de chumbeiros e corcundas, insinuam-se no país transformações imprevistas e, não raro, irreversíveis.¹²⁵

Para Faoro: “O 7 de Abril completa, aperfeiçoa o 7 de Setembro: com a queda do reinado, em causa comum os exaltados e os moderados, renasce a tarefa adiada por nove anos, saídas diretamente da nação, sem a tutela transacional de um rei”¹²⁶.

¹²² Contudo, por muito tempo vigorou a leitura que a emancipação política brasileira foi obra de uma pretensa consciência nacional. Uma distorção da interpretação do processo histórico brasileiro por vícios europeizantes, como diz Dias, que enxergam excessos e exageros que avultam um pretenso liberalismo e nacionalismo “próprios da grande revolução burguesa na Europa”, mas que não encontram amparo na colônia e Império brasileiros, tal como se imaginava.

¹²³ HOLANDA, S. B. de. A herança colonial: sua desagregação. In: HOLANDA, S. B. de (org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 6^aed. São Paulo: DIFEL, t. 2: O Brasil Monárquico, 1985, p. 13; 39.

¹²⁴ Ibidem, p. 15.

¹²⁵ HOLANDA, S. B. de. A herança colonial: sua desagregação. In: HOLANDA, S. B. de (org.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 6^aed. São Paulo: DIFEL, t. 2: O Brasil Monárquico, 1985, p. 39.

¹²⁶ FAORO, R. **Op.cit.**

Com a abdicação de D. Pedro I diante da instabilidade política provocada a partir do fechamento da Assembleia Constituinte de 1823, a Independência tem a abertura de novas perspectivas de avanços políticos; D. Pedro II, então menor, tem na figura de José Bonifácio, seu primeiro tutor, e na regência trina, os rumos do Império.

Há que se observar, portanto, como as influências constitucionalistas e liberais, que marcaram o nascente país que “constitucionalizou o absolutismo¹²⁷”, foram recepcionadas no contexto brasileiro e como foram manejadas pelas elites que dominavam o cenário político, econômico e cultural.

São estes pilares que podem apontar as matrizes epistemológicas que, enraizadas pela Metrópole com os interesses portugueses, foram adaptadas para forjar o paradigma de Estado e sociedade brasileira, cuja raiz fixada no paradigma eurocêntrico, no pensamento moderno abissal e no Mito modernizador, com sua “outra face” de encobrimento e violência sobre a alteridade dos nativos e escravos africanos da colônia, teve condições de se reproduzir ou de produzir reflexos no Estado brasileiro e na prestação jurisdicional contemporânea. A hipótese que se adota parte do pressuposto que algumas das vicissitudes do Poder Judiciário têm suas raízes na epistemologia da modernidade enraizada com o processo de Independência que, então, ora se aprofunda no segundo capítulo.

1.6. A originalidade brasileira

Muito embora toda a construção teórica se ampare na ideia de uma transportação de modelos eurocêntricos que aqui se instauram com a interiorização da metrópole a partir de 1808, há que se fazer uma inflexão no argumento para evitar a armadilha da ingenuidade. A princípio pode parecer que, transportados os modelos, não tiveram êxito em virtude, tão somente, de diferenças sociais, culturais, históricas que não permitiriam o regular desenvolvimento das ideias estrangeiras em solo americano e que, a despeito do enorme esforço dos homens de bem, ilustrados, cultos, não foi possível realizar no Brasil o ideal de civilização almejado.

As diferenças sócio-históricas são influentes nos caminhos desta absorção de ideias estrangeiras, e isso deve ser elemento constitutivo da interpretação do

¹²⁷ Cf. BONAVIDES, P.; ANDRADE, P.. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990, p. 96-97.

período estudado, no entanto, o argumento central nessa “dinâmica de reconstrução de conceitos e modelos como o contexto em que essas teorias se inserem, que lhes confere ainda novos significados”¹²⁸, está justamente em “entendê-las em seu movimento singular e criador, enfatizando-se os usos que essas teorias tiveram em território nacional”.¹²⁹

A adoção de teorias estrangeiras no território colonial brasileiro, sobretudo no período de organização do Estado nacional, de fundação das bases político-jurídicas do país, sugere uma atividade de acomodação e criação originais¹³⁰. Trata-se de romper com a ideia que os brasileiros copiam modelos que não lhes servem¹³¹ e, por isso, são (ou estão) fadados ao fracasso institucional, a assimetria social brutalmente desigual, à concentração de poder e renda e todos os demais efeitos que o senso comum sugira como a causa mediata e imediata a essa transportação de modelos.

Aqui penhoradamente fica a referência ao trabalho da antropóloga Lilia Moritz Schwarcz, *O espetáculo das raças*¹³², cujo argumento da *originalidade* da adoção de modelos raciais no Brasil, entre 1870 e 1930, não ocorreu de modo ingênuo, mas passou por uma construção social em que a ciência foi utilizada como discurso legitimador de diferenças biológicas para justificar inferioridades no plano social.

O que se pretendeu até aqui foi identificar o percurso histórico e matrizes epistemológicas que compuseram a fundação do Estado brasileiro, embora a história de Portugal, como se verá no próximo capítulo, tem suas peculiaridades enquanto iluminismo engastado tardiamente ao século das luzes na Europa.

Agora, no segundo capítulo, tratar-se-á de identificar e localizar as matrizes intelectuais com a formação da elite política, a jurídica com o constitucionalismo, a política com o liberalismo e, no terceiro capítulo, identificar e caracterizar a judicial com o Supremo Tribunal de Justiça e a administrativa, com o Conselho de Estado/Poder Moderador.

O que importa adiantar, à guisa de breve introdução da plausibilidade da hipótese levantada, é a abertura histórica do contexto da Revolução do Porto (1820) e da Independência brasileira (1822), que tensionavam e partilhavam da

¹²⁸ SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Cia das Letras, 1993, p. 17.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Ibidem, p. 17-18.

¹³¹ Sobre a ideia de cópia de modelos estrangeiros sem que seja apreendido o que há de singular e original, cf. SCHWARCZ, L. M., **Op. Cit.** p. 11-22.

¹³² Ibidem, *passim*.

*indeterminação*¹³³, do conceito de constitucionalismo neste momento fundante dos Estados nacionais, que constitucionalizaram a monarquia. O fio divisor era a busca e o amparo da legitimidade tradicional da monarquia e a construção aberta, e, portanto, indeterminada porque ínsita em contextos próprios, de uma legitimidade que afrontava a tradição.

Samuel Rodrigues Barbosa assim definiu o quadro:

E para nossos fins, a hipótese é que o constitucionalismo introduz indeterminação ao desnaturalizar a cogênciadas estruturas de ordenação política do antigo regime, possibilitando a deliberação sobre novas configurações do político.¹³⁴

Esse campo de indeterminação foi terreno fértil para a adoção de teorias em formatos que se apropriavam de originalidade do próprio contexto [des]colonial. Nem a originalidade da teoria estrangeira e nem a cópia da transportação, mas um diálogo de apropriação interessada pelos atores que conduziram o processo político e que já se encontravam enraizados na colônia e com determinadas liberdades conquistadas desde 1808.

Por fim, a pesquisa segue voltada primordialmente para a construção brasileira, embora transpasse o caso português, como será visto.

¹³³ BARBOSA, S. R. Indeterminação do constitucionalismo imperial luso-brasileiro e o processo de independência do Brasil, 1821-1822. In PEREZ-COLLADOS, J. M; BARBOSA, S. R. (Orgs.). **Juristas de la Independencia**. Madrid: Marcial Pons, 2012, v. 1, p. 103-129.

¹³⁴ BARBOSA, S. R. Op. Cit., p. 115.

CAPÍTULO II – A RECEPÇÃO E FORMAÇÃO DO CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO NO PROCESSO DA INDEPENDÊNCIA

2.1. A influência das reformas pombalinas e a formação da elite política do Estado brasileiro

Para tratar do constitucionalismo e do liberalismo recepcionados na colônia brasileira, há que se fazer um retorno no percurso histórico para a compreensão da influência dos ideais e da elite política forjada para o processo de Independência. Nisto, um breve aprofundamento sobre o iluminismo português e suas características peculiares, como a proteção ao absolutismo e o cerceamento aos teóricos clássicos, são necessários. A proposição entre *território colonial* e *estado de natureza*, quando o olhar se volta para o cenário histórico específico do Reino Português, especificamente no reinado de d. José I (entre 1750 a 1777), permanece válida e necessita ser vista pela ótica das reformas pombalinas.

Nos Setecentos, o Reino Português permanecia imerso na Idade Média, embebido pela riqueza da colônia brasileira e suas facilidades. Ao lado, a Europa tinha o esplendor econômico da Inglaterra e as ideias iluministas irradiadas pela França. A crise era visível e a necessidade de adequar o Reino Português ao seu tempo também: tratava-se, nos dizeres de Faoro, de fazer Portugal se reencontrar com a Europa.¹³⁵

Este reencontro demandaria uma reorganização do Estado e da cultura portuguesas: o Marquês de Pombal, Sebastião José de Carvalho e Melo, foi o ministro que executou as reformas necessárias para mergulhar o Reino Português no período iluminista e que teve, no valioso contingente de estrangeirados, o cabedal intelectual necessário à elaboração das reformas.¹³⁶

O mais ilustre destes estrangeirados, Luís Antônio Verney¹³⁷, preconizou as reformas junto com Ribeiro Sanches e D. Luís da Cunha, entre outros, em ideais e propostas que mudariam a modo de se compreender a ciência, a religião, a política e a filosofia em Portugal, até então imerso na escuridão medieval. A motivação para

¹³⁵ FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2006, p.61-77.

¹³⁶ Ibidem, p. 61-62.

¹³⁷ Autor de uma das principais obras de influência no período pombalino: **Verdadeiro Método de Estudar**, 1747. O método de Verney foi introduzido no Brasil através da criação do *Seminário de Olinda*, pelo bispo Azeredo Coutinho, em 1798; *apud* FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2006, p.61-77.

as reformas se justificava no atraso em que o reino se encontrava: uma crise econômica em que pouco se produzia e muito da riqueza (ouro) vinda da colônia escoava para a Inglaterra, metrópole da metrópole; e no atraso cultural, no ranço medieval que dominava o pensamento português.¹³⁸

O perfil da mudança fixou-se em um traço geral: engastar Portugal na Europa, da qual se distanciara, sem comprometer o absolutismo, a autoridade e o sistema colonial. (...) O que se segue da alavanca reformista dará o contorno do pensamento político português, com imediata e duradoura influência no Brasil.¹³⁹

Embora as reformas pombalinas sejam reformas iluministas, o iluminismo que se institui em Portugal difere da matriz francesa e, em geral, europeia. O iluminismo português libertou as travas históricas e impedimentos culturais; a expulsão dos jesuítas, a renovação do ensino e do modelo universitário, o incentivo a agricultura, indústria e comércio e, sobretudo, a manutenção atenuada da aristocracia, destituindo-lhe o papel de controle político sem que fosse substituída pela burguesia comercial, conferiu ao absolutismo português um formato distinto do que ocorria na Europa.¹⁴⁰

Para Faoro, enquanto o iluminismo europeu recuperava “o princípio, em plena monarquia absoluta, da intermediação do povo na origem divina do poder, princípio que se expande no constitucionalismo”, o iluminismo português reativava as raízes medievais num contexto modernizante, o que resultava numa posição ideológica que subordinava o pensamento político, impedindo-o de se libertar para o espaço liberal¹⁴¹.

Nisto, teve papel relevante a Real Mesa Censória (1768), que manteve Locke confinado e baniu a filosofia política europeia, somente permitindo a tradução, em 1768, dos *Elementos de Direito Natural*, de Burlamaqui, livro que influenciou Rousseau e os constituintes americanos. O direito natural, que seria a fonte do liberalismo português, encontrou no barão de Martini, adotado em 1772 na reforma da Universidade de Coimbra, os fundamentos para a renovação. Os enciclopedistas franceses são evitados e a predileção recai sobre os filósofos ingleses.¹⁴²

Não se pode atribuir ao iluminismo português a influência dos mesmos teóricos do Iluminismo francês e europeu. Sua formação adquiriu forma peculiar que

¹³⁸ FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2006, p.61-77.

¹³⁹ Ibidem, p. 63-65.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 66.

¹⁴¹ Idem, p. 66.

¹⁴² Ibidem, p. 67-68.

o distingue dos demais¹⁴³, embora não escape das influências da época¹⁴⁴. Na sua instituição portuguesa, os interesses da Coroa foram mantidos em contrassenso ao que ocorria no resto da Europa. Ainda assim, os teóricos adotados nas reformas pombalinas influenciaram os teóricos mais (re)conhecidos em virtude da influência da revolução francesa, por exemplo. O intercâmbio de ideias, ainda que com censura sobre determinados pensadores, não isolou Portugal do contexto europeu, mas o que se percebeu nesse ‘engastamento’ foi o controle exercido pelo Absolutismo português nas escolhas intelectuais, de modo a evitar o questionamento e a alteração mais profunda de suas bases.¹⁴⁵

Neste sentido, duas passagens interessam: primeiro, D’Arriaga afirma que: “Há evidente exagero em dizer, como se disse, que os estatutos da Universidade de Coimbra se inspiraram em Montesquieu, Rousseau e Kant”¹⁴⁶, afastando qualquer intuito de homogeneização do Iluminismo ou de influência indevida nas reformas pombalinas; segundo, a afirmação de Faoro quanto ao absolutismo português continuar a imperar e a corromper a presença europeia, não permitindo o abalo da autoridade através da seleção da verdade e do rigor, embora, também, muitas amarras tenham sido soltas, como no ensino público, na libertação da cautelas jesuíticas e no abrandamento da inquisição¹⁴⁷.

Dentre as reformas de Pombal, há que se destacar a reforma da Universidade de Coimbra, em 1772, quando, a partir de então, o pensamento forjado como resultado do período pombalino orientou reformas em relação ao pensamento jurídico e influenciou na formação do pensamento liberal. Foi o pensamento [jurídico] protestante alemão [o principal] responsável pela formação dos juristas luso-brasileiros com a reforma de Pombal na Universidade de Coimbra. Dentre os nomes que se fixaram nas grades disciplinares, tem-se Samuel Pufendorf, Cristiano Thomasius, representantes do chamado “iusnaturalismo prussiano”, e o discípulo Jo Gottlieb Heinecio; o jurista holandês Hugo Grocio; o suíço Jean-Jacques Burlamaqui¹⁴⁸.

Neste sentido, Clóvis Beviláqua, ao historiar a Faculdade de Direito do Recife,

¹⁴³ FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2006, p 66.

¹⁴⁴ “Depois de 1789, viriam os *afrancesados*, com leituras severamente proibidas no Reino.”; Ibidem, p. 72.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 71-77.

¹⁴⁶ D’ARRIAGA, J. *apud* FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2006, p. 61-77.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 70.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 61-77; Cf. RAMOS, H. C. M. B. **Ideias Jurídicas e Cultura Religiosa nas Reformas Pombalinas em Portugal (Séc. XVIII)**. In: XIV Encontro Nacional da ANPUH – Rio: Memória e Patrimônio, julho 2010, Rio de Janeiro, disponível em <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276733672_ARQUIVO_textoparaAnpuh_2010_.pdf> acesso em 30 out. 2013.

afirma que os juristas alemães, já no século XIX, eram utilizados “Para o direito natural e público universal, as duas matérias do primeiro ano: Fortuna, Grócio, Puffendórfio, Wolfio, Thomásio, Heinécio, Felix, Burlamaqui”.¹⁴⁹ Outra corrente de pensamento que influenciou marcadamente a formação do pensamento luso-brasileiro, depois da reforma de Coimbra, foi o *jansenismo*, de Cornelius Jansen, afirmando o pessimismo de posições com base na teologia de Santo Agostinho que combatia o otimismo pelagiano.¹⁵⁰

Quanto a Pufendorf, convém destacar sua concordância com Hobbes quanto ao poder de um governo civil ser capaz de evitar guerras religiosas e prover a segurança, mas discordava quanto ao *estado de natureza*, que o localizava no período anterior ao pecado original de Adão no paraíso, o que considerava a causa da corrupção do homem em sociedade¹⁵¹. E na relação com os territórios coloniais, convém anotar que os selvagens americanos desconheciam o Deus religioso europeu, o que pode implicar, por isso, na hipótese de viverem em *estado de natureza*, sem o conhecimento do pecado original; ou, para o pensamento religioso, ansiarem pela conversão para abandonarem o estagio de bárbaros.

A especificidade das reformas pombalinas, neste iluminismo português¹⁵² que destoa do restante da Europa, ao passo do fortalecimento do Absolutismo apontado por Faoro, tem-se, também, elementos que permitem a identificação de um *Absolutismo de raiz contratualista*, tratado por Antonio Manuel Hespanha. Aqui se destaca o *imaginário político que subjaz* a teoria política pombalina e pós-pombalina no modo como se passa a entender o poder: sociedade e Poder mais referenciados numa ordem de acordos, pactos advindos dos ímpetos individuais, do que na

¹⁴⁹ BEVILAQUA, C. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, *apud* RAMOS, H. C. M. B. **Ideias Jurídicas e Cultura Religiosa nas Reformas Pombalinas em Portugal (Séc. XVIII)**. In: XIV Encontro Nacional da ANPUH – Rio: Memória e Patrimônio, julho 2010, Rio de Janeiro, disponível em <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276733672_ARQUIVO_textoparaAnpuh_2010_.pdf> acesso em 30 out. 2013.

¹⁵⁰ Cornelius Jansen defendia “a invencível corrupção do homem após a queda de Adão no paraíso, atribuindo a salvação eterna ao arbítrio de Deus através da graça. O livre arbítrio de obrar seria de Deus, não do homem, que estava marcado invariavelmente pelo pecado original. Esta doutrina heterodoxa de Jansen, havida no seio do catolicismo e que ficou conhecida como ‘jansenista’, florescendo principalmente nos mosteiros de Port-Royal, na França, foi considerada herética por Roma justamente por professar uma ‘doutrina calvinista da graça e da liberdade’, como afirma Delumeau”. Cf. RAMOS, H. C. M. B. **Ideias Jurídicas e Cultura Religiosa nas Reformas Pombalinas em Portugal (Séc. XVIII)**. In: XIV Encontro Nacional da ANPUH – Rio: Memória e Patrimônio, julho 2010, Rio de Janeiro, disponível em <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276733672_ARQUIVO_textoparaAnpuh_2010_.pdf> acesso em 30 out. 2013.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2006. Faoro refere-se a Jeremy Bentham como o Rousseau do Portugueses, de modo a mostrar a restrição do expoentes contratualistas em Portugal; embora seja considerado que as ideias de Bentham tenham influenciado o liberalismo clássico.

objetividade de uma ordem emanada diretamente por Deus.¹⁵³

Os temas constitucionais ligados à unidade do Poder (a “questão do Estado”) vão constituir, de facto, o centro do debate político durante as décadas de 70 e 80, pelo menos até ao momento em que os acontecimentos europeus promovam a questão das relações entre a coroa e as cortes (a “questão parlamentar”) e a questão das leis fundamentais (a “questão da constituição formal”) ao primeiro plano da reflexão política. Por detrás, entretanto, desenvolvia-se um decisivo combate de retaguarda, no sentido de impor na consciência colectiva os fundamentos teóricos individualistas que suportavam as soluções prático-políticas propostas.¹⁵⁴

Tanto Faoro quanto Hespanha destacam a importância de Pascoal José de Melo, oriundo da renovação de Coimbra, e António Ribeiro dos Santos. Com posições diferentes, contudo, ambos chegam as Cortes que elegeram d. João I e d. João IV como a raiz ou código fundamental da Monarquia Portuguesa¹⁵⁵. Para Hespanha, foi esta raiz contratualista do Absolutismo Português que abriu a possibilidade histórica da Revolução do Porto, em 1820, para a chegada da via constitucionalista com uma constituição escrita e votada numa assembleia de representantes.¹⁵⁶

No entanto, convém ressaltar que, embora o iluminismo luso possua características próprias, o intercâmbio cultural e teórico não era estanque e os estrangeirados cumpriram a função de, também, trazer para Portugal as sementes daquele período histórico marcado por revoluções. Neste sentido, Faoro se refere a Jeremy Bentham como o Rousseau dos Portugueses.¹⁵⁷

Mas a tradução deste período das reformas pombalinas (que foram rupturas que não comprometeram o absolutismo, a autoridade e o sistema colonial, contudo, sendo uma mudança mais que ornamental e menos que uma transformação revolucionária) pode ser delimitada como, nos dizeres de Faoro, uma *escola de elites* que preparou tanto o caminho para a Revolução do Porto quanto o caminho da colônia que se separou da metrópole, formando uma elite política dirigente para o Império nascente.¹⁵⁸

A influência pombalina nos destinos da colônia brasileira é absolutamente

¹⁵³ HESPANHA, A. M. **Contratualismo de Raiz Absolutista**. Lisboa, 1995, Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/amh_MA_3845.pdf> acesso em 1 nov. 2013; e disponível nos arquivos pessoais do autor disponibilizados no endereço: <<https://drive.google.com/?tab=wo&authuser=0#folders/0BxG11aEdnDQ2M1Y2WnYzYmtjbFU>>

¹⁵⁴ Ibidem, p. 03.

¹⁵⁵ FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2006, p. 71- 72; HESPANHA, A. M. **Op. Cit.**, passim.

¹⁵⁶ HESPANHA, A. M. **Op. cit**, p. 10.

¹⁵⁷ FAORO, R. **Op. cit**, p. 72.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 63-77.

evidente quando se coteja a formação da elite política brasileira, que fundou o Império e cuja formação superior foi egressa da Universidade de Coimbra reformada, pós 1772. A transformação de mentalidade, a que aduz Faoro, é tratada por Torelly e Abrão como a “alteração da matriz intelectual que formou toda uma geração da elite luso-brasileira”. A matriz intelectual de Coimbra desfez-se da formação escolástica jesuítica ao mesmo passo que abriu caminho para o ideário iluminista português. São estas influências da Universidade de Coimbra que, além da elite política, forjaram a criação dos cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda com o fornecimento do corpo técnico e da reprodução da própria compreensão do iluminismo de matriz portuguesa¹⁵⁹.

Os resultados da pesquisa de Torelly e Abrão são importantes e reveladores da influência da matriz intelectual de Coimbra na formação do Estado brasileiro:

Na verificação da influência da titulação superior para a composição da elite política encontramos que, dos senadores do período 1822-89, 76,11% tinham formação superior; dos ministros 91,32%, sendo que 72,5% deles com formação em Direito (Leis e/ou Cânones). O impacto da criação dos cursos jurídicos brasileiros fica claro ao acusarmos a migração do polo formador: 100% dos ministros de 1822-31 foram formados em Portugal (71,80% em Coimbra) e 83,35% dos de 1834-40; em 1871-89 temos 98,40% de formados no Brasil e apenas 1,6% em outros países.¹⁶⁰

Os dados do período do Primeiro Império, de 1822 a 1831, denotam o poder da influência pombalina/Coimbra. Dos ministros com curso superior (86,67%), todos foram formados em universidades portuguesas, sendo 71,80% oriundos da Universidade de Coimbra. O que se percebe com os dados da pesquisa é a mudança do polo formador a partir da criação dos cursos jurídicos no Brasil Império.¹⁶¹

Quanto à influência de Coimbra na formação e no conteúdo dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, identifica-se a similitude entre disciplinas¹⁶² com algumas adequações, bem como a identidade de matriz epistemológica com a extensão dos pensadores do iluminismo português com a influência germânica.

¹⁵⁹ TORELLY, M. D.; ABRÃO, P. Influências das Reformas Pombalinas de 1772 na Formação dos Cursos Jurídicos e da Elite Imperial Brasileira. In: 58^a Reunião Anual da SBPC, julho 2006, Florianópolis. *Anais*. Florianópolis –SC: SBPC, 2006, disponível em <www.spcnet.org.br/livro/58ra/senior/RESUMOS/resumo_353.html> acesso em 31 out. 2013.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² “Currículo Pleno das Academias de Direito de São Paulo e Olinda Matérias: 1º ano: Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia. 2º ano: Continuação das matérias do Ano 1 mais Direito Eclesiástico. 3º ano: Direito Pátrio Civil; Direito Pátrio Criminal e teoria do Processo Criminal. 4º ano: Continuação do Direito Pátrio Civil; Direito Mercantil e Marítimo. 5º ano: Economia Política; Teoria e Prática do processo segundo as Leis do Império”. Idem.

Como analisado por Torelly e Abrão, São Paulo e Olinda adquirem a característica de extensão da Universidade de Coimbra reformada, dando continuidade ao pensamento que organizou a formação do Estado brasileiro através da elite política lá preparada e que, depois, passou a se formar nos cursos jurídicos brasileiros¹⁶³ também preparando quadros políticos para os cargos públicos.

O currículo dos cursos de São Paulo/Olinda, conforme os Estatutos do Visconde de Cachoeira, era praticamente equivalente ao Coimbrão, restando diferente: 1- o menor peso do Latim, 2- o maior peso do Direito Pátrio, e, 3- o maior estudo do Direito Romano. Os autores iluministas usados em Portugal o eram também no Brasil: Grócio, Pufendorf, Tomásio, Beccaria, Bhentan, D. Ricardo, A. Smith, Malthus, et ali.¹⁶⁴

A literal e simbólica transportação da matriz epistemológica da Coimbra reformada para o território colonial propiciou, com a organização das faculdades de Direito de São Paulo e Olinda, a manutenção da escola de preparação de uma elite política, autêntica matriz intelectual, cultural e política de raiz lusa. Coimbra, por sua influência luso-brasileira na formação de bacharéis em direito, abriu o caminho para que a elite política formada em sua escola assumisse o comando dos Estados Português e Brasileiro com o rompimento do pacto colonial nos acontecimentos de 1820/1822, quando do processo de Independência¹⁶⁵.

Contudo, ainda que a separação tenha ocorrido, o vínculo da colônia, então Império nascente, com a Metrópole, então nascente Estado constitucional português, permanece com a reprodução da matriz intelectual originária da elite política forjada em Coimbra. A Independência, em si, e, sobretudo, pelo modo conduzido para a Monarquia Constitucional, não significou e não representou a descolonização (senão em estado ideal), mas somente a liberação das amarras iniciais de um processo de descolonização (mais formal que material) e da garantia das liberdades até então conquistadas, de 1808 em diante, e encampadas como liberais¹⁶⁶.

Dito de outro modo, a colonização permanece no Império brasileiro com a reprodução da matriz intelectual de uma escola de preparação de uma elite de políticos forjada a partir do referencial teórico das reformas pombalinas na

¹⁶³ TORELLY, M. D.; ABRÃO, P. Influências das Reformas Pombalinas de 1772 na Formação dos Cursos Jurídicos e da Elite Imperial Brasileira. In: 58^a Reunião Anual da SBPC, julho 2006, Florianópolis. *Anais*. Florianópolis –SC: SBPC, 2006, disponível em <www.spcnet.org.br/livro/58ra/senior/RESUMOS/resumo_353.html> acesso em 31 out. 2013.

¹⁶⁴ Idem;

¹⁶⁵ Cf. FAORO, R. *A República Inacabada*. São Paulo: Globo, 2006, p.61-77; ADORNO, S. *Aprendizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

¹⁶⁶ Cf. BOSI, A. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992, *passim*.

Universidade de Coimbra e que aqui perpetuadas, sem que a reflexão crítica fosse promovida, nas faculdades de direito de São Paulo e Olinda. De muitos modos, os vínculos do pacto colonial são mantidos, de forma transitória ou mesmo perene, como a manutenção da legislação das Cortes de Lisboa e mesmo com o processo referenciado de enraizamento dos interesses lusos e interiorização da metrópole.

Esta conclusão parcial, necessária para os fundamentos seguintes, também encontra amparo nos seguintes dados da pesquisa de Torelly e Abrão:

Os resultados deixam clara a influência dos cursos jurídicos da Coimbra reformada na formação da elite política brasileira, sobretudo no Primeiro Reinado (1822-31) e na Regência (1831-40), períodos em que a maioria dos ministros eram juristas formados naquela instituição, valendo o mesmo, porém em menor nível, para os Senadores. Igual influência pombalista/iluminista é perceptível na formação dos cursos jurídicos brasileiros, onde nota-se que, com a transferência do polo formador para o Brasil, somada a proximidade curricular dos cursos Coimbrão e de São Paulo/Olinda, houve extensão do alcance da Reforma portuguesa de 1772.¹⁶⁷

Diante esta influência luso-iluminista forjada e promovida com a reforma de Coimbra e depois estendida para os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, a partir de 1828, Holanda denominou esta cultura de formação de bacharéis para o emprego nos cargos públicos do Estado brasileiro de “bacharelismo”: uma cultura de valorização exaltada da “personalidade individual como valor próprio”, um apego personalista que importa na sedução pelas carreiras liberais, praticamente a substituição e deslocamento dos títulos de nobreza para os detentores de uma carta de bacharel ou de um anel de grau, expressando garantia de ascensão social, da libertação da caça por bens materiais, em muitos casos, e, para os formados em direito, a regra de ascender às mais altas posições e cargos públicos. Neste sentido, Holanda afirma que “as qualidades do espírito substituem, não raro, os títulos honoríficos, e alguns dos seus distintivos materiais, como o anel de grau e a carta de bacharel, podem equivaler a autênticos brasões de nobreza”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ TORELLY, M. D.; ABRÃO, P. Influências das Reformas Pombalinas de 1772 na Formação dos Cursos Jurídicos e da Elite Imperial Brasileira. In: 58^a Reunião Anual da SBPC, julho 2006, Florianópolis. *Anais*. Florianópolis –SC: SBPC, 2006, disponível em <www.sbpconet.org.br/livro/58ra/senior/RESUMOS/resumo_353.html> acesso em 31 out. 2013.

¹⁶⁸ HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia.das Letras, 1995, p. 83-157. Convém, ainda, quanto ao valor exaltado conferido ao bacharel e que denota, de fato, sua importância como expressão de garantias e de acessos privilegiados nas oportunidades em um território colonial como o brasileiro, citar a passagem de Holanda em que evidencia a fraude de muitos brasileiros que, formados em Coimbra, nunca estiveram em Coimbra: “Em quase todas as épocas da história portuguesa uma carta de bacharel valeu quase tanto como uma carta de recomendação nas pretensões a altos cargos públicos. No século XVII, a crer no que afiança a *Arte de furtar*, mais de cem estudantes conseguiam colar grau na Universidade de Coimbra todos os anos, a fim de obterem empregos públicos, sem nunca terem estado em Coimbra”. (p. 157).

Esta “terra de advogados”¹⁶⁹, nos dizeres de Holanda, confirma-se pela análise quantitativa dos dados da pesquisa de Marcelo Torelly e Paulo Abrão, prevalece a formação superior em cursos jurídicos em detrimento dos demais. O contexto da Independência influiu diretamente, sendo que, a partir de 1822, tanto o eixo de formação superior se deslocou da Universidade de Coimbra para os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, como também a porcentagem da formação jurídica cresceu de 51,29% em 1822-31 para 85,00% já em 1840-53, permanecendo nesta média até o fim do Império em 1889. Os cursos não-jurídicos, no entanto, saíram do patamar de 48,87% em 1822-31 para caírem em 15% em 1840-53 e também permanecerem nesta média, com poucas alterações, até o fim do Império também¹⁷⁰.

A questão da mudança de eixo de formação dos bacharéis, em especial dos advogados, foi discutida na Assembleia Constituinte de 1823, com a suscitação do debate da necessidade da autonomização cultural da sociedade brasileira, sendo considerada uma necessidade a formação de “quadros para o aparelho estatal”. Na assembleia dissolvida, os debates bairristas e regionalistas permitiam, para Sérgio Adorno, entrever que a “criação de duas universidades era considerada requisito para a solidificação das bases de um governo constitucional”.¹⁷¹ Tanto que, depois de dissolvida, o Imperador d. Pedro I seguiu com o projeto e, em 1828, criou os cursos jurídicos. Apesar disso, o conceito de constitucionalismo era algo indeterminado naquele contexto, conforme será visto adiante, e, talvez por isso, associe-se à necessidade dos cursos de direito para justamente forjar e consolidar um tipo de constitucionalismo já previamente matizado pelo paradigma eurocêntrico e transportado com a vinda da Corte Real (Capítulo I) e delimitado com o processo de Independência.

A construção do Estado, portanto, encontrou nos bacharéis a emergência do principal intelectual da sociedade brasileira¹⁷² durante o século do Império. Coube aos bacharéis em direito a importante tarefa de construção deste Estado nacional

¹⁶⁹ HOLANDA, S. B. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia.das Letras, 1995, p. 156.

¹⁷⁰ TORELLY, M. D.; ABRÃO, P. Influências das Reformas Pombalinas de 1772 na Formação dos Cursos Jurídicos e da Elite Imperial Brasileira. In: 58^a Reunião Anual da SBPC, julho 2006, Florianópolis. **Anais**. Florianópolis –SC: SBPC, 2006, disponível em <www.spcnet.org.br/livro/58ra/senior/RESUMOS/resumo_353.html> acesso em 31 out. 2013.

¹⁷¹ ADORNO, S. **Aprendizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 81-82. Neste sentido, cf. SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 172.

¹⁷² ADORNO, S. **Aprendizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 81-82. Neste sentido, cf. SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 79.

cujos elementos sociais, culturais e políticos, aliado às características da formação dos cursos jurídicos organizados sob o eixo do ideário de Coimbra, resultaram na:

(...) introdução do jus-naturalismo nos primórdios do ensino jurídico, condicionou-lhes a ver as relações sociais como relações contratuais entre partes juridicamente iguais, porém individualizadas, dotadas de autonomia da vontade e integradas por vínculos de coordenação. Em outras palavras, um intelectual disciplinado para privatizar conflitos sociais e que, nessa condição, aprendeu a colocar o indivíduo e sua liberdade como motor coordenador da luta política, relegando a um plano secundário a autonomia da ação coletiva, questão central na ideia de democracia. Enfim, um intelectual preparado para, enquanto futuro profissional da atividade política, perpetuar a cisão entre liberalismo e política.¹⁷³

Adorno constrói esta posição por considerar, justamente, que “não existiu um dilema liberal” na formação do Estado brasileiro, mas sim um dilema democrático, que foi sistematicamente “reatualizado” no jogo político com a presença de opções políticas mais liberais ou mais conservadoras, sendo que estas posições referenciadas pelo ideário de um liberalismo individualista em correlação com a estrutura de poder do Estado patrimonialista tiveram, por opção, a exclusão do princípio democrático frente a uma organização social latifundiária e escravista. Esta dissociação entre liberalismo e democracia percorreu todos os meandros das estruturas de poder deste Estado nascente¹⁷⁴. Aqui se pode, então, conceituar a ideia de um constitucionalismo abissal, cujo princípio de limitação do poder pelo direito não reside, efetivamente, no princípio democrático e não obedece ao rigor da separação dos poderes da clássica teoria de Montesquieu.

Para Adorno, o fenômeno dos bacharéis em direito construtores do Estado nacional foi denominado de “mandarinato do Império”, resultado do processo de *profissionalização da política* com este bacharelismo liberal dos cursos de direito¹⁷⁵. Os quadros dos cursos de direito tinham, praticamente, vagas garantidas no aparato estatal dos cargos públicos, sendo preparados para isso, no entanto, com uma visão política conservadora da ordem e do poder, forjada em um liberalismo próprio das condições históricas do Império, conforme será visto a seguir. Neste sentido, José Eduardo Faria afirma que

(...) as academias de Direito foram responsáveis por uma prática pedagógica de tal modo comprometida com os processos de exploração

¹⁷³ ADORNO, S. *Aprendizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 81-82. Neste sentido, cf. SCHWARCZ, L. M. *O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 29.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 27.

¹⁷⁵ Ibidem, *passim*.

econômica e de dominação política que o bacharel não foi preparado para o exercício da função crítica.¹⁷⁶

Esta foi a matriz intelectual e ideológica de formação da elite política que organizou o Estado e o poder político no Brasil Imperial e estabeleceu um modus operandi que conjugava liberalismo sem democracia e constitucionalismo com aparente formalidade representativa.

Por fim, pertinente ressaltar que, ainda neste contexto de matriz epistemológica intelectual lusitana, não por coincidência, somente com a transferência da Família Real de Bragança a imprensa é permitida no território colonial, que se eleva a condição de metrópole, quando efetivamente começa a se desenvolver. Até então, 1808, a tipografia e a imprensa somente existiam na metrópole lusa¹⁷⁷. Neste sentido, os cursos de direito e os bacharéis encontraram no jornalismo uma importante trincheira de luta dos ideais, através de jornais estudantis que propagavam e discutiam os ideais apreendidos no bacharelado¹⁷⁸.

2.2. Constitucionalismo abissal¹⁷⁹: o encobrimento do não-sujeito e a fragilidade da representação política

Os territórios coloniais da América não vivenciaram o embate (nos Séculos XVI e XVII) entre o Poder Temporal e o Poder Secular, a origem divina do Poder de governar e a instituição mundana, entre os homens, deste mesmo poder. Ao passo que o Absolutismo sedimentava-se ao concomitante exercício do seu poder, o constitucionalismo emergia rivalizando sob as bases opostas. A Europa viveu o debate sobre a origem do Poder com o direito de resistência, a Contrarreforma, os tomistas, calvinistas, etc; organizou-se historicamente, com os Estado nacionais,

¹⁷⁶ FARIA, J.E. *apud* ADORNO, S. **Aprendizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 81-82. Neste sentido, cf. SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p.159.

¹⁷⁷ HOLANDA, S. B. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia.das Letras, 1995, p. 120.

¹⁷⁸ Cf. ADORNO, S. **Op. cit**, p. 157-234.

¹⁷⁹ O termo *constitucionalismo abissal* surgiu por proposição do coorientador desta pesquisa, Prof. Álvaro Andreucci, durante discussão sobre as *linhas abissais* e a matriz constitucional que se forjou na colônia. De modo a manter as relações sociais excludentes e apartadas da política, a elite política fez escolhas político-ideológicas que resultaram nesta forma de constitucionalismo abissal. Deste modo, afasta-se a inocente ideia de transposição de conceitos ideais que, na implantação, teriam tido um fracassado resultado em correlação com suas matrizes iluministas originais. Há que se ressaltar que a pergunta inicial sobre o que se pretendia com as *linhas abissais* neste trabalho sobre a matriz constitucional foi elaborada pelo orientador da pesquisa, Prof. José Renato Nalini, e que gerou desdobramentos mais claros e pertinentes ao caminho trilhado durante a elaboração.

sob este enfrentamento e viveu a construção dos alicerces da teoria moderna do Estado¹⁸⁰.

Por outro lado, o acúmulo histórico [europeu] que as colônias receberam deste embate o foi na condição de territórios coloniais símbolos do primitivo, do selvagem no *estado de natureza* para a *sociedade política* metropolitana, na própria formação do paradigma moderno eurocêntrico, nos limites do *Mito da Modernidade*, com Dussel, e das *linhas abissais* com Santos, conforme já exposto quanto à irracionalidade e violência que compõem e constituem este paradigma dominante e da descoberta da América como elemento chave para sua composição. No caso brasileiro, a síntese histórica dos alicerces do Estado foi conduzida pela própria Metrópole colonizadora com o processo estudado de *interiorização* da Metrópole e *enraizamento* dos interesses portugueses mediante a transferência da Corte Real, a crise do pacto colonial, a Revolução do Porto e a Independência.

Eis a questão. A teoria moderna do Estado desembarcou no território brasileiro pelo viés do luso-iluminismo (ainda que receba influência francesa e norte-americana) sem que este tenha forjado historicamente os alicerces para o seu Estado; ao contrário, seu lugar foi o de forjar os alicerces para o Estado português durante a colonização e foi com o rompimento do pacto colonial, com a separação dos interesses dos portugueses da metrópole e da colônia, que surgiu a necessidade e a saída de criação do Estado brasileiro numa tensão entre a velha legitimidade da Coroa e a indeterminação do nascente conceito de constitucionalismo.¹⁸¹

¹⁸⁰ Cf. SKINNER, Q. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Cia das Letras, 1996, Parte Cinco: o Constitucionalismo e a Contrarreforma, p. 393-395; Parte Seis: O Calvinismo e a Teoria da Revolução, p. 346-616. Convém a seguinte citação para que se vislumbre a potência do debate e dos acontecimentos travados sobre a origem e limites do Poder, alicerces da teoria moderna do Estado: “Entretanto, o século XVI não presenciou apenas os primeiros passos da ideologia absolutista, mas também a emergência de sua grande rival teórica, a teoria de que toda autoridade política é inerente ao povo, e portanto – como a expõe Filmer em seu Patriarca – “todos os governantes devem sujeitar-se às censuras e destituições vindas de seus súditos” (p. 54). A questão que precisamos examinar a seguir é como foi que essa “nova, plausível e perigosa opinião”, nas palavras de Filmer (p. 53), conseguiu um desenvolvimento tão expressivo durante esse período, até ser capaz de desafiar os ambiciosos governos absolutistas dos primeiros tempos da modernidade europeia – inicialmente na Escócia, depois na Holanda, na França e por fim na Inglaterra com a primeira onda de revoluções políticas bem-sucedidas da era moderna. A resposta a essa questão encerra dois componentes principais, dos quais um consideraremos neste capítulo, e o outro, no capítulo seguinte. O primeiro deles está no fato de que um notável elenco de ideias políticas radicais já se constituíra pelo final da Idade Média, atingindo novo pico de desenvolvimento ao se iniciar o século XVI. Assim, na Europa da segunda metade desse século estava disponível um vasto arsenal de armas ideológicas para ser explorado pelos revolucionários que surgessem. O segundo elemento significativo é o fato de que todas as obras mais influentes de teoria política sistemática produzidas na Europa católica, durante o século XVI, revestiam-se de um caráter fundamentalmente constitucionalista. Como observou, sagaz, Filmer, vários importantes teóricos jesuítas da Contrarreforma mostraram-se tão dispostos quanto os “mais ardentes adeptos da disciplina genebrina” a defender a causa da soberania popular (p. 53).”, p. 394.

¹⁸¹ Sobre a tensão que caracterizou o contexto histórico de fundação do constitucionalismo luso-brasileiro

Portanto, a transferência da Corte Real significou a transposição, recepção e introjeção do paradigma eurocêntrico [ou da emancipação/regulação] para o território colonial. A “outra face” da Modernidade, de Dussel, e o paradigma da apropriação/violência, de Santos, deparam-se com o projeto civilizador da metrópole transportada que, por seus próprios mecanismos de interiorização e enraizamento, reengendrou e reproduziu a lógica abissal e eurocêntrica. Ocorre que, a realidade colonial, além de violentada, permaneceu *invisível*¹⁸² [enquanto realidade relevante], foi *encoberta* pela [e para] Metrópole portuguesa que aqui se instaurou no centro-sul do território.

No entanto, a diferença que potencializou esta violência colonizadora foi a superposição literal destes mundos, o civilizado e o selvagem, no mesmo território, havendo a introjeção desta separação abissal, a incorporação da face irracional e encobridora do Mito Moderno como matriz epistemológica que permeia o político, o cultural, o econômico e o social das bases que formariam o Estado imperial brasileiro. Esta é a hipótese que se investiga neste capítulo com o olhar voltado para a recepção do constitucionalismo e do liberalismo em realidade tão distinta e tão capaz de criar seus próprios modelos de acordo com seus interesses.

Contudo, ainda assim, (e que aumenta a peculiaridade do caso brasileiro) mesmo com a transposição, imposição, recepção e introjeção de um paradigma civilizatório pela Metrópole, este foi transformado e absorvido pela força de um território marcado pelas relações coloniais do latifúndio agroexportador e da escravidão. O que chegou como transposição converteu-se em uma original práxis da vida política como também da vida cotidiana, nesta pela marca do encobrimento; escolhas e decisões que conformaram determinantemente o edifício político-jurídico-social e cultural que foi se estabelecendo. Para além do que foi modelo, há que se reconhecer o que se construiu como original, singular, como autêntico no jogo de interesses daquele contexto. As duas principais ideias-força que conformam o nascente Império de raízes portuguesas - o constitucionalismo e o liberalismo -

conferir BARBOSA, S. R. Indeterminação do constitucionalismo imperial luso-brasileiro e o processo de independência do Brasil, 1821-1822. In PEREZ-COLLADOS; J. M; BARBOSA, S. R. (Orgs.). **Juristas de la Independencia**. Madrid: Marcial Pons, 2012, v. 1, p. 103-129.

¹⁸² SANTOS, B. S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estudos** - CEBRAP, São Paulo, n. 79, nov. 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004&lng=en&nrm=iso>. access on 10 July 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002007000300004>. Para melhor compreensão quanto à invisibilidade do paradigma da apropriação/violência para a metrópole: “Esta distinção invisível é a distinção entre as sociedades metropolitanas e os territórios coloniais. De facto, a dicotomia regulação/emancipação apenas se aplica a sociedades metropolitanas. Seria impensável aplicá-la aos territórios coloniais. Nestes aplica-se uma outra dicotomia, a dicotomia apropriação/violência que, por seu turno, seria inconcebível aplicar deste lado da linha.”, Ibidem, p. 02.

foram ressignificados para ganhar conteúdo e forma distinta do ideário original luso-iluminista, em autêntica criação da elite política que conduzia o processo de independência.¹⁸³

O processo desencadeado na Independência brasileira adotou movimentos em que a Corte tentou adotar a teoria política herdada do luso-iluminismo para uma realidade social distante e carente de qualquer vínculo que a identificasse com tais conceitos¹⁸⁴. Nesta tentativa, a adoção se converte em modelo próprio, resultado das tensões entre os vínculos coloniais, a tradição dinástica e a criação de um campo político-jurídico, denominado de constitucionalismo, que abarque os anseios da descolonização. Esta tensão entre a legitimidade tradicional, dinástica, e a legitimidade indeterminada pelo conceito em construção de constitucionalismo, revela a imbricada relação entre constitucionalismo e política¹⁸⁵.

Neste sentido, Euclides da Cunha intuiu que

Vimos, de um salto, da homogeneidade da colônia para o regime constitucional, dos alvarás para as leis. E ao entrarmos de improviso na órbita dos nossos destinos, fizemo-lo com um único equilíbrio possível naquela quadra: o equilíbrio dinâmico entre as aspirações populares e as tradições dinásticas.¹⁸⁶

O caso brasileiro é tão emblemático que, antes da Declaração da Independência, em 07 de setembro, a primeira Constituinte brasileira já havia sido convocada¹⁸⁷. E antes da convocação da Constituinte, haviam sido eleitos brasileiros para representação brasileira nas Cortes de Lisboa, deflagradas pelo processo da Revolução do Porto de 1820.¹⁸⁸

¹⁸³ Para melhor compreensão da inversão de análise, que sai dos limites de olhar o Brasil sob uma perspectiva de mera cópia fracassada de ideias estrangeiras, ingênuas por desqualificar os atores e os interesses do contexto histórico, conferir SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Cia das Letras, 1993. Na introdução desta obra fica clara a posição adotada pela autora e que neste trabalho se compartilha, inclusive como não confirmação de uma hipótese inicial calcada na reprodução de modelos não originais. Porém, a pesquisa de Schwarcz tem por recorte os anos de 1870 a 1930 em uma análise da construção social do discurso racial como justificativa, inclusive biológica e científica, das diferenças e desigualdades sociais. Contudo, a perspectiva de valorizar a originalidade da criação, e não somente o que há de cópia, foi incorporada nesta pesquisa na identificação das matrizes que conformam o constitucionalismo brasileiro.

¹⁸⁴ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 315-351.

¹⁸⁵ BARBOSA, S. R. Indeterminação do constitucionalismo imperial luso-brasileiro e o processo de independência do Brasil, 1821-1822. In PEREZ-COLLADOS, J. M.; BARBOSA, S. R. (Orgs.). **Juristas de la Independencia**. Madrid: Marcial Pons, 2012, v. 1, p. 103-129; p. 21.

¹⁸⁶ Apud FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 316.

¹⁸⁷ Importante o reconhecimento da importância da convocação da Constituinte como golpe derradeiro para o caminho da Independência, sinal claro para o Reino/Metrópole que o reinado sobre o território colonial estava por terminar. Neste sentido, cf. BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990, p. 89.

¹⁸⁸ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000. Para melhor compreensão da cronologia do tensionamento entre Cortes de Lisboa e a colônia/metrópole, com D. João VI e depois sob a regência de D.

Desta cronologia decorreram algumas questões no debate político constituinte: declarada a Independência, de um lado havia os grupos que defendiam a construção da Autoridade como obra de um país e não de uma condição preexistente, religiosa ou histórica, referindo-se ao Imperador e a Monarquia. Neste sentido, a precedência da convocação da Constituinte sobre a Declaração de Independência permitia a criação de um pacto social fundante e de caráter popular. De outro lado havia os grupos que defendiam a preexistência da Monarquia e do Imperador à Independência e à Constituinte convocada, sendo obrigatório, portanto, o respeito ao Poder Monárquico já estabelecido.¹⁸⁹

O resultado a que chegaram foi a convergência para uma proposta possível e que “domaria o ímpeto popular: a autoridade teria seu fundamento e seu limite num documento – o pacto social para os extremados e a fixação das garantias de liberdade para os liberais”. Evidente que a primeira corrente se fundamentava na ideia de democracia e de soberania popular, enquanto a outra tinha natureza liberal, de garantia de liberdades individuais. A convergência foi a criação de uma fórmula política que, no embate constituinte, as garantias de liberdades prevaleceram sobre o desejo de participação política: “(...) a igualdade sem a democracia, o liberalismo fora da soberania popular”.¹⁹⁰

A soberania – se de soberania se trata – será a nacional, que pressupõe um complexo de grupos e tradições, de comunidades e de continuidade histórica, e não a popular, que cria e abate os reis. A liberdade perseguida se torna realidade não na partilha do poder entre os cidadãos autônomos, mas na segurança dos direitos individuais e políticos, garantidos pelas instituições.¹⁹¹

A citação supra sucintamente faz um quadro comparativo entre o ideal de matriz europeia e a adoção/absorção efetivamente realizada no contexto histórico da independência. No entanto, a possibilidade concretizada pela Constituição de 1824 não vem por obra da Constituinte convocada. Neste tenso cenário de ideais mais liberais ou mais democráticos travados na disputa dos rumos da Constituinte, a realidade que se impôs partiu do Imperador D. Pedro, com a outorga da Carta Política de 1824.¹⁹²

Isso porque, depois de aclamado Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil,

Pedro, ver BARBOSA, S. R. *Op. cit*, passim.

¹⁸⁹ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000.

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ Ibidem, p. 317.

¹⁹² FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 315-326.

diante das tensões políticas da Constituinte, preferiu dissolvê-la com o apoio dos Militares, em novembro de 1823, fazendo uso de sua prerrogativa de dissolução para garantir o controle do processo político. Por sinal, a Constituinte fora convocada para agir em fidelidade à Monarquia: caso se desviasse deste objetivo e da tutela do Gabinete Imperial, a dissolução era a porta de saída para o Imperador retomar o controle político, como o fez.¹⁹³

Dissolvida a Constituinte e reprimidos os levantes contrários ao ato despótico¹⁹⁴, D. Pedro outorgou a Carta Política de 1824, não sem uma prolongada fase de legitimação [formal] consensual perante as Câmaras Municipais. Utilizou como base¹⁹⁵ de sua Carta Política o projeto de constituição da Constituinte dissolvida, o projeto de Antonio Carlos, referindo-se ao seu principal formulador, Antonio Ribeiro de Andrade Machado e Silva.¹⁹⁶

A principal novidade no projeto do Imperador foi manter a base do projeto da Constituinte dissolvida, com a inclusão do Poder Moderador¹⁹⁷, a chave autocrática do Imperador com poderes sobre o Parlamento, podendo dissolvê-lo, se o exigir a salvação do Estado; sobre o Senado vitalício, evitando eleições; sobre o Judiciário, podendo suspender juízes; e sobre o Executivo, com poder para nomear os Ministros, entre outras prerrogativas que lhe conferia o caráter de chave política que tudo abria na defesa dos interesses da Coroa e manutenção e centralização de seu poder¹⁹⁸.

¹⁹³ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 315-326.

¹⁹⁴ Paulo Bonavides e Paes de Andrade ressaltam a importância da Constituinte de 1823 como uma lição de adesão às grandes causas nacionais em virtude da contribuição legal e constitucional, como pela contribuição na nacionalização do Brasil e da luta contra o despotismo em momentos de turbulência. In BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **História Constitucional do Brasil**. Brasília, Paz e Terra, 1990, p. 71-74.

¹⁹⁵ O projeto da Carta outorgada foi elaborado e apresentado pelo Conselho de Estado menos de um mês depois da dissolução da Constituinte, tendo por base o projeto da Constituinte dissolvida. Ibidem, p. 76-80.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 78-82.

¹⁹⁷ Para Bonavides e Andrade: “O Poder Moderador da Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto for possível”; e, apesar da advertência, segue apontando as atribuições de importância fundamental do Poder Moderador, em evidente concentração na figura inviolável e sagrada do Imperador, não sujeito a responsabilidade alguma. Ibidem, p. 96-97.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 89-92; FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 326-335. Convém elencar as atribuições do Poder Moderador na Carta de 1824: “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. Art. 100. Os seus Títulos são “Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil” e tem o Tratamento de Magestade Imperial. Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império. III. Sanctionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciais: Arts. 86, e 87. V. Prorrogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspensando os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos

Entrava em cena o constitucionalismo brasileiro: uma Constituição sem Constituinte e um parlamento com os limites definidos pelo próprio Imperador; a Monarquia Constitucional brasileira foi uma fórmula política que dissociou o Estado da representação política originária e cuidou de limitar o exercício desta representação¹⁹⁹ e positivar os “Poderes do Império como delegações da Nação” (art. 12 da Constituição do Império); que dissociou o Poder do Estado da vontade popular e da realidade social; que coibiu manifestações de participação e expressão política, porque abissal e antidemocrático, que excedessem os limites da institucionalidade imposta.

O risco, para o Império, de ceder ao ímpeto popular e aos grupos com ideais para repartir o poder decisório entre aqueles que se enquadravam e se reconheciam como sujeitos de direitos, era de contaminação com os ideais republicanos das colônias vizinhas, expressões da anarquia, selvageria e repartição territorial em oposição ao projeto de construir uma civilização de fundamentos luso-iluministas nos trópicos coloniais.²⁰⁰ O ideário democrático foi, desde então, associado ao selvagem anárquico, ao Outro encoberto, invisível, não sujeito e, portanto, um risco para a elite política ilustrada [formada em Coimbra] em perder o controle político do aparelho estatal.

Para Faoro, o resultado da outorga da Constituição de 1824 (imposta à custa da descaracterização da própria origem do poder político constitucional), significou a modernização do regime colonial; a atualização da dinastia Bragança, com a permanência do divórcio entre o Estado e a nação; a improvisação de uma casta de aristocratas, servidores nomeados e conselheiros escolhidos; um cenário criado que “se superporia a um mundo desconhecido, calado, distante”²⁰¹. Para Tavares de Lyra, “o constitucionalismo de D. Pedro I foi sempre falso, ele era filho do absolutismo e nele educado”.²⁰²

A Carta outorgada por d. Pedro funcionaria apoiada nas liberdades individuais

condenados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado”.

¹⁹⁹ Somente em meados de 1826, dois anos e meio depois de outorgada a Carta de 1824, o Poder Legislativo retomou os trabalhos; o Senado era vitalício e controlado: pelo voto censitário, o povo votava e o Imperador escolhia, entre os três mais votados, o de sua preferência. Além disso, o Poder Moderador tinha poder sobre o Parlamento e sobre o Judiciário. Cf. VILLA, M. A. *A História das Constituições Brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 18; BONAVIDES, P; ANDRADE, P. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1990, p. 89-92.

²⁰⁰ DIAS, M. O. L. da S. *A interiorização da Metrópole e outros estudos*. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005, p. 17-25; Cf. SANTOS, L. C. V. G. *O Brasil entre a América e a Europa: o Império e o Interamericanismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2004, passim.

²⁰¹ FAORO, R. *Os Donos do Poder*. São Paulo: Globo, 2000, p. 326.

²⁰² LYRA, T. de. *O Conselho de Estado*, RIHGB, Boletim, 1934, p. 11, *apud* RODRIGUES, J. H.. *O Conselho de Estado: Quinto Poder?* Brasília: Senado Federal, 1978, p. 36.

dos considerados e reconhecidos como sujeitos e na concentração de poder político no Imperador, com o Poder Moderador, sendo funcional, pois, a positivação do conceito de delegação²⁰³ de poderes nos arts. 12 e 13 do texto constitucional de 1824. Esta era a garantia para “impedir as convulsões e os extravios, oriundos da situação geográfica, moral e educativa do povo”²⁰⁴. A situação geográfica era de colônia vizinha da América-espanhola, marcada pela descolonização republicana e pela abolição da escravidão (uma ameaça, portanto, e um exemplo anárquico)²⁰⁵; moral e educativa porque primitivas, frágeis, desprovidas de uma autêntica cultura civilizatória²⁰⁶, justificativas para concentração de poder em detrimento da fragilidade da representação política²⁰⁷ (que se fortalecia, dialeticamente, com a delegação de poder) e da preferência por um liberalismo dissociado de participação política, o dilema democrático que Adorno levanta²⁰⁸.

Este sistema de liberdades e concentração de poder foi “calcado na tradição portuguesa [que] assume caráter próximo à oligarquia que o Imperador preside”. As restrições de participação política pelo voto censitário foram menos expressivas que as restrições oriundas das circunstâncias sociais, aptas a filtrar e selecionar o corpo deliberante²⁰⁹. Esta inautenticidade eleitoral, ampliada pelas circunstâncias legais que filtravam a “vontade primária”, afirma Faoro, reduzia a importância, o peso e a densidade do elo entre eleitor e representante na Monarquia Constitucional.²¹⁰ Por outro lado, a fragilidade do elo de representação recebia a força do conceito de delegação de poder previsto no texto constitucional e que representava, mais precisamente, o *modus operandi* da política elitizada.

Esta, pois, uma chave fundamental para o constitucionalismo recepcionado

²⁰³ Aqui se faz necessária referência ao artigo de O'DONNELL, G. Democracia Delegativa?, **Novos Estudos CEBRAP**, n.31, out. 91, p. 25–40; que elabora as linhas iniciais de sua pesquisa sobre este tipo de democracia que identifica não em oposição à democracia representativa, mas como experiências latino-americanas em que o baixo grau de institucionalidade de países recém-saídos de períodos autoritários impedem a consolidação democrática por via de instituições representativas fortes. O conceito de delegação de poder é tratado por O'Donnell neste contexto de transição democrática depois do fim de ditaduras na América Latina; no entanto, ainda que o contexto da Independência seja outro, é possível vislumbrar, tanto pela práxis política estabelecida no Império quanto pela própria positivação do conceito de delegação de poder nos arts. 12 e 13 da Carta de 1824, a identificação deste conceito na fundação do Estado no Brasil e, ainda que este não seja o objeto da pesquisa para aprofundar o conceito, é possível verificar que a fragilidade do elo de representação formal necessitaria receber o reforço material de relações de poder subsistentes, que pudessem sustentar o edifício político-jurídico que se criava.

²⁰⁴ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 327.

²⁰⁵ SANTOS, L. C. V. G. **Op. cit.**, passim.

²⁰⁶ DIAS, M. O. L. da S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005, passim.

²⁰⁷ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000.

²⁰⁸ ADORNO, S. **Op. cit.**, passim.

²⁰⁹ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 329.

²¹⁰ Idem.

na colônia: uma matriz política que se origina e se organiza com fundamento na fragilidade do elo da representação política do parlamento, mas que se reforça, dialeticamente, pelo conceito e *praxis* da delegação de Poder como representação da Nação. Para o nascente Estado brasileiro, a matriz política constitucional foi enviesada por uma ruptura literal e simbólica, com a introjeção e incorporação do *abissal* e do *encobrimento* na racionalidade política. O Outro pertencente ao mundo colonial não significa um outro com direitos e capacidade de participar do mundo político-jurídico: o constitucionalismo foi cortado por uma linha abissal que, ao passo de sequer reconhecer a realidade nativa como participante deste mundo político-jurídico, também escolhe a fragilização do elo de representação daqueles que faziam parte desta narrativa de direitos e decisões.

Pelo raciocínio de Santos, pode-se pensar na invisibilidade do Outro nativo, deste não-sujeito, do não-direito, da não-política, como sustentação deste sistema de poder fundado na concentração do Poder Moderador e no controle dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como sustentados na própria fragilidade do elo de representação política, encadeado no processo de Independência, como também se sustenta, de modo diverso, na delegação de Poder enquanto substantivo material de uma representação formal.

Não foi inocente, portanto, a escolha por adequar a matriz constitucional aos anseios dos sujeitos político-jurídicos formados pelo enraizamento português e pela colonização escravocrata, latifundiária e preparados como elite política na Universidade de Coimbra. Com o pensamento de Dussel, pode-se localizar no encobrimento da realidade nativa a escolha por um constitucionalismo seletivo da participação política, com gênese antidemocrática, delegativa, autoritária e afastado de um território parlamentar com raízes profundas na realidade de então.

Assim, o aparelhamento político estabelecido pela Carta de 1824 foi incompatível com a democracia, mas não com a instituição de liberdades individuais²¹¹ que, apesar de liberais, não expressaram, em sua acomodação colonial, os conceitos luso-iluministas do século XVIII. Foram, assim como o constitucionalismo, ressignificadas pelo contexto histórico e seus atores.

Cuida-se, contudo, de compreender, (des)enlaçar (des)entendimentos sobre as escolhas vencedoras. Naquele momento, o cenário destas batalhas da Independência, das tensões da Constituinte e da Carta Política, outorgada em 1824, residiam no território colonial em processo de *enraizamento* dos interesses

²¹¹ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 329-330.

portugueses, na manutenção de uma economia dependente da escravidão, no desequilíbrio interno e assimetrias sociais entre portugueses, escravos, mestiços, índios, portugueses enraizados: um literal abismo entre uma minoria privilegiada (e reconhecida pelo aparato estatal) e o resto do povo, dos não-sujeitos. Esta heterogeneidade projetava um amálgama de difícil união e que se tornava incapaz de dar força a um movimento revolucionário, de consciência nacional, capaz de reorganizar a sociedade²¹² e, portanto, reorganizar o poder.

Além disso, a insegurança social predominante neste cenário propiciava a união dos interesses das classes dominantes como forma de sobrevivência e manutenção do poder e, para isto, servia de referência o Império nascente: contra a dispersão e fragmentação do poder, a imagem de um Estado forte. Havia, portanto, claramente o pavor de uma insurreição de escravos e mestiços, como ocorreu no Haiti, em 1794²¹³, transparecendo neste medo a ideologia conservadora.²¹⁴

(...) não pareciam brilhantes para os homens da geração da independência as perspectivas da colônia para transformar-se em nação e sobretudo em uma nação moderna com base no princípio liberal do regime constitucionalista. Os políticos da época eram bem conscientes da insegurança das tensões internas, sociais, raciais, da fragmentação, dos regionalismos, da falta de unidade que não dera margem ao aparecimento de uma consciência nacional capaz de dar força a um movimento revolucionário disposto a reconstruir a sociedade.²¹⁵

Manter a matéria colonial com alguns ajustes e desenlaces com a Metrópole era mais seguro que alçar voos democratas num território de cultura arbitrária e violenta, expressa pela escravidão. Daí porque a manutenção de algumas liberdades conquistadas a partir de 1808 era mais importante que a instauração de um processo de participação política.²¹⁶

Ao contrário, as elites nativas foram avessas aos ideais revolucionários de caráter nacionalista que impunham profundas reformas - ao menos em tese - na estrutura de poder vigente. Preferiam a continuidade do sistema estabelecido com a colonização e com o enraizamento da metrópole²¹⁷. O ideal do Império além-mar era outro:

²¹² DIAS, M. O. L. da S. **Op. cit.**, p. 17-25.

²¹³ Ibidem, p. 23. O “haitianismo” era o pavor de uma insurreição de escravos ou mestiços e que representava o sentimento de insegurança social, para Dias pode ser considerado um traço típico da mentalidade da época, um reflexo esteriotipado da ideologia conservadora e da contrarrevolução europeia.

²¹⁴ DIAS, M. O. L. da S. **Op. cit.**, p. 17-25.

²¹⁵ Ibidem, p. 17.

²¹⁶ BOSI, A. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

²¹⁷ DIAS, M. O. L. da S. **Op. cit.**, p. 18-19.

(...) sobreviver como nação civilizada europeia nos trópicos, apesar da sociedade escravocrata e mestiça da colônia, manifestada pelos portugueses enraizados no Centro-Sul e que tomaram a si a missão de reorganizar um novo Império português.²¹⁸

Neste formato de organização social do Império nascente, com a transição para a Independência exigindo a presença de um Monarca Português na condução do processo, as tensões da Constituinte e a sua dissolução abalaram a imagem de liberal de D. Pedro. Este abalo, para Bonavides e Andrade, não se restaurou e foi o início da instabilidade política do Primeiro Reinado, o que foi agravada pelo próprio exercício do Poder Moderador²¹⁹.

A insatisfação se voltava para com as nomeações de portugueses naturalizados para altos cargos do executivo, como de Ministros, e o sentimento causado de exclusão de brasileiros natos; as ingerências nos negócios de Portugal; a má administração do gabinete; as condições em que celebrou o tratado de 1825, em suma, atos que caracterizavam sua política como “anticonstitucional”, privando o Imperador de sua força moral e o reduzindo como espectador dos insultos diários. A desconfiança que se abatia sobre D. Pedro era de “nunca ter-se constituído inteira e verdadeiramente brasileiro”; foi um processo de perda da autoridade e perda da popularidade.²²⁰ Direcionou-se o ódio ao português, a lusofobia.²²¹

Esta derrocada do Primeiro Reinado levou-o, D. Pedro, à Abdicação do trono em favor de seu filho, em 7 de abril de 1831. Dentre as correntes mais conservadoras ou mais liberais e democráticas, os liberais moderados conseguiram assumir e conduzir o processo político do Império com o desafio inicial de organizar a autoridade perdida. Contudo, “no lugar do trono não entraria o povo sublevado, mas uma camada de políticos, amadurecidos nas Cortes de Lisboa, na Constituinte e nas legislaturas de 26 a 30”.²²²

Entre a Independência, a dissolução da Constituinte e a Abdicação, o Exército sofre uma guinada à brasileira, afastando-se dos interesses portugueses, depois do Imperador, para, enfim, defender uma causa nacional. D. Pedro, sem o exército e somente com a improvisada aristocracia, abre o caminho necessário para reformas

²¹⁸ Ibidem, p. 17-18.

²¹⁹ Neste sentido: “A Constituição se desvanecia então à sombra de um poder absoluto e impopular, cujos dias se achavam contados após sete anos de instabilidade. O 7 de abril da Abdicação, em 1831, vingava o 12 de novembro da dissolução.” BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990, p. 80.

²²⁰ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 336-337.

²²¹ Idem; cf. DIAS, M. O. L. da S. **Op. cit.**, passim.

²²² FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 338-339.

no Estado brasileiro, sem a figura de transação de um Monarca, para o Ato Adicional de 1834.²²³

Os liberais que defendiam suas reformas no aparato estatal, logo depois de assumirem o comando [com a Abdicação] veem-se diante do fenômeno da incapacidade de governar de acordo com seu programa e transformam-se nos conservadores do momento. O Ato Adicional de 1834 chegou entre a tensão do debate e das propostas que queriam reformas mais democráticas e mais liberais, mas que, por fim, cumpriu o papel, também, de conservar a ordem institucional, frear o ímpeto de mudanças bruscas e mais profundas, como a manutenção do Poder Moderador e do Senado vitalício e garantir a unidade nacional.²²⁴

A garantia da unidade nacional, evitando-se a dispersão com a separação de províncias e a criação de vários países, tal como se deu no combatido exemplo da [anárquica] América-hispânica²²⁵, foi consolidada à custa da condenação e repressão de movimentos políticos²²⁶ que, independente do teor de suas reivindicações, expressavam a participação política para além dos limites definidos pela Carta de 1824 e pelo Poder Moderador e, sobretudo, com a participação de nativos, de escravos, de não-sujeitos, dos encobertos e invisibilizados. Em última instância, tratava-se de um ideário democrático que, muito provavelmente, fosse um conceito indeterminado ainda, assim como a difusão de ideias de liberalismo e constitucionalismo, conforme será visto.

A Monarquia foi mantida com a descentralização do poder: o real ganho do Ato Adicional para os liberais. Foi o processo de ‘federalização’ da Monarquia, com a união das províncias sem freios opressivos e com estas ganhando o poder legislativo emancipado.²²⁷

A nova fase de transformações no Império e no aparato estatal que se inicia com a Abdicação, reproduziu o mesmo mecanismo da Independência em 1822: rupturas e manutenções, mesmo sob o comando dos liberais moderados. Para Faoro, naquelas situações:

²²³ FAORO, R. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2000, p. 338-339.

²²⁴ Ibidem, p. 339-348; BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **Op. cit.**, p. 113.

²²⁵ Cf. SANTOS, L. C. V. G. **Op. cit.**, passim.

²²⁶ Interessante notar que a Guarda Nacional criada em 1831, pela lei de 18 de agosto, tratava-se de uma milícia armada organizada localmente para a coerção das classes urbanas perigosas; auxiliou no combate às diversas sedições e revoltas escravas que punham em risco a estabilidade política e territorial, destacando-se entre as mais importantes a Revolta dos Malês, a Cabanagem, a Cabanada e a Farroupilha. Cf. SÁ NETTO, R. de. **O Império brasileiro e a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça (1821-1891)**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2011, Cadernos Mapa n. 02 – Memória da Administração Pública Brasileira, p. 13.

²²⁷ Idem.

Criar um Império, mostraria a tormentosa realidade, não será obra das leis e das doutrinas. O novo governo, sem tradição, sem carisma, no ensaio de um sistema racional, seria devorado pelas suas contradições e voltaria, depois de muitos ensaios, ao único leito possível: à monarquia reformada, tuteladora da nação, agrilhoada às estruturas que ela criaria.²²⁸

Neste ciclo, são os acontecimentos de 1831, com a Abdicação, e o trajeto até o Ato Adicional, primeira reforma constitucional, em 1834, que se conclui o processo de Independência. Ao menos formalmente. Ocorre que a organização material do conceito de constitucionalismo recebeu autêntico conteúdo e forma para conformação de uma matriz epistemológica que congregou a forma constitucional com elementos de uma frágil e formal representação política reforçada pelo conceito de delegação de Poder da Nação e, ao mesmo tempo, o elemento antidemocrático de estreitos limites de participação política e exclusão dos [não-]sujeitos nativos e escravos da arena política decisória. Constituição e Política se entrelaçaram enquanto território da elite política e econômica do Império nascente, mas não do Outro encoberto, invisibilizado.

A hipótese é que esta matriz, enquanto paradigma fundante do território político-jurídico brasileiro, ao se refletir com adaptações em cada momento histórico, ainda se reflete no constitucionalismo contemporâneo.

2.3. Liberalismo conservador

Ao passo que o constitucionalismo brasileiro se inaugurou e se instaurou com o componente de ruptura [anti]democrática, em uma forma de autolegitimação do poder através da fragilidade da eleição indireta censitária e sob a concepção de delegação de poder (art. 13 da Constituição do Império) e da fragilidade da representação²²⁹, o conteúdo discursivo e ideológico do liberalismo que também se inaugurou e se instaurou no Brasil Império foi absorvido e modificado em relação às matrizes luso-europeias para impor e receber conteúdo e forma próprias, originais.

Paulo Bonavides e Paes Andrade definiram o liberalismo, referindo-se a sua matriz iluminista, como sendo, no plano teórico, uma “filosofia de liberdade”. Estes

²²⁸ FAORO, R. *Op. cit.*, p. 343.

²²⁹ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, (de 25 de março de 1824)*. Cf. Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral. Art. 12. Todos estes Poderes no Império do Brasil são delegações da Nação. Art. 13. O Poder Legislativo é delegado à Assembléa Geral com a Sancção do Imperador. *Grifo nosso*.

autores buscam na raiz contratualista o homem titular de direitos naturais e, portanto, um “ente livre”. Por este caminho, a sociedade e o Estado aclamam a liberdade, originária do *estado de natureza*, para legitimar suas instituições. Da concepção filosófica liberal, Bonavides e Andrade vislumbram a dimensão ideológica do liberalismo com sua íntima vinculação com o pensamento político e social. Trata-se, então, de uma ideologia do poder caracterizada, de início, por seu conteúdo revolucionário e de vanguarda, de impugnação de uma ordem de valores fundada nos vícios de poder, na injustiça dos privilégios, nos erros da tradição, nos “séculos de autoridade pessoal absoluta”, cuja expressão eram as monarquias do direito divino²³⁰. E foi com Locke²³¹, neste sentido, que o direito de resistência contra o governante que abusa do poder conferido pelo povo deve ser combatido, mesmo que seja um rei, porque o abuso cessa com sua autoridade²³². Além disso, as liberdades do indivíduo ganham outras dimensões, como a econômica.²³³

Percebe-se, pois, que liberalismo e constitucionalismo são categorias históricas inexoráveis e que se desenvolvem sob as mesmas bases históricas.²³⁴ Aqui neste trabalho, mais por didática e visualização dos conceitos, estes são apresentados separados, muito embora seja perceptível que se entrelaçam na elaboração e que, paradoxalmente, se dissociam conceitualmente no caso brasileiro. Mesmo nas condições e nas escolhas históricas da elite política Imperial brasileira, constitucionalismo e liberalismo se confundiram, se forjaram com suas características próprias e se separaram e ‘encobriram’ a possibilidade democrática.

Dias, em ensaio sobre a *Ideologia liberal e construção do Estado* recupera a presença das influências norte-americanas e francesas na formação do Estado

²³⁰ BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **Op. cit.** Brasília: Paz e Terra, 1990, p. 92-93.

²³¹ Convém a seguinte citação: “A articulação dessas doutrinas puramente seculares e inteiramente populistas pode ser considerada o fundamento para a contestação que mais tarde se faria às duas principais tradições da filosofia política absolutista que, como vimos, no final do século XVI já se haviam firmado. Uma delas foi a tradição providencialista, mais tarde associada em especial a Filmer na Inglaterra e Bossuet na França. A outra foi a tradição mais racionalista, iniciada por Bodin e os neo-tomistas, e que encontraria seu ápice nos sistemas do direito natural de Grotius e Pufendorf. Pode-se dizer que John Locke, nos Dois tratados de governo, formulou a crítica decisiva a essas duas tradições, modificando a teoria absolutista de Pufendorf sobre o contrato social e refutando o patriarcalismo de Filmer (LASLETT, 1967, p. 67-78). Contudo, é errado considerar o desenvolvimento dessa teoria “liberal” moderna do constitucionalismo como sendo essencialmente uma realização do século XVII. A esta altura deverá estar claro que os conceitos em termos dos quais Locke e seus sucessores desenvolveram suas ideias sobre a soberania popular e o direito à revolução já haviam sido articulados e refinados, em grande medida, havia mais de um século, nas obras de juristas radicais como Salamonio (...); In SKINNER, Q. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Cia das Letras, 1996, p. 616:

²³² Cf. SKINNER, Q. **Op. cit.** São Paulo: Cia das Letras, 1996, p. 513- 616; LOCKE, J. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Vozes, p. 101-103. Disponível em <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo-Tratado-Sobre-O-Governo.pdf>, acesso em 11 jul. 2013.

²³³ BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990, p.92-93.

²³⁴ SKINNER, Q. **Op. cit.**

brasileiro. Para a historiadora, a tarefa consiste em despojar a idealidade teórica da Revolução americana de 1776 para revestir o Estado do conteúdo ideológico do meio brasileiro, “onde os princípios democráticos tomavam uma coloração diferente”²³⁵. Ressalta o abismo existente entre as duas sociedades e que, para os americanos, os ideais liberais de 1776 “constituíram uma ideologia modernizadora altamente eficaz”, vinculados a novas forças emergentes com representação de fortes interesses capitalistas. A Constituição federal cumpriria a função de racionalizar o equilíbrio político e a integração do mercado interno para o desenvolvimento do capitalismo industrial americano. Contexto absolutamente distinto das condições do nascente Império brasileiro.²³⁶

No Brasil da Independência, “os ideais liberais não surgiram como um programa modernizador do conjunto das forças sociais”; não havia interesses capitalistas suficientemente fortes para desencadear uma revolução empresarial ou que precipitassem a integração do mercado nacional de modo a afetar a estrutura da sociedade colonial, tal como ocorreu com os norte-americanos. No Brasil os ideais liberais “foram veiculados por uma elite ilustrada e culta, que constituíam uma porcentagem ínfima da população do país”²³⁷. Para Dias, esta elite ilustrada, formada essencialmente em Coimbra sob a influência iluminista do século XVIII [ainda que haja as características próprias do iluminismo português] “reservava para si a missão paternalista de modernizar e reformar o arcabouço político e administrativo do país, sem comprometer a continuidade social e econômica da sociedade colonial”²³⁸.

Quanto à Revolução americana, Hobsbawm já anotou a sua limitada influência enquanto modelo para o restante das sociedades ocidentais, embora sua força e seus resultados sejam mais expressivos para a sociedade norte-americana do que para a Revolução francesa para os franceses, conquanto, diferentemente da americana, a Revolução francesa tenha varrido o mundo com seus ideais liberais de igualdade, liberdade, fraternidade²³⁹. No mesmo sentido, Hanna Arendt também aponta as poucas repercussões internacionais dos ideais da revolução de 1776: “a experiência democrática dos Estados Unidos permaneceu como um fenômeno

²³⁵ DIAS, M. O. L. da. S. Ideologia liberal e construção do Estado. In: DIAS, M. O. L. da. S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005, p. 127.

²³⁶ Ibidem, p. 127-128.

²³⁷ Idem

²³⁸ Idem.

²³⁹ HOBSBAWM, E. J. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 9-30.

estritamente local”²⁴⁰, o modelo de modernização forjado na revolução americana não foi capaz de ser imitado por outros países.²⁴¹

No nascente Império brasileiro seria difícil a apropriação dos ideais de racionalização política por uma sociedade colonial em que predominava “a violência pré-política e o sistema escravocrata, com uma grande maioria de população mestiça marginalizada do processo produtivo e sem oportunidade de trabalho”. Os ideais de 1776 perdiam a força diante do perigo das “tensões raciais e sociais, que ameaçavam as classes dominantes”. Tratava-se do temor do Haitianismo, com o massacre dos brancos em São Domingos, que cuidou de arregimentar uma ideologia contrarrevolucionária, sendo um amálgama para as elites no reforço da visão paternalista ilustrada de vigiar um “povo bárbaro, carente de luzes e [com] necessidade de liderança e de disciplina”.²⁴²

Neste processo, é mesmo curioso notar que as reformas implementadas pelos liberais depois da Abdicação de d. Pedro I e que se pretendiam modernizadoras, inspiradas nas instituições americanas, como o juiz de paz eletivo, o júri, a guarda nacional, assembleias provinciais, “adquiriam no Brasil um sentido outro, arcaico e ambíguo.” A transposição de instituições modernizadoras com lastro no liberalismo europeu ou norte-americano, “paradoxalmente reforçaram o próprio núcleo da herança colonial, que era o tradicionalismo localista”. De outro modo, as reformas levadas a cabo pelos conservadores, a partir de 1838, em resposta aos liberais, estimularam ao menos as bases dos princípios de modernização com a consolidação do processo de unidade nacional e de construção do Estado, na visão de Dias²⁴³.

As reformas liberais da Regência, portanto, não tinham o objetivo de ampliar a participação política ao conjunto das classes sociais ou ao conjunto do povo então brasileiro, mas tinham a delegação de falar em nome das oligarquias dominantes que exploravam o ideário americano com a finalidade de ampliarem sua própria participação política nas respectivas localidades e na Corte. Com a Regência criou-se o patronato. O poder político no Brasil tinha a peculiar característica de restringir-se ao controle dos cargos públicos, e assim seguiram os liberais, dando origem ao sistema político de clientela do Império com o patronato – o aparato dos cargos

²⁴⁰ ARENDT, H. *apud* DIAS, M. O. L. da. S. Ideologia liberal e construção do Estado. In: DIAS, M. O. L. da. S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005, p. 127

²⁴¹ DIAS, M. O. L. da. S. Ideologia liberal e construção do Estado. In: DIAS, M. O. L. da. S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005, p. 132.

²⁴² Ibidem, p. 132-136.

²⁴³ Ibidem, p. 144.

públicos, forjando um eleitorado artificial e consolidando “uma fachada de regime constitucional, compatível com a segurança das classes dominantes do país”²⁴⁴.

Com os conservadores, a partir de 1838, o ideário francês parece mais próximo da situação do Império. Para Dias, a ideologia conservadora europeia e o exemplo da centralização administrativa da França pareciam-lhes mais próximos da realidade brasileira que a experiência democrática americana. Esta concepção de poder cumpria, também, a manutenção do papel de ilustrados diante uma população bárbara, dispersa e dependente de uma tutela paternalista com um governo central fortemente estruturado.²⁴⁵

A consolidação do sistema político do Império expressou bem a adaptação escolhida pela elite ilustrada e profissionalizada na escola de Coimbra/São Paulo/Olinda: um eleitorado artificial e controlado, eleições violentas e câmaras unâimes, o pacto do mandonismo local com o governo central, formas de banditismo que caracterizava a violência pré-política do Brasil.²⁴⁶ Ocorre que, neste cenário de influências liberais americanas ou francesas, há que se considerar que, antes, passaram pelo filtro da formação jurídico-política liberal jus-naturalista da Universidade de Coimbra e depois São Paulo e Olinda. A formação ideológica do profissional da política graduado em direito era de viés individualista e patrimonialista, com a evidente confusão entre público e privado na formação do Estado brasileiro²⁴⁷. Ademais, muito embora estas influências estrangeiras dos ideais liberais, bem como a formação do profissional liberal sejam determinantes, também o é a condição das relações coloniais do território brasileiro, latifundiário agroexportador e escravocrata. E como disse Dias, os ideais liberais franceses ou americanos, levados a efeito por conservadores ou liberais, jamais romperam o círculo vicioso de nossa organização política, baseada na cooptação e no patronato.²⁴⁸

Portanto, se as influências externas não romperam este círculo vicioso mais fundamental que constituiu as relações sociais e a organização política brasileira, o que era ser liberal, então, no contexto do processo de Independência a partir de

²⁴⁴DIAS, M. O. L. da. S. Ideologia liberal e construção do Estado. In: DIAS, M. O. L. da. S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005, p.142-143.

²⁴⁵ Ibidem, p. 146-147.

²⁴⁶ Ibidem, p. 149.

²⁴⁷ ADORNO, S. **Op. cit.**, passim.

²⁴⁸DIAS, M. O. L. da. S. Ideologia liberal e construção do Estado. In: DIAS, M. O. L. da. S. **A interiorização da Metrópole e outros estudos**. 2^a ed. São Paulo: Alameda, 2005, p. 149. Interessante o dado fornecido, muito embora a quantidade de votantes no período anterior à Lei Saraiva fosse maior por razão do voto dos analfabetos, mas em 1881, quando a Lei Saraiva estabeleceu o voto direto, o eleitorado brasileiro se limitava a 1,5% da população brasileira. Idem.

1808? Em *Dialética da Colonização*, Alfredo Bosi propôs-se a responder esta questão e a desfazer o paradoxo do liberalismo brasileiro: um discurso de liberdade num território escravocrata, latifundiário e agroexportador, uma narrativa ideológica de interesses particulares apresentados como interesses universais. Para Bosi, trata-se de um falso dilema liberalismo *versus* escravidão. Seria algo paradoxal se fosse atribuído ao termo liberalismo o conteúdo pleno e concreto europeu, equivalente à ideologia burguesa do trabalho livre firmado com a revolução industrial. No Brasil, seria um paradoxo restrito ao verbo.²⁴⁹

Isso porque o ideário que atuou na organização do Estado brasileiro foi um ideário de fundo conservador e interessado na manutenção da propriedade fundiária e escrava - como base da economia e da sociedade - o máximo de tempo possível, através de um complexo de normas jurídico-políticas. Novamente, a chave de leitura recai sobre 1808, com a transferência da Corte e a abertura dos portos: acabam os privilégios da Metrópole e a elite econômica da colônia garante as liberdades de “produzir, mercar e representar-se na cena política”²⁵⁰; momento identificado por Dias como a *interiorização da Metrópole e enraizamento dos interesses portugueses na colônia*, como visto.

A propriedade escrava e, no seu bojo, o tráfico, passavam a ser, efetivamente, o eixo de uma economia que se montara na esteira da liberação dos portos e das franquias comerciais. (...) As Câmaras serviam de instrumento à classe dominante que, sem os canais jurídicos estabelecidos, não controlariam a administração de um tão vasto país. (...) O trabalho escravo era um fator estrutural da economia brasileira...²⁵¹

Neste cenário, para Bosi, o que pôde denotar estruturalmente o termo *liberal* quando usado pela classe proprietária no período de formação do Estado brasileiro, emprestando caráter geral aos seus interesses particulares, ideológicos, portanto, foram quatro significados que podem se apresentar isolados ou articulados: 1) *liberal* significava ser *conservador das liberdades* conquistadas em 1808, com a abertura dos portos, de produzir, vender e comprar; 2) *liberal* significava ser *conservador da liberdade* alcançada em 1822 de representar-se *politicamente*: “ter o direito de eleger e de ser eleito na categoria de cidadão qualificado”; 3) *liberal* significava poder “*submeter o trabalhador escravo mediante coação jurídica*”; 4) *liberal* significava ser “*capaz de adquirir novas terras em regime de livre concorrência*”, em

²⁴⁹ BOSI, A. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Cia das Letras, 1992, p. 194.

²⁵⁰ Ibidem, p. 197.

²⁵¹ Ibidem, p. 200-204

manobra de adequação do estatuto da colônia ao espírito capitalista da Lei de Terras de 1850.²⁵²

Estas eram, portanto, as prerrogativas econômicas, culturais e políticas da elite política, econômica e ilustrada que fundou o Império do Brasil. Para Bosi, as prerrogativas econômicas eram o “comércio, produção escravista, compra de terra. Políticas: eleições indiretas e censitárias. Umas e outras davam um conteúdo concreto ao seu liberalismo”.²⁵³

A estas características apontadas por Bosi na identificação do *ser liberal* no nascente Império brasileiro, outra deve ser incluída: a dissociação entre o liberalismo brasileiro e a democracia. Da mesma forma que o constitucionalismo tem sua ruptura com a democracia (atuando mais próximo do conceito de delegação aliado à fragilidade da representação política), o ideário liberal brasileiro também se faz em ruptura com participação política. Característica consonante com a formação do bacharelado imperial, a elite política e ilustrada que conformou e organizou o Estado brasileiro.

Também Schwarcz reconhece no modelo brasileiro um liberalismo conservador, muito marcado e mais próximo da reação posterior à Revolução Francesa, em que o conceito de liberdade aparecia condicionado à condição de ordem, a convivência com a escravidão, o latifúndio e a hipertrofia estatal revelava um liberalismo antidemocrático. E nesta perspectiva, Schwarcz marca a influência da Faculdade de Direito de São Paulo, mais imbricada com a política, fornecendo os quadros para a burocracia estatal, do que a Escola de Recife, mais voltada à formação de doutrinadores.²⁵⁴

Para Faoro, neste sentido, a ideologia liberal, ao passo que também era uma filosofia política, soube, conscientemente, explorar o sistema colonial. Não havia constrangimento entre liberalismo e escravidão e a questão da representação política foi resolvida em 1822 com uma Carta constitucional de direitos individuais, de caráter liberal, mas fundada na criação do Estado como eixo central da política e da veiculação da filosofia liberal, sendo, pois, um esquema de construção nacional pombalino, de raiz absolutista-contratualista e que repelia a ideia de direito de

²⁵² BOSI, A. *Op. cit.*, p. 198- 199; BRASIL. **Lei nº 601**, de 18 de setembro de 1850, Lei de Terras. Não por coincidência a Lei de Terras de 1850 vedava qualquer forma de aquisição de terras devolutas que não fosse pela compra (art. 1º), o que significava a exclusão daqueles que, sendo escravos, não detinham capital para se inserir na partilha do território.

²⁵³ BOSI, A. *Op. cit.*, p. 199.

²⁵⁴ SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 - 1930**. São Paulo: Cia das Letras, 1993, p. 172-181.

resistência. Dentre os vários matizes de liberalismos que havia na época, Faoro ressalta a vitória dos *moderados*, capazes de melhor se adequar à conformação do Poder.²⁵⁵

Os liberalismos existentes também foram tratados por Sérgio Adorno, que identificou o liberalismo moderado como antidemocrático; no entanto, importa ressaltar a leitura de Adorno quanto à indeterminação teórica do liberalismo, havendo diversas interpretações sobre os princípios liberais na academia, não havendo, portanto, uma difusão consensualmente unânime entre as diversas categorias de homens livres. Verificação esta que implica na refutação, por parte de Adorno, da leitura que o liberalismo tenha sido um instrumento de dominação das classes dominantes pensado como um “sistema ordenado e articulado de ideias e representações” com a finalidade de ocultar as raízes da desigualdade social. Para ele, a ordem de um mundo embasado em relações pessoais de dominação, cuja desigualdade estava no horizonte do homem comum, apresentava-se mais forte e enraizada do que conferir poder idealizado ao liberalismo, que surge como resposta ao colonialismo em virtude da crise do pacto colonial, fundamento determinante para a Independência.²⁵⁶

Tem-se, então, na fundação do Brasil, a hegemonia de um liberalismo conservador, divorciado da democracia e do direito de resistência, fundado nas liberdades conquistadas em 1808 e 1822 e em garantias individuais, embora tenha projetado na força institucional de organização do Poder seu eixo principal de atuação. Concebido, o liberalismo, por uma elite política ilustrada e conservadora, com certa indeterminação na interpretação de seus princípios, porém, com conteúdo político determinado pelos interesses e necessidades desta mesma elite política que organizou o Estado com a força do bacharel em direito. Neste sentido, ao passo de reproduzir a matriz eurocêntrica, a elite política também criou um original modelo de exercício liberal do Poder que se acomodava aos seus interesses enquanto elite política e também à elite econômica do Império nascente.

Este modelo de exercício liberal do Poder, entendido como matriz original do Estado brasileiro, pôde produzir reflexos na prestação jurisdicional contemporânea, conforme a conclusão da pesquisa que apontará traços liberais em decisões atuais; contudo, necessário se faz, antes, de delimitar o próprio poder judiciário neste Estado nascente no Império e que fixa as diretrizes de organização do Poder para o

²⁵⁵ FAORO, R. Existe um pensamento político brasileiro? In: FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007, p 78–114.

²⁵⁶ ADORNO, S. **Op. cit.**, p. 33-89;161-162.

Estado brasileiro a partir de então.

CAPÍTULO III – A MATRIZ JUDICIÁRIA: DO ISOLAMENTO AO NASCIMENTO DO PROTAGONISMO POLÍTICO

3.1. O Poder Judiciário isolado da política e o Conselho de Estado como produtor da cultura jurídica nacional

Ao deter o olhar sobre o poder judiciário²⁵⁷ no Império, algumas características da organização do poder no Brasil tornam-se mais evidentes do que quando a análise centra-se no processo social e político majoritariamente. Cada perspectiva encerra limites distintos e complementares da interpretação. A dinâmica dos interesses necessita da estabilidade que os projetos normativos proporcionam; são por aqueles, os interesses, que estes, os projetos normativos, se materializam e “se tornam operatórios nos acontecimentos”²⁵⁸. Em correlação com o poder executivo, legislativo e o Poder Moderador da Carta Constitucional de 1824, pode-se enxergar mais claramente a influência luso-iluminista na criação das instituições nacionais; análise, no entanto, reservada para as conclusões da pesquisa para, aqui, identificar essas matrizes que cuidaram de inserir, de modo original, o poder judiciário na ordem constitucional que se instalava. Porém, adverte-se que não se trata de esmiuçar os projetos normativos, mas identificar as grandes linhas da interação entre o social, o político e o jurídico na formação da justiça brasileira, o que, de muitos modos, centra a análise no sistema de justiça.

Inicialmente, como perpassou toda a pesquisa, um dos principais

²⁵⁷ Para compreender as linhas gerais da matriz judiciária brasileira foi necessário estender o tempo histórico para além do período detido nos tópicos anteriores que, embora em alguns momentos tenham retrocedido ao final do século XVIII, tiveram por base, para pensar a formação do Estado independente, 1808 a 1831/34. Neste tópico sobre o judiciário avançasse no período do Segundo Reinado, 1840-1871.

²⁵⁸ Esta hipótese é explorada por Samuel Rodrigues Barbosa em sua pesquisa sobre a indeterminação do constitucionalismo Imperial luso-brasileiro: “Interesse explicam, é certo, mas outro aspecto central para a compreensão do processo histórico são os projeto normativos que conferem legitimidade ao governo e às instituições, que justificam o mando na administração, na economia e na casa, que vinculam interesses aos valores. A suposição aqui é que uma determinada ordem social pode ser interpretada sob uma dupla dimensão interligada: interesse e projetos normativos. Sem os projetos que conferem legitimidade e justificação, a dinâmica dos interesses não se faz ordem com estabilidade. Sem a ancoragem em interesses, os projetos normativos não se materializam, nem se tornam operatórios nos acontecimentos”. BARBOSA, S. R. Indeterminação do constitucionalismo imperial luso-brasileiro e o processo de independência do Brasil, 1821-1822. In: PEREZ-COLLADOS, J. M.; BARBOSA, S. R. (Orgs.). **Juristas de la Independencia**. Madrid: Marcial Pons, 2012, v. 1, p. 104-105. A historiadora Andréa Slemian também explora a perspectiva dos projetos normativos e sua função estruturante para o Estado brasileiro, cf. SLEMIAN, A. **Sob o Império das Leis: Constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)**, 2006. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH-USP, São Paulo, 2006.

componentes da criação do judiciário pós-independência tinha por antítese o papel dos juízes no Antigo Regime. Conforme José Reinando Lima Lopes afirma, para os contemporâneos da independência, a considerar seus discursos, os juízes do Antigo Regime eram facciosos, prontos para agradar à Coroa, aplicadores pouco isentos da lei, constituindo, pois, um dos principais problemas do começo da vida independente. Segundo Lopes, portanto, o remédio seriam as novas instituições, sendo as duas principais a eleição de juízes e o tribunal do júri: “Ambas teriam por efeito temperar a presença dos letrados, sempre ligados à Coroa, com alguma forma de participação popular.”²⁵⁹ Para Slemian, citando o fundamento dos constituintes, tratavam-se de “remédios’ eficazes para a submissão dos magistrados” e do exercício de uma força de controle sobre a magistratura de carreira.²⁶⁰

Tratava-se, na prática, de formas de “participação popular” no aparelho de justiça, com a outorga de poderes à esfera local de poder, “pois era no âmbito dos distritos (juízes de paz), termos e comarcas (jurados) que se organizavam as eleições dos juízes de paz ou as listas dos jurados”. Lopes, contudo, ressalta que, contra esta experiência liberal radical, as correntes centralizadoras propuseram reformas para limitar os poderes locais, seguidamente com a apresentação de seus juízos negativos.²⁶¹

Essa ligação dos juízes com a Coroa foi uma das razões para o “precoce interesse dos legisladores [constituintes] pelo estabelecimento de uma faculdade oficial de direito”, a qual resultou na lei de 1827, que criou os cursos jurídicos. Neste contexto, o isolamento da justiça das decisões de caráter político²⁶² foi escolha que melhor traduziu a desconfiança para com juízes. Esta experiência também se intentava em França e nos Estados Unidos, de modos diversos.²⁶³

O Brasil optou, em grandes linhas, pela influência francesa que, no contexto da independência, melhor se amoldava ao cenário de saída do pacto colonial para a elite política que conduzia o processo. Em França, ao judiciário cabia o julgamento conforme a lei, as questões de direito; enquanto aos representantes do povo, fundados na soberania e em seus órgãos, julgavam conforme as conveniências. Portanto, a legitimidade dos juízes e tribunais era extraída da lei, este produto da

²⁵⁹ LOPES, J. R. de L. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, A; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63.

²⁶⁰ Cf. SLEMIAN, A. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24-26.

²⁶¹ LOPES, J. R. de L. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, A; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

²⁶² Ibidem, p. 65.

²⁶³ Idem.

deliberação livre dos representantes do povo soberano.²⁶⁴

Por esta conformação, sendo a legitimidade dos juízes oriunda da lei, estes “podem julgar os particulares, mas não os representantes nem os agentes do povo, os administradores, quando agem dentro de sua função constitucionalmente garantida de dirigirem os rumos do Estado e da coisa pública.”²⁶⁵ Para isso, caberia estabelecer órgãos independentes dentro do próprio poder executivo para o julgamento de administradores e gestores da administração. E aqui, segundo Lopes, reside a origem da justiça administrativa ou mesmo do direito administrativo.²⁶⁶

Nos Estados Unidos o judiciário não foi isolado da questão política, mas chamado a ser o árbitro de qualquer disputa, inclusive as que envolvessem funcionários e agentes do Executivo. No entanto, a Suprema Corte norte-americana construiu a doutrina da “questão política”, que tratava de identificar e reconhecer a diferenciação entre um julgamento entre particulares e um julgamento que envolvesse “questão política”, “não um direito mas um mero interesse ou visão dos rumos adequados à República.” Embora tenha sofrido mudanças ao longo do tempo, essencialmente a doutrina da “questão política” tem essas bases que cuidam de conferir um tratamento deferente para com os poderes políticos, ou seja, “para com os poderes que vivem de prestar contas eleitorais ao representantes, e que tomam decisões gerais e vinculantes para todos.”²⁶⁷

O judiciário brasileiro, em sua matriz imperial, não foi chamado a decidir conflitos entre Poderes e não se concedeu aos tribunais e ao Supremo o poder de invalidar leis inconstitucionais. Tal atribuição ficou restrita ao próprio Parlamento, que detinha o poder de interpretação *autêntica* da lei. Afinal, era coerente com o modelo político-jurídico adotado resguardar aos legisladores a capacidade de interpretação original da lei. Ao Judiciário era autorizada a interpretação *doutrinária* restrita à aplicação da lei ao caso concreto.²⁶⁸ O tensionamento dos conflitos entre poderes, às questões políticas, foi delegado ao Poder Moderador, cujo órgão auxiliar, o Conselho de Estado, exerceu função essencial ao pensamento jurídico da época.²⁶⁹

Para Lopes, a teoria política e constitucional do século XIX esforçou-se por

²⁶⁴ LOPES, J. R. de L. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, A; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ Ibidem, p. 66.

²⁶⁸ Idem; cf. LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 188; *passim*.

²⁶⁹ LOPES, J.R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva: 2010, *passim*.

afastar e isolar os tribunais e juízes de carreira das questões políticas e discricionárias²⁷⁰, “não deveriam arbitrar disputas entre os interesses gerais, ou seja, não deveriam fazer escolhas de fins sociais (coletivos) a atingir”. O arbitramento do judiciário recairia sobre conflitos privados ou entre particulares e o Estado. Este modelo afastaria o Supremo Tribunal de Justiça de qualquer jurisdição constitucional ou administrativa, restando-lhe apenas “o mundo do direito privado e do direito criminal: aplicar a lei aos fatos”.²⁷¹

Muito embora o esforço de isolamento dos juízes e tribunais da política tenha logrado êxito, sendo que de modo geral os conflitos de direito público não lhe pertenciam, isso não ocorreu de forma absoluta, havendo pontos de contato entre os tribunais do Império e questões políticas que envolviam outros poderes, conforme delegação da Carta de 1824, e que causavam conflitos de poderes com o desempenho de papéis secundários pelo judiciário²⁷².

De início, a própria carreira do magistrado era de natureza conflituosa: “o ingresso na carreira de juiz era, de fato, um ingresso na carreira política”²⁷³. Os juízes eram nomeados pelo Imperador e serviam nas localidades, passando a integrar o sistema de poder local. Para isso necessitavam de algum reconhecimento na Corte, o que lhes outorgava também reconhecimento entre os jurisdicionados. A isso se acresça a formação jurídica, cabedal teórico que autorizava aos bacharéis a operar o aparelho estatal. Geralmente os juízes aderiam a algum partido local e quando não eram identificados como homens da lei e, portanto, da Coroa. De um modo ou de outro, o envolvimento com o poder local causava conflitos, inclusive eleitorais, devido a um sistema de incompatibilidade não tão rígido. Neste cenário, e que aqui extrapolaria os limites da pesquisa um aprofundamento, nota-se que as relações pessoais e familiares muito influenciaram a formação do judiciário brasileiro.²⁷⁴

Outros conflitos oriundos da poder local dos magistrados, ainda, podem ser reconhecidos com as próprias leis eleitorais, quando a figura ideal do juiz era encarregada de presidir turmas de recursos nas qualificações dos pleitos locais, o

²⁷⁰ Andréa Slemian acrescenta o termo “discricionário” conjuntamente com a questão política, o que parece ser apropriado como uma maior elasticidade ao conceito de político. Cf. SLEMIAN, A. **O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841)**. In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19-61.

²⁷¹ LOPES, J. R. de L. **O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871)**. In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

²⁷² Idem.

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Ibidem, p. 70.

que potencializava o “conflito com jurisdicionados ocupantes de outros cargos”. Com o tempo, a crescente interferência do Estado no domínio privado, como desapropriações e discussões de contratos que envolviam concessões, por exemplo, também causavam tensões políticas envolvendo a magistratura. Havia também os conflitos entre juízes e autoridades policiais e promotores de justiça, cujas lides escoavam-se no sistema de recursos e nos pedidos de anulação de julgamentos. Por fim, a competência originária para julgar altos empregados públicos expunha o Supremo diretamente aos conflitos de caráter políticos.²⁷⁵

No entanto, embora os tribunais tenham sido isolados das questões políticas e, como visto, ainda assim havia pontos de contato. Os conflitos oriundos dos julgamentos de crimes de responsabilidade dos empregados públicos, competência originária do Supremo, permitem, para Lopes, perceber uma atitude de certa deferência e o reconhecimento da autonomia do campo político, tanto que, “sem nenhuma condenação, o Supremo estava a seu modo dando seu apoio “político” ao funcionamento do Estado Imperial”. Como contrapartida, no jogo de interesses, essa postura deferente com os empregados públicos e, em especial, presidentes de províncias, criava uma imunidade ao judiciário diante dos demais poderes, “de onde certamente vinham algumas pressões”. Para Lopes, o Supremo, ao reconhecer que “o agente político estava autorizado, pela constituição e pelas leis, a tomar as atitudes que tomara”, criava uma espécie de “doutrina da questão política”, espécie de imunidades aos agentes dos outros poderes com fundamento na delegação constitucional.²⁷⁶

Além disso, para Lopes, o preço a pagar por este isolamento do judiciário foi alto. Isto foi feito com um formato de Supremo Tribunal enquanto Corte de Cassação das decisões das Relações com base em dois motivos: nulidade manifesta ou injustiça notória. O Supremo cassava decisões, mas não revisava as decisões para dizer o direito; e quando o fazia extrapolando suas atribuições, as Relações não eram obrigadas a acatar o sentido da decisão e, no mais das vezes, decidiam de modo diferente e ao seu próprio fundamento. Como dito, este modelo de linhas gerais francesas outorgava poder decisório sobre as questões políticas ou discricionárias ao Poder Moderador, um esforço de neutralidade para lidar com os conflitos entre Poderes do Estado e tendo no Conselho de Estado o lugar

²⁷⁵ LOPES, J. R. de L. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, A; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

²⁷⁶ Ibidem, p. 89-91; 103.

privilegiado para as discussões jurídico-políticas.²⁷⁷

E aqui se ressalta a importante discussão que permeou o Império, sobretudo no Segundo Reinado, quanto aos poderes outorgados ao Supremo. Constituindo-se apenas como Corte de Cassação através do Recurso de Revista (por nulidade ou injustiça), discutia-se uma “reforma que desse mais poderes ao Supremo” com os objetivos de uniformizar a jurisprudência e “determinar aos tribunais a maneira correta de entender a lei”, em outras palavras, reconhecer ao Supremo o poder da interpretação *autêntica* da lei com força de orientação às Relações, exclusividade do Parlamento até então. A questão de fundo era a doutrina constitucional que previa dois graus de jurisdição: a primeira instância e o grau de recurso para as Relações; aceitar o envolvimento do Supremo nos casos, com poder de decisão, seria uma terceira instância dissonante da teoria constitucional.²⁷⁸

Essa discussão sobre os poderes do Supremo revela outra questão de fundo que permeia a organização do sistema de justiça. Discutir o aumento dos poderes do Supremo era discutir os alcances, limites e sujeitos que poderiam interpretar a lei. Nabuco de Araújo era um dos principais defensores de uma reforma na justiça que ajustasse a anomalia principal, a seu ver, de permitir que tribunais inferiores julgassem contrariamente ao entendimento do Supremo e, este, concedendo revista, não detivesse poder para aplicar a lei ao caso, impondo sua decisão. Mas, interessantemente, o que a princípio parece ser somente uma crítica em favor do fortalecimento e da independência do Supremo e dos magistrados, revelava-se, no fundo, uma preocupação com a unidade e organização do poder [para Nabuco]²⁷⁹.

Á organização do Poder Judiciário prendia-se a questão da interpretação das leis que elle tinha de applicar. Essa questão deu lugar a um acto de Nabuco que foi muito discutido. Já vimos que em 1843 elle apresentara um projecto alterando a organização do Supremo Tribunal, a fórmula dos seus julgamentos, e estabelecendo o seu direito de julgar definitivamente as causas em que concedesse revista ('1). A esse projecto de Nabuco seguiram-se um de França Leite em 1845 e outro de Carvalho Moreira em 1847. No seu Relatório de 1854 Nabuco insiste «na anomalia que os tribunaes inferiores possam julgar em matéria de direito o contrario do que decidiu o primeiro tribunal do Imperio. Sobreleva á subversão das idéas de geranchias, infringidas por esse pressuposto, a desordem da jurisprudencia, que não pôde existir sem uniformidade e aonde se acham arestos para

²⁷⁷ LOPES, J. R. de L. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, A; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68-69. Cf. SLEMIAN, A. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841) in; SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19-61.

²⁷⁸ LOPES, J. R. de L. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, A; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68- 69.

²⁷⁹ NABUCO, J. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo, sua vida, suas opiniões, sua época**. Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1897, p. 277-278.

tudo» a reforma judiciária elle havia proposto que o direito de interpretação coubesse ao Supremo Tribunal, «como centro da jurisprudencia e maior categoria na gerarchia judiciaria». Em 1806, entretanto, pela sua circular de 7 de Fevereiro, estabelece um systema provisorio para o exercicio, pelo governo, do direito de interpretação, direito, declara elle no seu Relatório ás Camaras, «que não entendo que seja mantido, mas que o governo não pôde deixar de exercer, emquanto não o encarregaes ao Supremo Tribunal de Justiça»²⁸⁰

Por outro lado, Nabuco de Araújo prendia-se à preocupação de, não havendo jurisprudência no Brasil e cabendo ao Parlamento a interpretação autêntica da lei e, ao Conselho de Estado, o desempenho de uma função consultiva que, porém, forjava o pensamento jurídico da época, conforme será visto adiante, o restrito poder de revista do Supremo permitia uma anarquia judiciária no sentido de decisões das mais variadas sem a fixação de entendimentos e interpretações que conferissem segurança aos jurisdicionados. Trata-se, no fundo, de conceder poder de interpretação ao Supremo dentro dos limites do isolamento político a que o judiciário estava alocado, autorizando a interpretação última em relação aos conflitos privados, de modo a pacificar as decisões. Não se tratava de usurpar poder de interpretação autêntica do legislativo, e mesmo do executivo, quanto às leis e interesses coletivos, discricionários, questões políticas, portanto; mas de conceder poder de interpretação para a unidade da jurisprudência e força de uma Corte revisora²⁸¹. Os assentos obrigatórios para interpretação das leis, aprovados em 1875 e discutidos desde a década de 40, eram fundados nos Assentos da Casa de Suplicação, com o mesmo objetivo e limites: “[o assento] não deve com tudo ampliar ou restringir-se a lei fora do seu verdadeiro sentido, pois nenhum tribunal pôde alterar a lei.”²⁸²

Para Nabuco de Araújo, a diferenciação seria assim posta:

Seja como fór, o Governo tem exercido esse direito de interpretação por meio de decretos, instruções, regulamentos, até por avisos. O que venho de dizer porém não significa que entendo que seja mantido esse direito. A Reforma Judiciaria eu o atribuia ao Supremo Tribunal de Justiça, como centro da Jurisprudencia e maior categoria na gerarchia judiciaria, por que reconheço os inconvenientes e o perigo ele que esse direito, que ao Poder Executivo compete, se extenda ás lei judiciarias, as quaes dizem respeito á propriedade, liberdade, honra e a vida do cidadão, sendo que ,desde que se trata de qualquer d'esses objectos sagrados, começa a competencia do Poder Judiciario.²⁸³

²⁸⁰ NABUCO, J. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo, sua vida, suas opiniões, sua época.** Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1897, p. 277-278.

²⁸¹ Ibidem, p. 277-293.

²⁸² Ibidem, p. 290.

²⁸³ Ibidem, p. 282. Convém também citar a interpretação de Joaquim Nabuco sobre as posições de seu pai, Nabuco Araújo, quanto ao poder de interpretação a ser outorgado ao Supremo: “Apezar de tudo, de todo o seu

E a preocupação de Nabuco de Araújo quanto à unidade do poder traduzida como unidade nacional, por meio da unidade da interpretação das leis e da jurisprudência, permite entrever o complexo jogo de pesos e contrapesos no delineamento da separação de poderes no Brasil Império. Esta breve incursão nas ideias de reforma do Supremo mostra-se relevante porque possibilita a identificação de uma matriz judiciária muito cambiante durante o Império, em busca por ajustes que adequassem o exercício e os conflitos entre os poderes, e que se desdobram para o futuro do nascente Estado, como será visto. Estas ideias de reformas evidenciam, também, os moldes da separação de poderes inaugurada pelo Império, sobretudo quando se avança sobre a função do Conselho de Estado para compreender a, praticamente, inexistente jurisprudência neste período, o que fornece o substrato contextual para compreender as críticas encampadas por Nabuco de Araújo no anseio de outorgar este poder de interpretação ao Supremo, nos limites dos conflitos particulares.

O que preocupava Nabuco era a unidade da jurisprudência. O seu princípio era este: “Não basta que haja unidade de legislação, é preciso unidade de jurisprudencia; sem unidade de jurisprudencia não ha unidade na legislação; sem unidade na legislação, não ha unidade nacional. Elle pensa como Portalis: “On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois”. É preciso que haja uma jurisprudencia e que esta seja certa. Qualquer que seja o interprete, o indispensavel é que não se dê a fluctuação da lei. Em principio, Nabuco optava pela criação de um tribunal de cassação promulgador de arrestos obrigatorios; via, porém, a dificuldade de se tornar elle em todos os casos indispensaveis e de modo geral o eliminador das duvidas. Em quanto, não se tratava de creal-o, com a sua reforma judiciaria embargada no Senado, elle precisava regular o exercicio do direito de que o governo estava de posse. (...) É o traço saliente do nosso systema politico essa omnipotencia do Executivo, de facto o Poder unico do régimen.²⁸⁴

Nabuco de Araújo, entre outros jurisconsultos contemporâneos, afirmava a inexistência de jurisprudência no Império, em razão, sobretudo, de um Supremo delimitado pelo recurso de revista e submetido pelas decisões de última instância

sentimento da independencia da magistratura, Nabuco é um regulamentador, um espirito unitario, Francez, que confia mais na interpretação do direito pelo governo com as suas secretarias, o seu Conselho de Estado, os seus consultores officiosos, do que na formação da jurisprudencia pela colaboração dos juizes. Tem mais medo da anarchia dos tribunaes, da degeneração da lei pela diversidade dos arrestos, do que da interferencia parcial do Executivo na explicação das leis. No fundo elle tinha talvez razão. No nosso systema em que o governo tinha se tornado de facto por delegações constantes o apparelho legislativo do Estado, o governo devia saber melhor do que os juizes qual fóra a intenção, o sentido da palavra do legislador nos casos duvidosos. (...) O governo é, com effeito, parte na lei, da qual expede regulamento”. Ibidem, p. 291

²⁸⁴ NABUCO, J. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo, sua vida, suas opiniões, sua época.** Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1897, p. 292.

das Relações. Contudo, a inexistência de jurisprudência vinda do judiciário não quer dizer que não havia pensamento jurídico no Brasil oitocentista e mesmo que não havia jurisprudência e interpretação doutrinária sobre os casos. Aqui se adota a proposição de Lopes quando afirma que, com base em pesquisa de fontes primárias,

(...) houve uma cultura jurídica no Império, relativamente erudita e ao mesmo tempo seriamente voltada para a prática e para a constituição de um direito nacional e liberal, aplicada para pôr de pé um estado e um ordenamento para o País. Essa cultura, visando a reforma das instituições e hábitos preexistentes teve no Conselho de Estado um importante sujeito.²⁸⁵

Contudo, deve ser ressaltado que as críticas de Nabuco de Araújo e outros encontravam resistência e embate com outros juristas contemporâneos. Francisco de Paula Baptista e Regos Barros defendiam a conformação do recurso de revista, sem poder revisional e submetido às Relações, como “garantia de independência do Judiciário (ao se garantir a autonomia das Relações), da qual o Supremo era também guardião”. Por este sentido, não poderia se admitir o Supremo enquanto terceira instância revisora, posto que sua função fosse a de preocupar-se apenas com questões de ordem pública, colocando-se como estranho ao interesse das partes²⁸⁶. Admitir o Supremo como instância revisora seria convertê-lo em “juiz arbitrário e soberano de todas as questões e de tudo quanto em outras instâncias inferiores se houvesse decidido”²⁸⁷. Além disso, “seu poder seria incontrastável, sem limites, embora tão falível quanto o de qualquer outro julgador”. Conservar o Supremo acima da matéria a ser decidida imporia limites sobre os juízes inferiores, sem, contudo, “usurpar-lhes a jurisdição nem concentrar em si todo poder interpretativo”.²⁸⁸

Quando dos debates em 1841 quanto à reintrodução do Conselho de Estado na monarquia constitucional, no contexto de discussão do tribunal administrativo, Bernardo Pereira de Vasconcelos defendia que os conflitos de jurisdição e atribuição deveriam ser deslocados do judiciário, sob pena da constituição de um governo judiciário: “Mas não quero, dizia, que ele [o judiciário] transponha os limites de sua autoridade, não quero que exceda suas atribuições, de maneira que possa dizer que

²⁸⁵ LOPES, J. R de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188; p. 91.

²⁸⁶ BAPTISTA, F. de P. *apud* LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188; 98.

²⁸⁷ BARROS, R. *apud* LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188; p. 99.

²⁸⁸ Idem.

o nosso governo é governo judiciário”²⁸⁹.

Vê-se, pois, que os debates sobre a jurisdição administrativa e a jurisdição ordinária, limites e atribuições, e nos limites da proposta deste trabalho, não é possível aprofundá-lo, foram muito qualitativos e possibilitam identificar, como Francisco de Paula Baptista já havia identificado, a criação de um modelo de organização de poder original e consonante com o texto constitucional de 1824²⁹⁰. Se é possível identificar influências francesas, sem que isso seja uma identificação e uma transposição, como também é possível identificar traços análogos entre o Conselho de Estado e a Suprema Corte norte-americana²⁹¹, sem que, da mesma forma, importe em identificação e transposição, percebe-se que, no contexto do século XIX de reformas liberais constitucionais, a busca por um poder neutro que pudesse agir sobre os demais poderes era uma obsessão fundada nos limites e nas tensões entre intérpretes e legisladores, recém-saídos dos pactos coloniais do antigo regime²⁹². A autenticidade do Conselho de Estado e da sua função enquanto produtor da cultura jurídica nacional pode ser identificada nas consultas que respondia ao poder executivo e ao judiciário, lugar de materialização de sua doutrina de interpretação da aplicação da lei ao caso. Embora tenha tido a oportunidade de produzir a cultura jurídica, o Conselho de Estado rejeitou a possibilidade de interpretar autenticamente, reconhecendo que tal tarefa era exclusiva do poder legislativo, para lá remetendo os casos que assim considerasse.²⁹³

Portanto, o Conselho de Estado, como órgão auxiliar e consultivo do Poder Moderador, desempenhou relevante função na formação da cultura jurídica nacional,

²⁸⁹ VASCONCELOS, B. P. de *apud* LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188; 207.

²⁹⁰ Baptista refutava a proposição de alguns juriconsultos, como Pimenta Bueno e mesmo Nabuco Araújo quanto à afirmação que o modelo de Supremo era “um transplante imperfeito e pouco estudado de instituições estrangeiras”, defendia, como dito, a originalidade do modelo adotado com o Supremo sem poder de revisão. BAPTISTA, F. de P. *apud* LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188; p. 99. Convém, ainda, citar a passagem de Nabuco de Araújo quando ao comentar o modelo não revisional do Supremo, diz que: “O espirito de imitação nos fez transplantar da França esta fórmula de julgamento defeituosa, e contra a qual se levantam os clamores e a vozes de muitos juriconsultos dessa nação.” In NABUCO, J. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo, sua vida, suas opiniões, sua época**. Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1897, p. 62.

²⁹¹ Sobre a proximidade e função análoga do Conselho de Estado em relação à Supremo Corte norte-americana, Lopes diz que: “O Conselho de Estado no Brasil parecia responder, não obstante a precariedade de sua organização, a esse mesmo intento, moderador e claramente conservador, sem, no entanto, anular a representatividade eleitora. É possível pensar que o Conselho do Brasil imperial exercesse, em muitos termos e casos, função análoga à da Suprema Corte norte-americana. (...) Mas as semelhanças, ainda que muitas, não podem levar à identificação.” In: LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188; p. 99.

²⁹² Cf. LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188; p. 01-90. Trata-se do primeiro capítulo que aborda a “tradição ocidental na interpretação do direito”.

²⁹³ Ibidem, p. 182-186.

enquanto ao Supremo coube receber as críticas dos jurisconsultos contemporâneos por sua fragilidade. Contudo, além de responder as consultas do Imperador em questões previstas na Constituição de 1824 e em assuntos que assim requeresse, passada a reforma do Ato Adicional de 1834, o Conselho de Estado respondia consultas originadas dos magistrados que questionavam o governo, pelo presidente de Província, “para esclarecer a aplicação dos decretos”. Estas consultas eram remetidas ao Ministério da Justiça que, quando necessitava, direcionava para consulta do Conselho de Estado. Este procedimento que demandava a interpretação doutrinária, de aplicação da lei ao caso, processou-se no Conselho de Estado e não no Judiciário²⁹⁴.

(...) passaram 185 consultas vindas de juízes ou outros membros do Judiciário, e 192 consultas vindas de presidentes de províncias e outros administradores, num total de 377 consultas, equivalente a 34% das questões vindas à Seção. Em resumo, um terço da atividade do Conselho provinha dessa função, dentro da qual se inseria a de exame constitucional dos atos provinciais e dos regulamentos das leis. Tratava-se de perguntas sobre como entender e aplicar as normas.²⁹⁵

Neste cenário, em que o Conselho de Estado ocupava o lugar privilegiado na produção da cultura jurídica brasileira, na edição da jurisprudência possível com as consultas do executivo e do judiciário e de sua interpretação doutrinária, foi relegado ao judiciário um papel de pouca relevância na perspectiva de produção cultural jurídica. No entanto, o seu isolamento das questões políticas propiciou outros papéis relevantes para si, para a sociedade e para o Estado, como a função liberalizante e a função moral.

O Supremo, ao longo do Império, passada a fase inicial de um ímpeto de controle da magistratura, adotou essencialmente algumas posições chave em sua constituição: o papel de *manutenção da ordem* (incluído neste contexto o papel de manutenção da unidade monárquica) e, por outro lado, assumiu posições *liberalizantes* quanto às garantias individuais frente ao próprio Estado; cumpria, desta forma, ao atribuir-se esta característica de mantenedor da ordem e da adoção de posições liberalizantes quanto aos indivíduos, um papel moral, uma função moralizadora. Isto fica evidente nas pesquisas de Lopes e Slemian com base na

²⁹⁴LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

²⁹⁵ Idem. Dentre as possibilidades, o Conselho poderia responder a questão; não responder e forçar que o juiz ou administrador decidisse; sugerir ao Imperador a edição de decreto regulamentador; sugerir para a Assembleia a edição de uma lei interpretativa ou declaratória. Ibidem, p. 129

análise das decisões do Supremo durante o Império.²⁹⁶

Neste conjunto de elementos, o isolamento do Supremo das questões políticas que, contudo, teve pontos de tensão com os outros poderes e com o próprio judiciário, amparou o discurso da independência do poder judiciário, na busca por “neutralidade” e “imparcialidade” fundada numa “technicalidade”. Na verdade, trata-se de uma relação dialética, posto que o discurso da “neutralidade”, “imparcialidade” e “technicalidade” alimentavam a narrativa da independência do judiciário²⁹⁷. Este discurso de independência judiciária, bem como o isolamento, garantiram ao judiciário um papel político, um exercício e uma atuação política também evidenciadas nas pesquisas de Lopes e Slemian²⁹⁸.

A análise de suas decisões permite observar como se pretendeu legitimar uma esfera de “neutralidade” e “imparcialidade” que, por meio do recurso à technicalidade, alimentava o discurso da independência da justiça em relação aos outros poderes e reforçava, consequentemente, seus pontos de tensão como os mesmos. Prova mais que evidente do caráter político, por natureza, do Supremo Tribunal.²⁹⁹

No entanto, há que se ressaltar que esta busca por neutralidade, imparcialidade e técnica era uma matriz própria do ideário constitucionalista do século XIV e que, na organização do Estado brasileiro, tiveram êxito na narrativa de organização do poder judiciário. No próprio discurso de abertura e instalação do Supremo, em janeiro de 1829, ecoou, nas palavras do primeiro presidente José Albano Fragoso, os ideais de “manter habitualmente a ordem, repelir as injustiças, e violências domésticas, conciliar, e decidir as contendas entre os Cidadãos, formando-se um todo moral e independente.”³⁰⁰

²⁹⁶ Não é possível aqui aprofundar nas análises feitas por Lopes e Slemian quanto às decisões do Supremo que dão suporte à leitura de sua posição de mantenedor da ordem e de posições liberalizantes, como nos julgamentos que envolviam escravos. Claro que não havia um posicionamento único a favor de demandas em que escravos eram parte, mas o discurso de independência em relação aos demais poderes e de decisões técnicas, imparciais, neutras, permitiam que muitas decisões reconhecessem direito de liberdade aos escravos; no entanto, também citam decisões que, no confronto entre propriedade e liberdade, prevaleceu a propriedade. As decisões liberalizantes também reconhecem proteção aos cidadãos em detrimento da Fazenda Pública, embora esta característica estivesse presa às conveniências e cenários de cada época, podendo mudar, portanto. Mas é notório e sustentado na pesquisa que a tendência liberal era uma característica. Cf. SLEMIAN, A. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, passim, p. 50. LOPES, J. R. de L. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840 - 1871). In: SLEMIAN, A; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, passim.

²⁹⁷ Cf. SLEMIAN, A. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49-60; 23.

²⁹⁸ SLEMIAN, A. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ FRAGOSO, J. A. *apud* SLEMIAN, A. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010,

Para Slemian, a natureza do Supremo era *mista*: política e judiciária; e isso era evidenciado pelo papel político que o Supremo jogava em questões que “tocavam o cerne dos negócios do Império”, como um julgamento de um episódio da Farroupilha em que uma extensa revista foi concedida contrariamente ao julgamento da Relação ao inocentar um coronel.³⁰¹ Estas características constitutivas do judiciário na organização do poder do Estado podem ser sintetizadas na seguinte afirmativa de Slemian:

Em relação ao Supremo, a análise das revistas demonstra que o órgão não só tratava de importantes questões que tocavam diretamente na esfera pública, como marcava, ao longo da década, seu lugar na definição do próprio judiciário. Em primeiro lugar, por uma atitude liberalizante em relação aos particulares, a qual se manifesta na denúncia de irregularidades cometidas pelos agentes da própria justiça, e na exigência do reconhecimento dos direitos dos cidadãos. Com isso, legitimava-se um órgão que pudesse falar contra as injustiças e em nome da moral pública, e mesmo romper os limites de uma atitude passiva de “guardião” da justiça para uma ativa diante do julgamento de muitos casos e proposições de suas soluções. Mesmo que isso lhe custasse a acusação dos agentes da própria justiça.³⁰²

Por fim, outra característica fundante do judiciário brasileiro reside na perspectiva de reforma legislativa como forma de enfrentamento da morosidade e da incerteza dos caminhos da justiça. As motivações e as razões desta escolha estavam enraizadas nas características do período: a função dos bacharéis na montagem do nascente Estado [constitucional] encontrava saída na reforma legislativa e na legitimidade da lei para reformar um aparelho jurídico-político formatado pelo pacto colonial da monarquia sem parlamento, sem limite. O combate das instituições antigas era feito através de reformas legislativas que organizavam o poder sob a concepção liberal, sua práxis, seus interesses e objetivos³⁰³. Aqui se evidencia, novamente, a função do saber legal dos ilustrados de Coimbra na organização do poder no Brasil. Para Lopes:

uma das características da revolução liberal ou burguesa do século XIX era a reforma legislativa, pois ela se fazia contra a sobrevivência das instituições antigas, já disfuncionais e inúteis. O saber exigido para essa reforma era, em primeiro lugar, um saber legal. A revolução liberal visava por em pé um edifício legal-jurídico que correspondesse às práticas da própria burguesia. Não se fazia como revolução social, ou seja, revolução que pusesse no poder uma classe que ainda não se havia tornado

p. 43.

³⁰¹ SLEMIAN, A. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

³⁰² Ibidem, p. 59.

³⁰³ Ibidem, p. 65-70.

hegemônica, dominante ou dirigente.³⁰⁴

Portanto, em diálogo com as linhas abissais e o encobrimento do outro, uma possível interpretação para a matriz judicial, além de todo o exposto, pode ser caracterizada pela função de manutenção da ordem e da unidade nacional como apoio ao projeto autoritário de poder, antidemocrático, da elite política contemporânea e, por outro lado, a função liberalizante em consonância com o liberalismo conservador, voltado para as garantias individuais e para o fortalecimento das instituições. A inserção do judiciário e do Supremo na nova ordem constitucional ocorreu, como era de se esperar, nos limites sociais, culturais e políticos de um território colonial que buscava se legitimar como sociedade civilizada em meio às indeterminações das disputas políticas e mesmo das ideias de reforma judiciária que perseguem criticamente o Tribunal durante o Império.

3.2. A República e a reorganização do poder: o deslocamento da interpretação para os tribunais

Questão que precede a identificação de reflexos no Estado contemporâneo e na prestação jurisdicional diz respeito à mudança do regime monárquico para o republicano com a Constituição de 1891.

Toda a caracterização das matrizes epistemológicas e do núcleo de poder constitucional que operou no Império, o movimento histórico que culmina na Constituição dos Estados Unidos do Brasil em 1891 se apresenta como chave de interpretação da organização do poder no Estado brasileiro. Além das chaves históricas de 1808, 1822, há que se reconhecer a importância de 1889/1891 para a reconstrução histórica e hipóteses de interpretação para o Estado e a Justiça brasileira. Contudo, aqui o recorte será específico na reorganização constitucional que extinguiu o poder moderador e concedeu ao judiciário o poder de interpretação das leis e declaração de inconstitucionalidade.

Sem aprofundar nas determinações histórico-sociais da mudança de regime, o projeto de Império no além-mar, uma civilização nos trópicos, corroeu-se. Nos finais da década de 1880, o imaginário republicano identificou e apresentou a

³⁰⁴ SLEMIAN, A. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

Monarquia como a razão do atraso, do primitivismo e do engodo brasileiro. A república, por outro lado, apresentava-se como a evolução natural do *século do progresso*: somente povos atrasados poderiam permanecer sob o jugo de um regime político deformado e antinatural que, neste momento, passava a confrontar o próprio direito natural. Este, o direito natural, havia sofrido um amplo processo de ressignificação para deslocar-se da ordem das coisas para a razão humana, o que lhe retirou da condição de alicerce para se contrapor à realeza divina. A monarquia falseava o embasamento do governo político, sendo ilegítima por se contrapor ao exercício da razão.³⁰⁵

Lilia Moritz Schwarcz, no estudo sobre o discurso racial brasileiro, afirma que o discurso científico adotado pelos homens de ciência da ilustração [entre 1870 a 1930], orientou a organização social no sentido de explicar as desigualdades e diferenças com fundamento na raça, em especial na raça inferior associada a escravos libertos, populares, nativos, etc. A hierarquia social era explicada a partir das raças e do branqueamento a que o Brasil passaria, não sem consequências prejudiciais por essa miscigenação³⁰⁶. Mas a ciência passou a ser o discurso legitimador da ordem social brasileira herdada da colônia e do Império, do mesmo modo como a monarquia e sua origem divina não correspondiam mais às concepções do século do progresso, a república era o regime natural da evolução das sociedades civilizadas e que o Brasil necessitava adentrar para romper as amarras absolutistas.³⁰⁷

No plano judiciário o movimento de final do Império demonstrava o que viria a acontecer com a organização do poder no regime republicano em 1891. Para Paulo Macedo Garcia Neto “a história do judiciário brasileiro oitocentista é a história de uma constante redefinição das esferas de concentração de poder”. As atribuições que no Império eram divididas entre uma jurisdição administrativa com o Conselho de Estado, juízes de paz, entre outros agentes, foram concentradas no judiciário com a República. As esferas de controle da magistratura, como o juiz de paz eletivo, parte do poder local, portanto, foram arrefecendo ao longo do Império para, ao seu final, fortalecer o movimento de transferência de poder para os juízes de carreira e transferir “questões políticas” antes debatidas no Conselho de Estado também para o judiciário, como o foi nos casos de concessões de serviços públicos com o

³⁰⁵ LOBO, J. L. Representações Republicanas, sentidos monárquicos e permanências na transição. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, p. 164-170, 2013.

³⁰⁶ SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 - 1930**. São Paulo: Cia das Letras, 1993, p.23-42.

³⁰⁷ LOBO, J. L. **Op.cit.**, passim.

deslocamento para o judiciário na busca da imparcialidade que o Conselho de Estado não dispunha; “essa autonomia decisória somente parecia possível no Poder Judiciário”.³⁰⁸

Os vinte anos finais do Império foram marcados pela “confluência de poderes adjudicatórios nas mãos dos juízes de direito”. Não por acaso houve um aumento significativo do número de revistas concedidas em relação aos períodos anteriores. Do mesmo modo, no fim do Império havia uma preocupação em se “conferir ao poder Judiciário um papel maior na regulação de determinadas relações econômicas”.³⁰⁹

Com a proclamação da República, 1889, o Supremo Tribunal de Justiça permaneceu com sua formação de ministros originária, inclusive sob a presidência do Visconde de Sabará, e quando da Constituição de 1891 também se manteve a formação do Império com nove ministros dentre os quinze do novo desenho constitucional que o transformou em Supremo Tribunal Federal. Contudo, a nova organização dos poderes suprimiu o Poder Moderador e o Conselho de Estado, sendo que o novo Tribunal “teria de lidar com os novos problemas deixados pela supressão da instância administrativa de resolução de conflitos”. Demandas que, antes, eram absorvidas e resolvidas pelo Conselho de Estado.³¹⁰

E aqui reside a chave que se propõe interpretar: a reorganização dos poderes na República consolidou a tendência de concentração de poderes no judiciário. Embora o Poder Moderador e o Conselho de Estado tenham sido suprimidos da ordem legal-constitucional, a ampla e profunda experiência da justiça administrativa marcou a produção cultural jurídica brasileira: se literalmente foram suprimidos por representarem simbolicamente o atraso absolutista; por outro lado, a dimensão simbólica do Poder Moderador e do Conselho de Estado podem ter transigido com valores e tradições com a nova ordem republicana, então carente de legitimidade e de símbolos arraigados na sociedade. O *modus operandi* da chave de toda a organização política imperial não se desintegraria com a sua supressão formal. Para Lobo, o imaginário do poder divino havia se enraizado durante o Império e a fragilidade dos ideais republicanos no corpo social demandaria transigência com os símbolos monárquicos.³¹¹

³⁰⁸ NETO, P. M. G. O Judiciário no Crepúsculo do Império (1871-1889). In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105-137; 133

³⁰⁹ Ibidem, p.106; 109; 135.

³¹⁰ Ibidem, p. 135-137.

³¹¹ LOBO, J. L. Representações Republicanas, sentidos monárquicos e permanências na transição. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, p.173; passim.

(...) consistia em ataque feroz aos fundamentos constitucionais do Estado monárquico, ao menos àqueles associados à realeza. (...) Desbancar o direito divino, portanto, era desferir ataque contra realeza e ordem jurídica ao mesmo tempo, visto enraizar-se a ideia de divindade no imaginário jurídico do Império. (...) Ora, se estado e governo tinham por fundamento elites gananciosas e patrimonialistas, então o Imperador, junto com seu quarto poder, não passaria de títere preso a cordões que o manipulavam de antessalas obscuras.³¹²

Não se pretende aqui analisar as implicações da supressão da experiência da jurisdição administrativa do Império ao perguntar quais seriam estas implicações, mas de observar o reposicionamento das atribuições do Moderador e do Conselho de Estado dentro do novo desenho institucional de organização do poder com a Constituição de 1891.

A hipótese dimensiona que este novo desenho do poder republicano possa consistir na origem da potencializada experiência da judicialização da política e do ativismo judicial contemporâneos; mas, todavia, resguardada a politização dos tribunais aos primórdios do judiciário imperial, conforme já exposta sua natureza política no Império, mas que ganhou novo impulso e poder com o desenho institucional de 1891.

Primeiramente, a reorganização do poder na república não se limitou a reorganizar os poderes e transferir atribuições. O que se percebe subjacente a estes movimentos diz respeito a um assunto debatido durante o Império e presente em todas as experiências constitucionais do século XVIII³¹³: quem pode interpretar a lei? Quem detém o poder hermenêutico que se caracteriza por impor a sua interpretação como sendo a interpretação válida e efetiva?

Na Carta de 1824 somente ao Poder Legislativo era outorgado o poder de interpretação *autêntica* da lei, bem como o poder de suspendê-las e revogá-las, na função de guarda da Constituição, tal como inserto no artigo 15, inciso VIII e IX³¹⁴. O controle de constitucionalidade era atribuição do parlamento, embora ao Poder Moderador, via Conselho de Estado, era atribuída a função de analisar legislação das províncias para verificar a adequação à constituição; um controle [local] de constitucionalidade que não repercutia no corpo legislativo geral, mas a que também era comum sujeitar-se o “exame prévio dos projetos de lei geral, no qual a

³¹² Ibidem, p. 172-174.

³¹³ LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1-90. O capítulo primeiro “A tradição ocidental na interpretação do direito” faz um amplo espectro da experiência da interpretação jurídica no ocidente.

³¹⁴ “Art. 15. E' da atribuição da Assembléa Geral. (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.”

constitucionalidade da medida era expressa ou implicitamente examinada" [pelo Conselho]³¹⁵. A previsão na Carta de 24 estava no artigo 101, inciso IV³¹⁶ e, depois da supressão do Conselho pelo Ato Adicional de 1834, retornou à legalidade pela Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841. No entanto, a interpretação do Conselho de Estado era *doutrinária*, restrita a análise de caso concreto³¹⁷.

No entanto, ao Conselho eram direcionadas dúvidas do Executivo, por presidentes de províncias, e consultas de magistrados quanto à "resolução de dúvidas surgidas na aplicação da lei". Formou-se um verdadeiro hábito de consultas em que o Conselho de Estado "fixava em última instância o entendimento devido"³¹⁸. A poder hermenêutico era compartilhado, então. Ao parlamento, sua condição *autêntica* em virtude da soberania e, ao Moderador/Conselho, a interpretação *doutrinária* aos casos concretos (o que gerava controvérsias sobre a competência do Conselho para realizar interpretações, mas que, contudo, ocorriam e eram utilizadas³¹⁹); do mesmo modo ao judiciário, que retirava sua legitimidade das leis³²⁰, o poder de interpretação era de aplicação da lei ao caso concreto, *doutrinária*, portanto; mas não interpretações abstratas sobre a lei *a priori*.

Neste desenho institucional, cabia ao judiciário e ao Supremo aplicar a lei ao caso, o que causou um debate de fundo que proporia a alteração de todo o formato da organização e concentração dos poderes (ainda que isso não fosse tão visível na época): o Supremo enquanto tribunal de cassação e com o recurso de revista destinado mais a garantir "as formas do processo judicial"³²¹ e menos o mérito do julgamento, não tinha capacidade de produzir jurisprudência e unidade da legislação e da sua interpretação, conforme visto neste capítulo.

Com o regime republicano e as influências majoritárias no campo jurídico que se deslocam da França para o sistema norte-americano [quanto ao modelo de controle de constitucionalidade e organização do poder], o poder de interpretação

³¹⁵ LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.160. Convém citar Lopes neste sentido, para melhor ilustrar: "[O Conselho de Estado] Anualmente examinava a legislação provincial do ano anterior para verificar sua conformidade com a Constituição e com os termos do Ato Adicional (Decreto n. 124, art. 121). O principal objeto da consulta, nesses casos, era saber se a província não havia excedido seus poderes legislativos. (...) e resumo, examinava-se o desempenho legislativo da província no âmbito da administração da justiça, principalmente." Ibidem, p.160.

³¹⁶ Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: (...) IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provincias: Arts. 86 e 87.

³¹⁷ LOPES, J. R. de L. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 160.

³¹⁸ Ibidem, p. 165.

³¹⁹ Idem.

³²⁰ Ibidem, p. 01-90.

³²¹ NETO, P. M. G. O Judiciário no Crepúsculo do Império (1871-1889). In: SLEMIAN, A; et.al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.130.

sofre uma viragem epistemológica: concentra-se exclusivamente no judiciário que passa, então, a ter o poder de interpretar as leis e julgar os casos em última instância, inclusive as ‘questões políticas’, com poder de cassação e revisão dos julgados. Institui-se o controle de constitucionalidade difuso³²² e o parlamento perde sua função de interpretar, revogar e suspender leis. Extinto o Poder Moderador e o Conselho de Estado, as atribuições da jurisdição administrativa são incorporadas ao judiciário; e o poder de interpretação autêntica desloca-se igualmente do parlamento para os tribunais, embora ao parlamento a constituição republicana ainda resguarde a atribuição de velar a guarda da Constituição³²³.

Esta transferência de atribuições, o alocamento da jurisdição administrativa e o deslocamento do imaginário e experiência do Moderador para o judiciário, transformando o Supremo em corte máxima da jurisdição, foram expressos no art. 59 da Constituição de 81, que previu amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal para decidir, originariamente, questões e conflitos entre os Poderes, questões internas ao próprio Judiciário, o julgamento do Chefe do Executivo em crimes comuns e os Ministros em crimes comuns e de responsabilidade, e inclusive reclamações de nações estrangeiras³²⁴; além do poder de julgamento originário de cúpula das ‘questões políticas’, ao Supremo concedeu-se o poder tanto debatido durante o II Reinado para revisar julgamentos dos tribunais inferiores, impondo sua decisão e abrindo caminho para a possibilidade de criação e valorização da jurisprudência através do recurso extraordinário, afeto, pois, ao novo formato de federação e que demandaria a uniformização da interpretação da legislação em perspectiva nacional e constitucional.

Neste novo desenho institucional, ainda que ao parlamento tenha ficado resguardada atribuição de guarda da constituição, o instrumental de efetivo poder

³²² “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60; III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81. § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. § 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União”.

³²³ Art. 15, IX, Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

³²⁴ Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originária e privativamente: a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52; b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade; c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros; d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados; e) os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais de um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.

decisório e hermenêutico foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal. A ele foi outorgado o poder adjudicatório quanto à judicialização dos conflitos entre os poderes e, por outra via, a instituição do recurso extraordinário para manutenção da legislação, seja lei estadual ou federal ou atos do executivo e de tratados, cuja função seja a precípua guarda do pacto federativo, uma função política, portanto, sob o manto da Constituição de 1891.³²⁵

O poder de interpretação da legislação para manutenção do texto e do sentido constitucional, portanto, torna-se exclusivo e privativo do judiciário, via controle difuso. De um lado, portanto, tem-se a amplitude de julgamentos de quaisquer questões que afrontem a validade de leis federais e da Constituição; de outro, a politização do Supremo com a possibilidade de arbitrar ‘questões políticas’ entre os Poderes e entre o próprio judiciário quando, então, do lugar secundário nas questões política do Império, retira-se do isolamento político para ser alçado ao lugar de árbitro do Estado, então destituído do poder divino para caminhar em direção à razão, ao progresso, como discurso legitimador.³²⁶

Quem pode interpretar a lei e ser o árbitro das ‘questões políticas’ e conflitos entre Poderes passa a ser, então, o judiciário e o Supremo Tribunal Federal, em última instância, no novo desenho republicano de reorganização do Poder. Alguns julgamentos posteriores à república prenunciaram o protagonismo judicial que se abria caminho no Estado brasileiro e como as ‘questões políticas’ e de conflitos entre poderes demandariam ao Supremo transigir com os limites do texto constitucional, desde então, dando indícios que o poder hermenêutico de dizer a constituição prevaleceria sobre o rigor técnico ou mesmo sobre a concepção de separação de poderes.

3.3. O prenúncio dos dilemas contemporâneos: o Supremo como árbitro dos Poderes e intérprete último da Constituição.

Logo em 1914 o novo desenho institucional da república seria posto à prova perante o Supremo Tribunal Federal. Questão envolvendo delicada situação institucional foi levada ao Tribunal para decidir os limites de uma decisão do Poder

³²⁵ Cf. art. 59 da Constituição Republicana.

³²⁶ Discurso científico então vigente; neste sentido conferir SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 - 1930**. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

Executivo ratificada pelo Congresso Nacional: a decretação do estado de sítio em março de 1914, com a suspensão das garantias constitucionais³²⁷.

A decretação do estado de sítio visava conter a insurgência de grupos sociais contra o poder estabelecido na república. O acirramento do confronto em algumas localidades propiciou a decretação da suspensão das garantias constitucionais. Rui Barbosa, então Senador da República, durante o estado de sítio, queria ter seus discursos publicados na imprensa, além propriamente da imprensa oficial. Proibido por um delegado sob o argumento de estar vigente o estado de sítio, impetrhou o Habeas Corpus nº 3536 para ter livre publicação dos discursos como, quando e onde lhe conviesse, conforme seu pedido inicial. O pleito foi atendido com a concessão da ordem. No entanto, o único voto contrário suscita o debate da separação de poderes e da competência do Supremo para intervir na decisão do Executivo e do Legislativo.³²⁸

O caso é emblemático e envolve ‘questão política’ entre os poderes da República: haveria de se prevalecer a suspensão das garantias constitucionais com o estado de sítio, inclusive a garantia de imunidade parlamentar prevista no art. 19³²⁹ da Constituição de 1891, cujo decreto foi aprovado pelo Congresso? Ou a imunidade prevaleceria sob o estado de sítio? Poderia o Supremo criar uma restrição não prevista no texto constitucional? Poderia o Supremo intervir nas questões políticas do Presidente da República? Não caberia ao Legislativo ser o único juiz da declaração ou suspensão do estado de sítio? Estas foram algumas das indagações levantadas pelo Ministro Godofredo Cunha para fundamentar seu voto contrário.³³⁰

Foram indagações que questionam o poder do Supremo quanto aos limites

³²⁷ BRASIL. **Decreto nº 10.796**, de 4 de Março de 1914. “Declara em estado de sitio até 31 do corrente mez de março o Distrito Federal e as comarcas de Nitheroy e Petropolis, no Estado do Rio de Janeiro, suspendendo-se ahi as garantias constitucionaes pelo referido prazo”; acesso em 10 fev. 2014, disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-10796-4-marco-1914-524700-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. **Decreto nº 10.835**, de 31 de Março de 1914. “Proroga até 3º de abril do corrente anno o estado de sítio declarados pelos decretos ns. 10.796, de 4 e 9 do corrente mez, para a Capital Federal, comarcas de Nitheroy e Petropolis, no Estado do rio de Janeiro, e para o Estado do Ceará. (...) continuando ahi suspensas as garantias constitucionaes até o dia 30 de abril do corrente anno”; acesso em 10 fev. 2014, disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-10835-31-marco-1914-520020-publicacaooriginal-1-pe.html>>

³²⁸ BRASIL. **Habeas Corpus nº 3536**. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10 fev. 2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3536.pdf>> e autos em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Habeas_Corpus_3536.pdf>

³²⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil**. “Art. 19 - Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato.”

³³⁰ BRASIL. **Habeas Corpus nº 3536**. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10 fev. 2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3536.pdf>> e autos em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Habeas_Corpus_3536.pdf>.

de intervenção nos poderes políticos eletivos e da própria extensão da interpretação e da “competência para crear uma restricção que não está expressa na Constituição”.³³¹ Pode-se compreender os argumentos e fundamentos lançados como elementos de uma doutrina da “questão política”, inclusive se valendo, o Ministro Godofredo Cunha, do direito comparado com a Constituição norte-americana para refutar a interpretação vencedora³³².

De meritis, neguei o habeas corpus, por entender que na vigência do estado de sítio o Poder Executivo pode prender e desterrar tanto deputados como senadores, desde que perturbem a ordem pública, pois, o art. 80, § 2º, da Constituição, não excluiu da prisão e detenção as pessoas que têm mandato legislativo. Não criou uma isenção, uma imunidade, um privilégio, que seria odioso, para uma determinada classe, para os membros do Congresso Nacional. O Poder Legislativo já reconheceu que o sítio suspende as imunidades parlamentares. O Supremo Tribunal não tem absolutamente competência para criar uma restrição, que não está expressa na Constituição. Nos Estados Unidos da América do Norte os membros do Poder Legislativo não têm absoluta imunidade, pois podem ser presos por traição, felonía ou perturbação da ordem pública. (Const. Amer., art. 1º, § VI, n. 1). O Congresso Nacional é o único juiz da declaração ou decretação do sítio pelo governo Federal. O Poder Judiciário não pode intervir nas funções governamentais ou políticas do Presidente da República. Só ao Legislativo compete aprovar ou suspender o sítio declarado pelo Poder Executivo. (...) O poder excepcional do governo, em matéria de intervenção, como em matéria de estado de sítio, exercido sob o exame imediato do Poder Legislativo, escapa à intromissão judicial. O governo nestes casos representa o Parlamento. (...) Tratando-se, por conseguinte, de ato político ou governamental do Executivo, do qual é único juiz o Legislativo, não tomei conhecimento do pedido, mas obrigado a pronunciar-me de *meritis*, pelo voto da maioria, neguei o *habeas corpus*.³³³

De outro lado, os principais argumentos para a concessão da ordem encontram no discurso da prevalência dos Poderes Constitucionais a fundamentação apta à interpretação que colocou o Supremo como o árbitro final da queixa que tocava os poderes. Tem-se aqui o esboço de uma teoria da prevalência constitucional como organização política do Estado.

Vencido na preliminar, concedo a ordem impetrada, mas tão somente para que se declare que na censura da imprensa que julgo constitucional, na vigência do estado de sítio, não se comprehende a dos atos emanados do Congresso Legislativo e dos discursos proferidos pelos senadores e deputados, no recinto das respectivas Câmaras. A censura, na espécie, importaria em grave embaraço do livre exercício de um dos órgãos do aparelho governamental e em uma restrição ao exercício do mandato legislativo, repelida, aliás, categoricamente, em termos preciosos e claros

³³¹ Idem.

³³² Idem. “Nos Estados Unidos da América do Norte os membros do Poder Legislativo não têm absoluta imunidade, pois podem ser presos por traição, felonía ou perturbação da ordem pública. (Const. Amer., art. 1º, § VI, n. 1).”.

³³³ Idem.

pelo art. 19 da Constituição da República. O estado de sítio, a interdição temporária de certas garantias individuais, visa exclusivamente assegurar, com eficácia e com medidas prontas e extraordinárias, o livre funcionamento dos órgãos do aparelho governamental, legitimamente constituídos, ameaçados de eminente perigo em seu exercício por uma comoção interna, como na espécie. Neste ponto de vista constitucional, as medidas tomadas durante o estado de sítio, no intuito de impedir ou reprimir a comoção interna, não podem ser restritivas das prerrogativas dos poderes políticos constitucionais (art. 15 da Constituição da República), e nem atingir o privilégio, que, em virtude da função são conferidos a cada um dos seus órgãos, porque do contrário o estado de sítio não corresponderia aos seus fins. Seria antes um fator de embaraço do funcionamento dos Poderes Constitucionais, que um meio extraordinário de lhes assegurar a integridade.³³⁴

Este caso de março de 1914 pode ser considerado paradigmático para reflexão sobre as funções do Supremo porque se mostra como o prenúncio de um poder de intervenção e interpretação constitucional elevado a potência maior na contemporaneidade. A decisão favorável à concessão da ordem para “crear uma resctricção” não prevista no texto constitucional, reconhecendo validade e eficácia à imunidade parlamentar, muito embora o próprio parlamento reconhecesse que as imunidades parlamentares eram também suspensas com o estado de sítio³³⁵, foi um salto de hermenêutico e de concepção de novas possibilidades conferidas e outorgadas ao Supremo. Diz-se isso quando, retornando um pouco no tempo, outras duas decisões mantinham a concepção herdada do Império de que “questões políticas” não eram afetas ao Judiciário, então isolado no desenho institucional.

Em outros dois casos precedentes ao HC 3536, prevaleceu o entendimento de separação de poderes e deferência para com as decisões políticas do Executivo e do Legislativo, não intervindo o judiciário nestas questões. O que as associa, como contexto social e liame jurídico, embora sejam pedidos divergentes, foi a violação de garantias constitucionais durante estados de sítio ou em virtude deste.

No *Habeas Corpus* 3527, o paciente José Eduardo de Macedo Soares, em seu favor e de mais três pacientes, por ter sido preso em decorrência do estado de sítio³³⁶, afirmou que este “não foi decretado de acordo com os fatos e condições

³³⁴ BRASIL. **Habeas Corpus** nº 3536. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10 fev. .2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3536.pdf>> e autos em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Habeas_Corpus_3536.pdf>.

³³⁵ Idem.

³³⁶ BRASIL. **Decreto nº 10.796, de 4 de Março de 1914.** “Declara em estado de sítio até 31 do corrente mês de março o Distrito Federal e as comarcas de Niteroy e Petropolis, no Estado do Rio de Janeiro, suspendendo-se ahi as garantias constitucionaes pelo referido prazo”; acesso em 10.02.2014, disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decrito-10796-4-marco-1914-524700-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. **Decreto nº 10.835, de 31 de Março de 1914.** “Proroga até 3º de abril do corrente anno o estado de sítio declarados pelos decretos ns. 10.796, de 4 e 9 do corrente mês, para a Capital Federal, comarcas de Niteroy e Petropolis, no Estado do rio de Janeiro, e para o Estado do Ceará. (...) continuando ahi suspensas as garantias constitucionaes até o dia 30 de abril do corrente anno”; acesso em

rigorosas do art. 80, da Constituição, sendo por isso um ato *inconstitucional*"; e, além disso, antevendo um possível obstáculo à pretensão, "porque, embora se possa objetar que se trata de *questão política*, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer da espécie, como autoridade suprema"³³⁷

Neste caso prevaleceu o entendimento de que ao Supremo não estaria prevista a competência para julgar mérito de "atos que envolvem a própria independência de cada um dos três poderes, todos existindo e devendo funcionar dentro dos limites postos pela Constituição". Muito embora também já fosse reconhecido que ao Supremo, como o próprio acórdão expressou, "cabe o exame dos atos dos dois outros poderes, quando argüidos de lesivos de direitos individuais pelos vícios de ilegalidade ou *inconstitucionalidade*".³³⁸

As razões lançadas para a não concessão da ordem e, portanto, a não intervenção na independência dos poderes eletivos, diferem radicalmente das razões de decidir do HC 3536. Neste caso, do HC 3527, a concepção expressa no acórdão tem amparo numa consciente auto contenção de seus poderes e limites de interpretação: a intervenção significaria o Supremo arrogar-se numa atribuição privativa do Congresso; o desconhecimento da independência do Executivo com o julgamento do mérito de seu ato e; anular virtualmente o estado de sítio fazendo cessar, pela concessão da ordem, a medida dele resultante.³³⁹

(...) se o tribunal interviesse, a consequência desse seu ato seria: a) arrogar-se ele uma atribuição que é privativamente conferida a outro poder, o Congresso Nacional; b) desconhecer a independência do poder executivo para decretar o estado de sítio, inquirindo e julgando dos motivos que teve esse poder para assim fazê-lo; c) anular virtualmente o próprio estado de sítio, fazendo cessar, pelo habeas corpus, a medida resultante dele, isto é, a detenção dos indivíduos, mesmo quando feita de acordo com a Constituição,³⁴⁰

Este acórdão travou o debate quanto ao limites do entendimento do próprio Supremo quanto ao que seria a designação de "intérprete final da Constituição e das leis", como o próprio Tribunal já se via, mas que, porém, convivia com uma doutrina da "questão política" de não intervenção ou, minimamente, deferência com os

10.02.2014, disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-10835-31-marco-1914-520020-publicacaooriginal-1-pe.html>>

³³⁷ BRASIL. **Habeas Corpus nº 3527.** Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10.02.2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3527.pdf>>

³³⁸ Idem.

³³⁹ BRASIL. **Habeas Corpus nº 3527.** Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10.02.2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3527.pdf>>

³⁴⁰ Idem.

poderes eleitos. E foi justamente o voto vencido que questionou os limites de atuação do Supremo enquanto “intérprete final da Constituição” para invocar a influência do sistema norte-americano no modo de conceber e adequar os poderes conferidos pela Constituição de 1891 com o novo desenho institucional de organização do poder. E como intérprete final, poderia o Supremo decidir por julgar o mérito ou mesmo reconhecer a natureza política do caso, não sendo, portanto, judicial.³⁴¹

por ser ele o intérprete final da Constituição e das leis, nem por isto a consequência, única obrigada, seria a de julgar do mérito do pedido em questão, mas também a de poder declarar, ele próprio, se a controvérsia constitui, ou não, um caso judicial, ou uma questão meramente política; como assim o tem tantas vezes feito a Suprema Corte dos Estados Unidos da América;³⁴²

Mas são os fundamentos e argumentos do Ministro Pedro Lessa que constituiu o debate e a própria construção doutrinária *interna corporis* que pôde ter influenciado a mudança de postura do Supremo ou mesmo ter iniciado a sedimentação do percurso de conferência de amplos poderes intervencionistas para a Corte.

A essência da fundamentação do Ministro Pedro Lessa se funda em uma comparação com a Corte Suprema norte-americana, precisamente com o caso *Milligan*, quando a Corte cassou parcialmente o ato do Executivo e autorizado pelo Legislativo, “mutilou esses atos essencialmente políticos dos outros dois poderes, fazendo respeitar a liberdade individual, ofendida por esses atos.” A Suprema Corte somente permitiu a produção de efeitos destes atos nos Estados em guerra, cassando o ato nos que não estivessem.³⁴³

Questionava ele os fundamentos materiais da motivação do ato que decretou o estado de sítio, objeto do habeas corpus 3527, por considerar que as comoções que o justificavam eram insuficientes para autorizar o uso do remédio excepcional da suspensão das garantias. Entendia que a constitucionalidade da decretação do estado de sítio deveria sucumbir às garantias individuais e defende uma posição liberalizante, de defesa das liberdades individuais em contraposição aos poderes políticos dos demais poderes.³⁴⁴

³⁴¹ Idem.

³⁴² Idem.

³⁴³ BRASIL. **Habeas Corpus nº 3527**. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10.02.2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3527.pdf>>

³⁴⁴ Idem.

Em tom crítico, ou irônico, Pedro Lessa invocou o caso Milligan como paradigma de interpretação e aplicação ao caso brasileiro e trouxe a tona a acusação de, intervindo o Supremo em uma situação constitucional como a se colocava nos autos do *habeas corpus* 3527, seria instituída uma “ditadura judiciária”. O que denotaria a adoção de modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, o “aparelho constitucional”, tão aperfeiçoado não se coadunava com a “miséria moral” deste país e isso mostrava o abismo que separava ambas as culturas.³⁴⁵

(...) Tolerar que o poder judiciário garanta a liberdade individual num estado de sítio constitucionalmente decretado (e a isto se reduz toda a ação do poder judiciário no caso figurado), é tolher a atividade própria de governo, ou como já se disse, instituir a ditadura judiciária. Essa observação releva simultaneamente duas grandes verdades: o abismo que nos separa da grande república norte-americana em matéria de idéias e de costumes políticos, e na aplicação das instituições por nós apenas macaqueadas, e a grande miséria moral deste ambiente, incompatível com tão aperfeiçoado e nobre aparelho constitucional.³⁴⁶

No entanto, além dos argumentos utilizados por Pedro Lessa que fundam “nossa sistema tal como foi engendrado na América do Norte, e transplantado para o Brasil”, prevendo que os poderes podem “tudo, menos o legislativo leis inconstitucionais, e o executivo decretar medidas inconstitucionais, ou ilegais”, houve o reconhecimento da necessidade de não se limitar “mais a uma burlesca imitação das instituições norte-americanas” para caminhar em direção aos “esforços por penetrar o espírito daquela soberba criação política”.³⁴⁷

Expressamente o Ministro Pedro Lessa fez referência ao “exercício do poder moderador da Corte Suprema”, como se a Corte Suprema fosse dotada de poder moderador, justamente para conter os excessos do Poder Executivo³⁴⁸. E, com a reorganização do poder na república, a hipótese que se adota nesta pesquisa é que Supremo recebeu atribuições que pertenciam ao Moderador e ao Conselho de Estado do Império.

(...) aqui chegam a vislumbrar sinais de ditadura judicial (ditadura sem tesouro e sem força material), na opinião dos que almejam que se faça muito menos do que fez o augusta tribunal norteamericano! No país onde mais necessário se faz o exercício do poder moderador da Corte Suprema é que esta mais deve ceder e abdicar suas atribuições em favor dos abusos do poder executivo!... Onde mais indispensável é o remédio, mais se deve

³⁴⁵ Idem.

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ BRASIL. **Habeas Corpus nº 3527**. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10.02.2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3527.pdf>>

³⁴⁸ Idem.

respeitar a propinação do veneno! Em tudo isso só há um perigo imaginário, e é o do poder judiciário embaraçar o executivo, nos momentos em que este precise seriamente suspender as garantias constitucionais, por estarmos ameaçados de uma guerra internacional, ou de um grave comoção intestina. Este perigo nunca se realizou.³⁴⁹

Para Pedro Lessa, portanto, não se pode conceber conflito entre os poderes quando o Judiciário intervém para declarar a constitucionalidade de um ato ou uma lei. E isso se deve porque ao Supremo foi resguardado um lugar de superioridade em relação aos demais poderes justamente por gozar do poder de interpretar a Constituição e aplicar os preceitos constitucionais, fazendo a imposição da eficácia de sua decisão em detrimento da “ineficácia dos atos dos outros dois poderes”. Portanto, para Lessa, ser intérprete final da Constituição significa o reconhecimento da posição de superioridade e eficácia de suas decisões sobre qualquer outra.

Não pode haver conflito entre o executivo e a Suprema Corte Federal, em face da Constituição, porque a Suprema Corte é a intérprete final da mesma Constituição, e aos outros dois poderes cumpre acatar as sentenças dessa Corte, sempre que ela declara constitucional uma lei, ou um ato do executivo. Essa superioridade da Suprema Corte decorre fatalmente da sua missão de intérprete final da Constituição (...). Uma lei ou decisão do executivo é inválida porquanto fere a Constituição, interpretada pela Suprema Corte Federal e não porque esta exerce um superintendência sobre os outros dois poderes. Mas, devendo prevalecer sempre os arrestos da Suprema Corte na interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais e das leis ordinárias, e podendo esse tribunal tornar ineficazes os atos dos outros dois poderes, o que temos em última análise é a superioridade da Corte Suprema no funcionamento das instituições. Digam embora que a preponderância é da Constituição, ou da vontade do povo manifestada diretamente pela lei fundamental; o que é certo, é que no direito público federal à Suprema Corte compete dizer a última palavra sobre os atos dos outros dois poderes.³⁵⁰

A questão que se levanta quanto aos dois acórdãos díspares nas decisões, o *habeas corpus* 3536 e o 3527, refere-se ao pequeno espaço de tempo que os separa, menos de um mês³⁵¹ e referentes ao mesmo episódio do estado de sítio de 1914. Embora contenham pedidos diferentes (a declaração de constitucionalidade da decretação do estado de sítio e, depois, a garantia do exercício de imunidade parlamentar), ambos incidiram sobre “questão política” que envolvia a

³⁴⁹ Idem.

³⁵⁰ Idem. Convém citar trecho do acórdão quando Pedro Lessa invoca a legitimidade do povo a justificar a intervenção do Supremo nos atos dos demais poderes. Não deixa de soar demagogo o argumento em virtude do conhecimento histórico que a República veio por um golpe militar e com baixíssimo envolvimento popular na decisão de mudança de regime. Praticamente uma república sem povo. “Está claro que as únicas decisões que nos devem guiar na exegese do direito público federal, são as do povo que criou esse direito, que o aplica, interpretando-lhe fielmente os preceitos, e que tem dado provas de que sabe respeitar a justiça e as liberdades dos indivíduos”. Idem.

³⁵¹ O julgamento do *habeas corpus* 3527 ocorreu 15 de abril de 1914, enquanto o julgamento do *habeas corpus* 3536 ocorreu em 06 de maio de 1914.

independência dos poderes. Teriam os argumentos de Pedro Lessa, vencido no *habeas corpus* 3527, influenciado na interpretação da decisão do *habeas corpus* 3536?

Não se pretende responder a este questionamento, mas neste exercício de retorno no tempo, aproximando-se do momento de mudança de regime monárquico para republicano, em 1892 um caso histórico também teve seu julgamento marcado pela doutrina da “questão política” para negar a concessão da ordem. O *habeas corpus* 300 também foi impetrado por ocasião do estado de sítio decretado no início da República em virtude de forças sociais contrárias ao novo governo. A questão posta ao novo Supremo, com novas atribuições, foi sobre a extensão dos efeitos de prisões decretadas durante o período de suspensão das garantias constitucionais, mas que permaneciam presas mesmo depois do término da exceção.³⁵²

Sob o fundamento que, em se tratando de “questão política” afeta aos outros poderes e que as garantias individuais, neste caso, não se dissociavam do político, persistindo os efeitos das medidas tomadas dentro do estado de sítio, os impetrantes deveriam ser submetidos aos tribunais competentes, “pois do contrário, poderiam ficar inutilizadas todas as providências aconselhadas em tal emergência por graves razões de ordem pública”.³⁵³ Neste caso, ainda prevalece à doutrina da “questão política” com a característica de, além da não-intromissão nas decisões políticas dos outros poderes, deferência e de relevar eventuais efeitos de decisões políticas que poderiam ser interpretadas como ilegais. Percebe-se que a decisão política dos outros poderes, ainda que o Supremo detivesse competência apreciar o caso, era imaculada pelo judiciário. O Supremo não estava mais isolado da política no desenho republicano, mas herdava o entendimento que as “questões políticas” deveriam, contudo, ser isoladas da intervenção judicial.

Considerando, portanto, que, antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo; Considerando que, ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e comprehende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do

³⁵² BRASIL. **Habeas Corpus nº 300.** Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10.02.2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>>

³⁵³ Idem.

Congresso;³⁵⁴

No entanto, mesmo nos primórdios da república, a controvérsia sobre os alcances dos poderes do novo Supremo encontrava defensores de uma possibilidade de intervenção. O Ministro Pisa e Almeida, no *habeas corpus* 300, vencido em seu voto, defendeu a concessão da ordem invocando, primeiro, a Constituição do Império por considerar que não se poderia um julgamento da era republicana ser menos liberal que a legislação e decisões do Supremo Tribunal de Justiça do Império.³⁵⁵

Para ele, “não se pode admitir que a Constituição Republicana seja interpretada e executada de modo menos liberal, e menos garantidor dos direitos e liberdades individuais, do que o foi a do império pelas leis e decretos citados”.³⁵⁶ Seu entendimento se fundava, também, no caráter temporário e de prazo determinado da suspensão das garantias constitucionais no estado de sítio, não se admitindo que persista uma suspensão por prazo indeterminado.³⁵⁷

Durante o estado de sítio tem o Governo a faculdade de efetuar as prisões que a segurança do Estado exigir. Mas se levantado o estado de sítio, os cidadãos continuam presos ou desterrados, sem serem sujeitos a processo, havendo assim para eles uma suspensão de garantias por tempo indeterminado, contra a expressa disposição do art. 80 da Constituição, a lei os provê de remédio para resguardarem-se de semelhante violência, e esse remédio é o *habeas corpus*.

Em outro sentido de argumentação e fundamento, e que possibilita a identificação de um momento de construção da legitimidade da competência e atribuição do novo desenho institucional do Supremo Tribunal Federal na república, o Ministro Anfilófio e Ministro Mamedo Soares, que o acompanhou, votou pelo “fundamento único da incompetência atual do Poder Judiciário, a qual estende-se (...) a todas as questões interessadas na espécie, em respeito às prescrições dos arts. 34 n. 21 e 80 da Constituição.” Para estes ministros, foi provado nos autos que as medidas de exceção decretadas “pelo Presidente da República não são diversas das autorizadas pelo citado art. 80, § 2º”. Constitucionais, portanto.³⁵⁸

³⁵⁴ BRASIL. **Habeas Corpus nº 300.** Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10.02.2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>>

³⁵⁵ Idem.

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ Idem.

³⁵⁸ BRASIL. **Habeas Corpus nº 300.** Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10.02.2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>>. Nota do autor: Seria interessante pesquisar e abordar o estado de sítio como atribuição conferida ao Poder Executivo em decorrência da extinção e como herança do Poder Moderador. Uma hipótese em que os poderes do Moderador,

Estes três acórdãos que envolveram “questão política” no julgamento, associados pelo nome do estado de sítio, prenunciaram nas controvérsias dos debates os conflitos que o desenho institucional republicano implicaria dali em diante. Há que se perguntar se os fenômenos de judicialização da política, politização do judiciário e ativismo judicial radicam suas razões e seus contextos como reflexos da matriz constitucional do Império e que se reorganiza da República. Nos mesmo sentido, há que se perguntar se a escolha por atacar a morosidade processual através de reformas legislativas também não radica sua expressão nesta mesma matriz constitucional até aqui levantada.

embora possam ter sido confiados majoritariamente ao Judiciário no novo desenho institucional da república, também pode ter resguardado o poder de decretação de exceção, para garantia da ordem interna, ao Executivo, conforme previsão constitucional atribuída ao Conselho de Estado, pelo art. 142 da Constituição do Império: Art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições proprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, á excepção da VI.

CONCLUSÃO

A conclusão de uma pesquisa sempre esconde seu tortuoso percurso. Assuntos que pareciam distantes aproximam-se com o amadurecimento do trabalho. As hipóteses iniciais, o senso comum, os pré-conceitos, os imaginários coletivos e individuais cedem espaço para a reconstrução de perspectivas e interpretações sobre o pesquisador e o objeto de pesquisa.

Identificar as matrizes epistemológicas que organizaram o constitucionalismo e o poder no Brasil possibilitou compreender um questionamento que afirmava ser o Brasil uma transposição de modelos e ideias luso-europeias que não tiveram êxito na sua execução neste antigo território colonial. Outra inquietação também pode ser compreendida quanto ao imaginário dos juristas brasileiros (que predominantemente) buscam argumentações e fundamentos em pensadores estrangeiros (europeus, na maioria) para justificar posições e modelos implementados no sistema de justiça.

De modo geral, fio possível identificar as matrizes que conformam o paradigma de justiça contemporâneo, as raízes do seu desenho atual, ou se pode pensar, de forma mais restrita, como as matrizes de um paradigma de poder judiciário e organização dos [conflitos dos] poderes. Outras respostas foram possibilitadas, bem como a identificação de uma possível interpretação para os fenômenos atuais, tão controversos, como a judicialização da política, o ativismo judicial e politização do judiciário. As raízes históricas levantadas pela pesquisa abriram um campo mais largo para estas análises e sua compreensão.

Antes de iniciar propriamente as conclusões induzidas pela pesquisa, embora possa ser considerada conclusão-premissa para abrir os caminhos seguintes, matriz pode ser aqui compreendida como um conceito fundante, bases epistemológicas pelas quais uma instituição permanece, perpetua-se e se reproduz, construindo assim uma prática cultural que se traduz, de fato, num *modus operandi*, ou seja, num fazer enraizado na prática cotidiana que não precisa mais se legitimar através de uma reflexão crítica, mas, pelo contrário, produz um discurso que se autorreproduz a partir das mesmas bases epistemológicas, enraizadas, o que justifica e autoriza a permanência da “tradição” como uma verdade.³⁵⁹

O que se autoriza a concluir com esta pesquisa, primeiro, é a confirmação

³⁵⁹ Colaboração do Professor Co-orientador Álvaro Andreucci.

parcial da hipótese inicial quanto aos modelos de transposição adotados ao longo da história brasileira para formatar suas instituições e o seu edifício sócio-político-jurídico, o Estado e propriamente a sociedade. Contudo, esta é uma assertiva incompleta e insuficiente para compreender as instituições e a organização do poder. Sem outra esfera de perspectiva e interpretação essa afirmação pode ser considerada falsa e anacrônica, expressão da colonização cultural quando aceita o imaginário eurocêntrico, ou abissal, pelo avesso da proposição predominante. Dizer que se trata de cópias mal sucedidas equivale a dizer que foram (e são) cópias bem sucedidas. Não se diz muito, portanto.

Em outras palavras, tentar infirmar as influências e matrizes como se somente cópias fossem, com uma crítica que também não reconhece o processo de singularidade e originalidade que aí existe, encontra-se tão distante da riqueza da realidade de modelos e debates experimentados quanto o seu oposto: a afirmação do imaginário eurocêntrico, embora sem reflexão aprofundada, como aplicável e bem sucedida, mas que também não reconhece a singularidade e originalidade no processo de integração e absorção destas matrizes e modelos na realidade histórica brasileira. Duas formas de alienar o pensamento jurídico.

A experiência do Império nos debates e propriamente na construção do Estado, nas necessárias reformas legislativas como meio de transformação das antigas instituições e da construção da legitimidade das novas, exercício de repactuação das relações oriundas do antigo regime colonial rompido com a Revolução do Porto e a Independência brasileira, permite-se identificar uma extraordinária riqueza de pensamento político das elites ilustradas e políticas, majoritariamente bacharéis em direito formados em Coimbra, para erguer um aparato que atendesse as necessidades e os interesses desta mesma elite ilustrada e política que, muitas vezes, confundia-se com a representação ou delegação da elite econômica da colônia/império.

O processo de Independência brasileira, com fundamento na obra de Maria de Odila Dias e Sergio Buarque, foi um processo de rupturas e manutenções entre os interesses da metrópole interiorizada e o enraizamento dos interesses português com a transferência da Família Real para a colônia brasileira em 1808. Este mecanismo, mas não único, de rupturas e manutenções, aliado aos projetos legislativos de construção do novo Estado, fez com que as matrizes luso-europeias recebidas e transportadas para a colônia/império fosse absorvidas e integradas ao cenário local com a força da ilustração e dos ilustrados. Esta elite política

essencialmente responsável e importante na construção do aparato estatal brasileiro criou modelos singulares de organização do poder para impor sua concepção de mundo.

Sob esta perspectiva, pode-se afirmar que o Brasil se concretizou com êxito enquanto país e enquanto Estado e sociedade. A organização de um Estado patrimonialista e patriarcal não pode ser entendida como o resultado ingênuo de uma mal sucedida transplantação de modelos. Um Estado patriarcal, formado pelos homens da elite política ilustrada, e patrimonialista, reduzido aos interesses da elite econômica e política que confundiu o público com o privado, pode ser concebido como a construção consciente de um aparato político-jurídico excludente e autoritário destinado a atender os fins desta mesma elite política e econômica. Este modelo de Estado, embora rico em experiências de organização do poder, pode ser visto como bem sucedido aos fins que colimou, com grande êxito de suas finalidades para quem o construiu.

Para se chegar a esta conclusão sobre este modelo estatal fez-se o caminho da identificação das matrizes epistemológicas fundantes desta concepção de mundo e de política. Foi necessário retornar ao período anterior à transferência da Família Real para o Brasil quando, na era dos descobrimentos (1492), tem-se o nascimento da modernidade, cujo um dos elementos constitutivo foi justamente o descobrimento da América; contexto que instaura o sistema mundo contemporâneo com a Europa (e depois os Estados Unidos) como centro e fim do mundo.

A crítica que se faz ao pensamento estrangeiro não tem a ver com ‘ser estrangeiro’, mas como os pensadores concebem o sistema mundo que constituiu a modernidade, a se ter por critério o lugar que se estabelece para a América Latina e, consequintemente, o Brasil. Nesta pesquisa foram utilizados, inclusive para fundamentar uma crítica ao pensamento eurocêntrico, dois pensadores estrangeiros que fundamentam esta visão apresentada: Enrique Dussel, argentino e radicado no México, e Boaventura de Sousa Santos, português. O que os associa para tecer uma crítica (as intersecções possíveis) foi exatamente conceber que o nascimento da Modernidade e, portanto, da Europa como centro e fim do mundo, encontrou na descoberta da América um dos principais elementos de constituição da modernidade. A oposição entre Novo Mundo e Velho Mundo, civilização e não-civilização: a relevância do progresso em face do outro selvagem e sua realidade irrelevante.

Com a modernidade, criou-se um sistema de distinções abissais que

fundamentam o paradigma de civilidade à base da invisibilidade do Outro, simbolizado pelo não-civilizado, pelo selvagem, mediante a violência de um paradigma de apropriação; pode-se, inclusive, fazer referência ao modelo de colonização empreendida no Brasil colônia. Ou nos termos de Dussel, quando diz que a modernidade tem seu mito, o progresso se faz pela irracionalidade e violência com o outro, pelo encobrimento da alteridade.

Este sistema moderno de distinções e invisibilidades fundamenta a reprodução de um vasto território de “estado de natureza”, muito ao contrário da promessa civilizatória e do progresso; e este sistema de distinções, embora inicialmente identificado pelas *amity lines* que dividiram o mundo entre sociedades civilizadas e territórios coloniais, atualmente transigem pelo campo simbólico não mais associado ao território apenas. Este paradigma fundado na violência, na apropriação e no encobrimento para com os designados selvagens na teoria política contratualista foi recepcionado no Brasil, além da própria influência colonizatória, pela transferência da Família Real portuguesa, em 1808, partindo em fuga das tropas francesas de Napoleão.

Estes fundamentos de legitimação e justificação das teorias contratualistas utilizaram a América e o selvagem identificados como “estado de natureza” como um elemento de análise, um “instrumento adequado para se pensar o próprio ‘estado de civilização’”, como afirmou Schwarcz. A herança matricial desta visão de mundo e de concepção política foi alocada no território colonial com a vinda e a interiorização da Metrópole, a partir de 1808, quando os interesses portugueses começam a se enraizar.

Houve, portanto, um deslocamento em que o paradigma de emancipação x regulação instala-se em meio ao paradigma da apropriação violência no território colonial, momentos iniciais do século XIX, quando Portugal já havia passado por um processo de reformas iluministas, com pombal, aproximando-se do ideário do restante da Europa, embora, como identificado, o iluminismo luso guarde diferenças com o iluminismo europeu.

Desta matriz mais ampla, pensada a partir da filosofia e da sociologia, reproduziu-se no território colonial brasileiro esta visão de mundo que distingue entre sujeito e não-sujeito, direito e não-direito, ciência e não-ciência, distinções invisibilizadas que não reconhecem ao outro um lugar de relevância e que identifica este outro com o selvagem nativo e o escravo africano.

Os portugueses que se enraizaram na colônia, e que interiorizaram o aparato

do Estado português, traçaram distinções no cenário colonial pela própria estrutura fundada numa economia baseada no trabalho escravo, na concentração de terras e na exportação da monocultura agrícola. Os sujeitos da colônia não eram sujeitos, mas eram ameaças que deveriam ser reprimidas e obstruídas de ideários de participação política e democracia.

O arranjo interno das forças políticas permitiu o rompimento do pacto colonial com a metrópole, no processo da Revolução do Porto, de forma a garantir uma transição controlada com a Independência. Manteve-se a monarquia com a dinastia de Bragança e instituiu-se o parlamento para fazer o Brasil entrar na era da constitucionalização. Este controle exercido pelo monarca e por grupos moderados de liberais, permitiu que tanto o liberalismo quanto o constitucionalismo fossem divorciados da democracia, um risco anárquico.

Preferiu-se o caminho seguro das bases e relações da estrutura colonial, mas garantindo-se a independência para a elite política e econômica nativa fazer-se representar politicamente por si só, com liberdade de comércio com a abertura dos portos e com o direito de explorar o trabalho escravo, foi o que Bosi denominou de liberalismo conservador. No mesmo passo, o constitucionalismo incorporou a lógica moderna abissal para afastar do processo legislativo e do processo de representação política os nativos e escravos africanos e trabalhadores livres não pertencentes às classes proprietárias. Convocar o calor democrático, parlamentar, aquele que abate reis, como disse Faoro, não era o objetivo almejado. Mas sim o controle destes sujeitos não reconhecidos que, primitivos, careciam da tutela e do paternalismo.

Poder-se-ia objetar que não seria possível, em tal momento histórico, reconhecer aos não-sujeitos a capacidade de inserção social fundada em preceitos de participação e reconhecimento, afinal, tratava-se de nativos-índios e africanos, essencialmente. Contudo, aqui se identifica a força do paradigma dominante, eurocêntrico, em impor sua concepção de mundo a partir da oposição com a América, então representante do “estado de natureza”. O debate de Valladolid, ocorrido em 1553, entre Sepúlveda e Las Casas, travou justamente a discussão e o embate de visões de mundo que se distinguiam entre a defesa superioridade do homem europeu, colonizador e destinado a impor sua civilidade aos bárbaros e selvagens, evangelizando-os à força, e, por outro, a defesa dos índios e escravos como sujeitos, inclusive por possuírem alma, que não poderiam sofrer a violência para justificar a civilidade, mas que deveriam ser reconhecidos por sua alteridade

num projeto racional de civilidade (Las Casas).

Ocorreu que no Brasil não era de interesse da elite política e econômica envolver as classes mais populares e com a insigne de selvagens. Se o “estado de natureza” localizado na América serviu de trampolim de análise política para o “estado de civilidade”, conforme Schwarcz, internamente na colônia e no processo de independência, o selvagem local serviu de mecanismo de leitura política de para quem seria destinada a organização do poder no Estado nascente, cujo objetivo era construir uma civilização nos trópicos e manter-se afastado das vizinhas repúblicas hispânicas, expressões anárquicas de um outro irreconhecível, como disse Villafaña Santos.

Verifica-se a reprodução da lógica contratualista, fundada em uma distinção entre “estado de natureza” e “estado de civilização” (ou território colonial e sociedade civilizada), em diversas perspectivas e contextos: a interiorização da metrópole foi capaz de reproduzir este mecanismo internamente, no Brasil, com o centro-sul no caminho civilizacional *versus* interior/nordeste/norte, bem como em relação à distinção social interna entre elite política, ilustrados, proprietários *versus* escravos e nativos; e em relação ao Brasil e as colônias/repúblicas hispânicas vizinhas, com a distinção entre a única monarquia representante do projeto iluminista nos trópicos *versus* os selvagens e anárquicos republicanos. Esta distinção foi incorporada na mentalidade e na matriz sócio-política dos construtores do Estado brasileiro, essencialmente bacharéis em direito.

E por isso que o aparato jurídico-político de organização do constitucionalismo constituiu-se à margem da inclusão e da participação política destes não-sujeitos no projeto institucional que se delineava. E aqui a participação na construção do mundo novo significaria uma efetiva participação na vida material do país. Quer se dizer que participar politicamente significaria participar social e economicamente, não como mera abstração de representação política parlamentar, mas com efetivos interesses a serem colocados em jogo. Participar seria, no mínimo, participar do acesso à terra; partilhar do território nacional com estes não-sujeitos ou sujeitos encobertos e invisibilizados interessadamente pela elite política e econômica, ilustrada, do Império. O que pode ser induzido ao se verificar a Lei de Terras de 1850, quando prevê essencialmente uma modalidade de aquisição de terras: a compra e venda. Qual nativo ou escravo poderia comprar?

Quanto às influências de ideais externos, verificou-se que os ideais revolucionários, transformadores, ideais de rompimento com o antigo regime, de

limites ao poder pela lei, foram bem recepcionados e incorporados pela elite política formada em Coimbra, já reformada por Pombal em 1772, essa influência, como visto, não ganhou no Brasil contornos de intervenção e absorção das demais camadas sociais de modo profundo, inclusive pelo interesse desta elite política em controlar o processo de independência sem necessitar da participação dos sujeitos encobertos. Esta influência liberal, de garantias individuais e de construção institucional, foi deslocada para o campo das reformas legislativas, onde o edifício legal e político que se levantou fez um desenho coerente com estes princípios.

No começo do Império, a influência pombalina e francesa predominou na formação e nos ideais dos bacharéis-intelectuais; ao final do Império, desloca-se o eixo de influência para a reorganização do poder com a república, muito próxima do formato norte-americano de disposição do poder, abolindo o Poder Moderador e inaugurando controle jurisdicional de constitucionalidade, embora se verifique que as garantias individuais permaneceram sob o ideal francês.

Se estas influências foram determinantes na construção do aparato estatal e na organização do poder, não o foram para ganhar corpo social apto a promover transformações mais profundas como a democratização da participação da construção nacional, o que também implicaria mudanças na dimensão jurídica e legislativa. E isto não foi possível por uma série de fatores, desde a cultura da escravidão até o próprio interesse do Império e da elite econômica e política e ilustrada em manter a escravidão e obstar o desenvolvimento destes ideais no corpo da sociedade. Embora na pesquisa não se tratou especificamente do assunto, interessante apontar que a repressão aos movimentos de questionamento e insurreição ao *status quo* do Império foram duramente reprimidos.

Retomando assunto inicial para prosseguir com as conclusões, a formação dos ilustrados nas Universidades europeias, principalmente Coimbra, permitiu uma abertura de matriz intelectual cuja concepção de constituição da modernidade se assentava na negativa de relevância para a América, considerando o pensamento moderno uma criação exclusivamente européia e sem associação aos descobrimentos e ao instrumento de legitimação do contratualismo pelo conceito político de “estado de natureza” designado aos territórios coloniais. Embora esta seja uma interpretação possível, quando se aceita a ideologia da superioridade da civilidade europeia, enfraquece-se a formação de um campo de pensamento próprio fundado na relevância e no protagonismo de seus atores e sua história.

Dito de outro modo, quando se aceita o ideal de inferioridade americana,

aceita-se a adoção de uma perspectiva que interprete a realidade de um lugar inferior, irrelevante, e que escolhe por paradigma a ser reproduzido o ideal, ou ideologia, de superioridade, de civilidade europeia ou norte-americana. Alienada-se a própria posição que ocupa quando se adota uma negativa do próprio lugar e das suas perspectivas e potenciais; uma negativa de si. Qualquer pensador e intelectual estrangeiro que tem por definição a irrelevância da era dos descobrimentos para a formação da modernidade, parte da premissa da irrelevância da realidade e da cultura produzida na América Latina e no Brasil. E isto não é obstáculo ao estudo e a pesquisa destes pensadores, mas apenas mostra-se relevante a consciência quanto aos posicionamentos que, além de intelectuais, são políticos e ideológicos também.

A reprodução de concepções que partam da irrelevância da América Latina para a formação do sistema mundo contemporâneo e para a constituição do pensamento moderno, enquanto marcos teóricos para pensar o direito para o Brasil, suas instituições, organização do poder, etc, guardam potencial de reproduzir um modelo de colonização cultural quando tornam e quando partem da irrelevância das próprias experiências históricas brasileiras.

E foi neste sentido que a pesquisa buscou trilhar um percurso de identificação dos sentidos sociais, jurídicos, culturais e políticos, bem como os contornos a que a matriz constitucional foi submetida pelas relações de construção do Estado brasileiro, partindo da concepção que a descoberta da América foi constitutiva para a formação do pensamento e do Estado moderno. Evitou-se um trabalho essencialmente voltado para o direito, interpretando o conceito de constitucionalismo apenas pelo viés jurídico, de projetos legislativos e conformação judiciária. Uma leitura assim privaria a identificação das matrizes mais substanciais que legitimaram a estrutura jurídica-política levantada com o Estado brasileiro já inserido na era constitucional, embora fundado na sua raiz monárquica. Quando se focou nos processos sociais e políticos, focou-se na matéria mais elementar de formação de processos constitucionais. Separar estes processos do processo constitucional seria um equívoco: o direito não se origina dissociado dos processos e relações sociais; das relações de poder e sua organização na sociedade, em última instância. E por isso que as experiências e o formato de organização do poder constitucional no Brasil interessam para refletir sobre as linhas diretrizes contemporâneas do Judiciário e do desenho institucional do Estado.

Neste sentido, o desenho institucional do Império fundou-se na concentração

de poderes no Poder Moderador, chave da organização política e da harmonia e equilíbrio entre os poderes. O Moderador foi inserido na Carta de 1824, outorgada pelo Imperador, depois de dissolvida a assembléia constituinte de 1823, como garantia do poder de raiz absolutista para controlar e submeter os três poderes do Estado. Não bastasse o cenário social de produção de distinções entre os sujeitos políticos aptos a participar do Mundo Novo e os não-sujeitos, aqueles aptos apenas à manutenção da estrutura social e política, sobretudo pelo trabalho escravo, o elo de representação política era extremamente fragilizado tanto pela cena social quanto pelos critérios para se poder votar pelo censitário. As debilidades de uma sociedade marcada pelas relações coloniais e escravocratas eram mais marcantes e aptas a filtrar e selecionar o corpo deliberante da nação do que o próprio voto censitário, como disse Faoro.

Criou-se este modelo de constitucionalismo abissal, caracterizado pela concentração de poder no Moderador, chave que tudo abre; pelas distinções sociais num cenário de escravidão, concentração de terras e agroexportação; frágil elo de representação política, embora o fortalecimento do poder mandatário ocorria com a ideia de poder delegado da nação, o que O'Donnell chamou de democracia delegativa (nos contextos posteriores de justiça de transição); e um judiciário isolado da política, com frágil produção cultural jurídica e sem poder de revisão no Supremo, incorporando uma doutrina da “questão política” quanto à separação de poderes; e do mesmo modo o executivo submetido ao poder do Imperador. Mas a questão é que havia nesta matriz originária uma conformação de concentração de poderes. Quanto ao judiciário e ao Conselho de Estado, convém desenvolver mais estas questões para compreensão da viragem epistemológica com a Constituição republicana de 1891.

Portanto, o judiciário brasileiro, no contexto de saída do pacto colonial e construção da legitimidade de uma nova ordem, fez a partir do discurso da imparcialidade, da tecnicidade, da neutralidade. Naquele momento, desamarrar-se dos laços que vinculavam diretamente os juízes à Coroa, com o signo de parciais, era necessário à abertura que se despontava com a criação de um sistema próprio de justiça, com os magistrados, as Relações, o Supremo Tribunal de Justiça e com os juízes eletivos para controlar a magistratura de carreira e o próprio júri.

O Supremo tinha poderes de revista dos recursos para cassar decisões por injustiça notória ou nulidade manifesta, mas não tinha poder de revisão dos julgados para impor sua doutrina de aplicação da lei ao caso concreto. Muitas vezes os

Tribunais de Relação não seguiam os apontamentos de direito feito pelo Supremo, decidindo como bem quisessem. Este era o alvo de críticas de muitos juristas contemporâneos, que não admitiam uma Corte com poderes limitados, o que ocasionava praticamente a inexistência de jurisprudência judicial, conforme Lopes aponta.

Para estes juristas, era necessário o poder de revisão ao Supremo para que a unidade de jurisprudência caminhasse com a unidade de legislação, representação da unidade do poder com a unidade nacional. Para isso seria necessário conferir ao Supremo o poder de interpretação que lhe faltava, não era concebível que ao órgão máximo da hierarquia judiciária não fosse conferido o poder de interpretação autêntica para fortalecimento tanto da legislação quanto da jurisprudência e, conseqüintemente, da segurança jurídica aos jurisdicionados; propostas de reforma do judiciário, portanto, expressas por Nabuco de Araújo.

Vê-se, pois, que esta alternativa de reforma do judiciário tinha no modelo norte-americano sua maior influência. Alguns juristas defendiam justamente o modelo vigente, fundado na divisão da atribuição de poderes com uma jurisdição administrativa fundada em um ‘poder neutro’, o Moderador, e a jurisdição ordinária, judicial. Esta divisão resguardava o judiciário de “questões políticas” e fortalecia o seu sentido de independência, bem como dos demais poderes também submetidos ao Moderador. Além do que, neste desenho, não seria admissível uma terceira instância com poder de revisão; os poderes de revista garantiriam, segundo os defensores, justamente a pretendida independência, sendo que ao Supremo caberia a guarda da legalidade, por nulidade manifesta ou injustiça notória, com o poder de cassação das decisões; o mecanismo de velar pela legalidade garantiria a independência do judiciário ao não implicar o Supremo diretamente nas decisões, mas apenas corrigindo nulidades e injustiças para que as Relações voltassem a decidir.

Portanto, a interpretação no desenho institucional da organização dos poderes no Império, período de saída do pacto colonial do antigo regime e marcado pela necessidade e pela aclamação do parlamento como o lugar do debate político e da criação das reformas legislativas (ideal predominante na élite ilustrada) destinadas a reformar as antigas instituições coloniais-absolutistas. Portanto, neste contexto cabia ao Parlamento o poder hermenêutico de interpretação *autêntica* das leis, bem como o poder de suspendê-las e revogá-las, exercendo a guarda e o controle de constitucionalidade. Ao judiciário, a aplicação da lei ao caso era o

formato de legitimar as decisões dos magistrados, respeitando a fonte parlamentar como símbolo da soberania (ainda que extremamente controlada e fragilizada, guardava este ideal ilustrado/iluminista), não ultrapassando o limite de uma interpretação *doutrinária*.

Com o mesmo sentido foram as interpretações feitas pelo Conselho de Estado, sempre interpretando de forma *doutrinária*, da aplicação da lei ao caso submetido para sua consulta, tanto pelo executivo pelos presidentes de província, quanto pelo judiciário através de dúvidas de magistrados. Nas atribuições do Moderador, contudo, ao Conselho cabia a análise das legislações provincianas para verificação da compatibilidade com a Constituição, o que caracterizava um tipo de controle de constitucionalidade local; mas alguns projetos de lei também eram submetidos para sua apreciação quanto à constitucionalidade, o que lhe guardava uma forma de controle apta a produzir uma jurisprudência, conforme Lopes, ou mais certamente a produção da cultura jurídica imperial.

Mas neste desenho importa demarcar que a produção cultural jurídica e jurisprudencial, muito em virtude da limitação do poder hermenêutico, não foi atribuída ao Judiciário em virtude do seu desenho institucional de corte de cassação pelo recurso de revista, bem como o isolamento das “questões políticas” dos conflitos de poderes, não ocupando a função de árbitro dos poderes e, além disso, sem competência para o controle de constitucionalidade de leis e atos, deixava o Poder Judiciário no lugar de coadjuvante da cena política, muito embora tenha cumprido funções políticas para o Império em relação à unidade nacional e ao deferimento em litígios envolvendo representantes do executivo, como ministros, diplomatas e presidentes de província, cuja competência lhe era afeta.

No entanto, diante este papel secundário na vida política do Império, outras funções de relevo foram cumpridas pelo Supremo: a função liberal e moral. Como garantidor dos direitos individuais, tendência liberalizante identificada em muitos momentos ao longo do Império; e a, ao mesmo passo, a função moral como mantenedor da ordem; um viés autoritário em um contexto em que o significado de manter a ordem associava-se a manter a unidade nacional e o poder institucional do nascente Estado, tal como concebido, contra as ameaças de revoltas que ocorreram, sobretudo, pré-independência e pós-independência, com julgamentos do Supremo que caracterizaram certa deferência com representantes do executivo.

Contudo, ao longo do Império, o projeto de civilização nos trópicos teve suas bases corroídas, não era mais interessante manter uma monarquia constitucional se

era possível se apropriar da organização estatal sem a figura moderadora do Imperador. Sem entrar nas questões que levaram o Império ao fim, o que importa marcar foram os discursos republicanos na virada do regime, em finais da década de 1880. De projeto civilizador, a monarquia tornou a razão do atraso do Brasil e manter um poder absolutista era contra o próprio direito natural. A evolução natural seria abandonar a divindade para adentrar no terreno da racionalidade republicana. O discurso científico embasou na naturalização das desigualdades sociais e apontou o caminho para estabelecimento da república como saída novamente civilizatória para um país atrasado.

A influência francesa no modelo de organização institucional perdeu poder diante o modelo norte-americano de organização do poder, que influenciou o novo desenho institucional do regime republicano. E aqui ocorre uma grande transformação que reorganiza o poder, as atribuições e competências no Estado brasileiro. A principal delas foi a viragem epistemológica que ocorreu com a dotação de poder hermenêutico ao Supremo Tribunal Federal de forma exclusiva. Não era atribuição do Parlamento mais a revogação, suspensão e interpretação das leis. O Conselho de Estado extinto conjuntamente com o Poder Moderador, símbolos da monarquia, tiveram suas atribuições redistribuídas e majoritariamente confiadas ao Judiciário, que passou a exercer o controle difuso de constitucionalidade e a ser o árbitro final dos conflitos de poderes. Incorpora-se ao Judiciário, com as novas atribuições que recebeu, a simbologia da representação do Moderador e da cultura jurídica do Conselho de Estado. Evidência de que houve o deslocamento de poderes para o judiciário foi o voto do Ministro Pedro Lessa no *habeas corpus* 3527 do Supremo, quando afirmou que “no país onde mais necessário se faz o exercício do poder moderador da Corte Suprema é que esta mais deve ceder e abdicar suas atribuições em favor dos abusos do poder executivo!”

Com a Constituição da República abriu-se o caminho para a concentração de poderes no Poder Judiciário. Embora a experiência de concentração viesse com proximidade ao Poder Executivo, o que se reproduziu por períodos posteriores, ao Supremo foi confiado atribuição que o passava a dotar de poderes do Moderador e do Conselho de Estado, aquele que representava a chave que tudo abria no Império. A discussão sobre estes poderes ao Supremo era antiga e remontava as propostas de reforma judiciária de 1845, muito protagonizadas por Nabuco de Araújo, e persistiram na pauta pública ao longo do II Reinado.

As decisões dos *habeas corpus* que versavam sobre estado de sítio no

terceiro capítulo identificaram o prenúncio dos dilemas contemporâneos; a própria acusação de que os poderes conferidos ao judiciário acarretariam uma ditadura da toga são muito anteriores ao pronunciado no *habeas corpus* 3527, nas discussões da reforma do judiciário nos idos da década de 1840 os defensores do modelo imperial, dotado de jurisdição administrativa e uma corte judicial de cassação, já faziam a mesma crítica da abertura de espaço para uma ditadura do judiciário, que tudo poderia decidir, sobretudo quanto à política.

Mas parece que o tema da judicialização da política é novo no Brasil e decorre da jurisdição constitucional oriundo do pós segunda-guerra nos tribunais europeus, etc. E também parece que há muito mais do que isso para refletir sobre os dilemas contemporâneos da judicialização, politização, etc.

Enfim, retomando, a evolução do controle de constitucionalidade desde sua inserção judiciária na Constituição da República, 1891, permitiu o caminho da consolidação do controle difuso, com efeito *inter partes* e, concomitante, o amadurecimento mais demorado do controle concentrado, com efeito *erga omnes*, que se consolidou e se estabilizou somente com a Constituição de 1988. Neste percurso histórico, identifica-se a predominância do controle difuso até a Constituição de 88 quando, a partir de então, esta ampliou e conferiu poder e abrangência com o rol de legitimados a propor as ações competentes ao controle concentrado.³⁶⁰

³⁶⁰ A Constituição do Império, 1824, era semi-rígida e distingua entre as normas materialmente constitucionais e as apenas formalmente constitucionais; estabelecia que somente era constitucional as cláusulas de limites e atribuições entre os poderes políticos e aos direitos políticos e individuais; o que não fosse considerado constitucional poderia ser alterado pela legislação ordinária e o que fosse atendia ao princípio da rigidez; não havia controle jurisdicional de constitucionalidade, sendo que cabia ao parlamento a atribuição de fazer leis, interpretá-las, suspender e revogá-las; ao Poder Moderador era atribuído o poder de absorver e resolver os conflitos entre os poderes executivo, legislativo e judiciário. A Constituição da Republica, 1891, sob influência do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, adotou o controle jurisdicional fundado no controle difuso, cuja atribuição para discutir a (in)constitucionalidade das leis da União era de todos os tribunais, federais ou locais. A Constituição de 1934 manteve as regras do controle jurisdicional de constitucionalidade difuso, inaugurou o controle jurisdicional concentrado e adotou quatro novidades: 1) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, por inobservância de princípios constitucionais, mas que na prática chegou a ser utilizada como ADI genérica, dada a dificuldade prática da intervenção; 2) a inconstitucionalidade de lei ou ato somente poderia ser declarada por maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes; 3) atribuiu competência ao Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, execução de lei ou ato declarado inconstitucional, em decisão definitiva, pelo Poder Judiciário; este foi o mecanismo criado para, sem ofender a separação e atribuição dos Poderes, conferir efeito *erga omnes* para decisões do controle difuso, haja vista a limitação do efeito *inter partes*; e 4) competência aos Estados para elaborar sua própria constituição e leis. Além disso, deve-se acrescer a constitucionalização do Mandado de Segurança. A Constituição de 1937, da era Vargas, manteve o controle difuso, mas retrocedeu com o controle concentrado ao não ser claro na previsão da ação direta, além disso, submeteu a decisão de declaração de inconstitucionalidade ao Presidente da República, que poderia pelo bem estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional, submeter novamente ao parlamento para, por 2/3 dos votos, tornar sem efeito a decisão jurisdicional. A Constituição de 1946 retomou o sistema de controle difuso da Constituição de 1934; a Ação Direta Interventiva foi prevista para defesa contra atos dos Estados; manteve maioria absoluta de juízes para declaração de inconstitucionalidade; voltou a conferir competência ao Senado para suspender no todo ou em parte a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do

O percurso do controle difuso de constitucionalidade foi o eixo indutor da jurisdição constitucional no Brasil dentro de um arranjo de poder e matrizes epistemológicas que se forjaram durante a Monarquia Constitucional. Portanto, a mudança na organização do poder da sociedade e Estado brasileiro operados com a constituição republicana sob influência do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, embora guarde as influências francesas quanto às garantias individuais e ideário de cidadania, abriu o percurso de crescente aparelhamento judiciário para a hermenêutica constitucional.

Importante notar que, no caso brasileiro, o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade, embora criado em 1934 pela Ação Interventiva que, não sendo propriamente um controle constitucional, mas que fora usado na prática como tal, teve somente com a Emenda 16/65 (referente à Constituição de 1946) a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contudo, o objetivo da criação ADIn era de constituir um mecanismo de controle do Congresso pelo Poder Executivo, então sob o comando do regime militar,³⁶¹ algo um pouco distante de um ideário de controle do executivo por conta dos seus abusos autoritários.

Depois de a pesquisa deter-se sobre o Império brasileiro, percebe-se que tem-se muito a compreender da história constitucional brasileira e suas matrizes e experiências, inclusive para reflexão sobre a democracia e a organização dos poderes, do que comumente a comunidade jurídica tem-se debruçado, com muita razão, aliás, sobre a Constituição de 1988 enquanto resultado de mobilizações sociais e de resistência contra o regime militar de 1964 a 1985. Há muito mais de autoritário na cultura e nas estruturas sociais e políticas brasileiras que somente a experiência de exceção do último período.

Tanto que, na dimensão jurídica e de organização dos poderes, permanece o

Supremo; criou, pela Emenda 16/1965, a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, com competência do Supremo para julgar originariamente; previu a controle por ADI genérica pela Tribunais estaduais quanto às leis municipais; e o Mandado de Segurança retomou o *status* constitucional, retirado pela Constituição de 37. A Constituição de 1967, referente ao regime militar, manteve o controle jurisdicional de constitucionalidade firmado na Constituição de 1946, contudo, não previu o controle genérico pelos Tribunais estaduais, embora tenha previsto a possibilidade de Ação Direta Interventiva para os Tribunais estaduais nos municípios; a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica teve a legitimidade monopolizada pelo Procurador Geral da República e a Emenda constitucional 07/77 instituiu a Representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, cuja legitimidade era do Procurador Geral da República. Depois, passado momento de transição controlada do regime militar para o civil, com eleições indiretas, tem-se a Constituinte de 1986/88, que promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Cf. MENDES, G. A evolução do controle de constitucionalidade na Constituição de 1988. in: CONTAR, C. E.. **Estudos contemporâneos de direito público – em homenagem ao Ministro Cesr Asfor Rocha.** São Paulo, Editora Pilares, 2010, pp. 23 - 38. BARROS, S. R. Noções sobre Controle de Constitucionalidade. Disponível em <http://www.srbarros.com.br/nocoes-sobre-controle-de-constitucionalidade.html>; acesso em 10 março 2013.

³⁶¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p.368.

modelo organizado com a Constituição de 1891, com a potencialização e ampliação dos poderes do Judiciário, por exemplo, com a consolidação do controle difuso de constitucionalidade e instituição organizada e predominante, inclusive, do controle concentrado de constitucionalidade. A partir da Constituição de 1988 literalmente tudo passa a poder ser julgado pelo judiciário. As questões políticas são judicializadas e estimuladas com o novo desenho de abertura social e democrática.

Quanto ao Supremo, percebe-se o seu descolamento da legislação e da constituição para se tornar uma espécie de constituinte permanente, com amplo poder hermenêutico de interpretação autêntica da lei, uma autonomização em relação ao parlamento que, ainda, não superou a característica de fragilidade da representação política e mesmo de uma natureza de delegação de poder. Mas, ainda que possa parecer, a dotação de poder de interpretação autêntica ao Supremo mostra-se muito mais relevante enquanto possibilidade e capacidade de decisões ativistas, de caráter de legislador positivo, do que a simples alegação que a “crise de representação” do parlamento e a sua “demora” em oferecer respostas à sociedade seja a motivação de decisões que confundem a separação de poderes com a invasão de competência por parte do judiciário. Talvez este discurso esteja muito mais próximo de uma justificativa para o exercício ativista, de constituinte permanente, do que uma motivação da sua necessidade. Aqui percebe-se que a doutrina da questão política foi perdida no percurso histórico depois de reorganização do poder com a república. A politização do judiciário e do Supremo também se mostrou elevada à potencialidade extrema com posições da Corte de um ator político institucional.

Não se pretende avançar na identificação de reflexos contemporâneos que possam guardar, como a hipótese que se adota, correlação com as matrizes do constitucionalismo organizado no Império e reorganizado com a república, mas sempre mantendo as relações sociais e políticas sem grandes transformações.

O próprio caráter de atacar a morosidade processual através de reformas legislativas, como se vem fazendo desde a década de 1990, mostra-se uma identificação de reprodução da matriz imperial, que encontrou nas reformas legislativas, como haveria de ser, para limitar as antigas instituições e abrir espaço de criação de novos institutos em busca da legitimidade indeterminada, naquele momento, do próprio constitucionalismo. Do mesmo modo, os cartórios judiciais são percebidos como invisíveis na estrutura contemporânea do judiciário paulista, por exemplo. Aqueles que manejam, que fazem a jurisdição, a tramitação, não são

vistos como atores da prestação jurisdicional. Quanto ao caráter liberal e moral, é nítida a tendência do Supremo em garantir os direitos individuais e exercer função moral perante a sociedade, vide o caso da união homoafetiva, dos fetos anencéfalos, etc.

São reflexos que mostram o quanto ainda é necessário aprofundar no estudo do constitucionalismo brasileiro, de suas matrizes epistemológicas e do quanto ainda se faz necessário entender do processo de independência e do rompimento do pacto colonial. O que ainda há de colonizado na sociedade contemporânea? O que ainda há de colonial no sistema de justiça? Já se refletiu sobre o constitucionalismo brasileiro para repensá-lo criticamente?

O que há, ainda, para se processar quanto descolonização? Nesse sentido, a descolonização não ocorreu apenas no decorrer do Império, ou seja, após o rompimento com a Metrópole, mas, e ao mesmo tempo, a colonização não findou com a Independência. Isso significa compreender a permanência de uma cultura de colonização transportada e reproduzida internamente através de traços diferenciadores presentes nas camadas sociais (“status social”) e da necessidade de ser produzido um pensamento crítico, reflexivo, descolonizador de uma cultura institucional que reproduz a diferença, a desigualdade e a exclusão social de forma abissal.

As implicações desse quase “arquétipo” de uma prática institucional se traduz (e se reproduz), inclusive, no inconsciente social, autorizando e validando no senso comum, a continuidade de tal costume como modelo de ação. Persiste um modelo de constitucionalismo que, embora tenha construído um Estado que cumpriu seu desiderato para a elite política e econômica que o organizou de modo exitoso com o patrimonialismo, a repressão autoritária e a exclusão das matrizes étnicas que também o construiu, há que se repensar na contemporaneidade o dilema democrático, a continuidade do processo de descolonização e a superação da matriz abissal incorporada pelas estruturas político-jurídicas e sócio-culturais brasileiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, S. **Aprendizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 81-82. Neste sentido, cf. SCHWARCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930.** São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

AGRA, W. M. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMBROSINI, D. R.; FERREIRA, G.N.; CACCIA, N.S.; MOTA, C. G. (Coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro, século XVI a 1850.** São Paulo, 2006.

ALVIM, José Manoel de A. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: In: WAMBIER, T. A. A., et. al. (coord.) **Reforma do judiciário: – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63-100.

AVRITZER, L. **Dimensões Políticas da Justiça.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARBOSA, S. R. Indeterminação do constitucionalismo imperial luso-brasileiro e o processo de independência do Brasil, 1821-1822. *In* PEREZ-COLLADOS; J. M; BARBOSA, S. R. . (Orgs.). **Juristas de la Independencia.** Madrid: Marcial Pons, 2012, v. 1, p. 103-129.

BARROS, S. R. **Noções sobre Controle de Constitucionalidade.** Disponível em <http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-controle-de-constitucionalidade.cont>; acesso em 10 março 2013.

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>; acesso em 20 ago. 2013.

_____. Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>, acesso em 15 fevereiro.2014.

BEVILAQUA, C. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, *apud* RAMOS, H. C. M. B. **Ideias Jurídicas e Cultura Religiosa nas Reformas Pombalinas em Portugal (Séc. XVIII)**. In: XIV Encontro Nacional da ANPUH – Rio: Memória e Patrimônio, julho 2010, Rio de Janeiro, disponível em <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276733672_ARQUIVO_textoparaAnpuh_2010_.pdf> acesso em 30 out. 2013.

BONAVIDES, P.; ANDRADE, P.. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990

BOSI, A. **Dialética da Colonização**. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE CULTURA. **O Debate Político no Processo da Independência**. Rio de Janeiro, 1973.

_____. Ministério da Justiça. SUNDFELD, C. A; SOUZA, R. P. (Coord), **A Repercussão Geral e o Sistema Brasileiro de Precedentes**. São Paulo, 2010. (Pensando o Direito).

_____. **Exposição de motivos do anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato n. 379/2010 do Presidente do Senado Federal, 2010.

_____. **Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007.

_____. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Chefes do Executivo, Legislativo e Judiciário, 2009.

_____. **Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano**, Chefes do Executivo, Legislativo e Judiciário, 2004

_____. Constituição Política do Império do Brasil, (de 25 de março de 1824).

_____. **Decreto nº 10.796**, de 4 de Março de 1914. “Declara em estado de sitio até 31 do corrente mez de março o Districto Federal e as comarcas de Nitheroy e Petropolis, no Estado do Rio de Janeiro, suspendendo-se ahi as garantias constitucionaes pelo referido prazo”; acesso em 10 fev. 2014, disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-10796-4-marco-1914-524700-publicacaooriginal-1-pe.html>>

_____. **Decreto nº 10.835**, de 31 de Março de 1914. “Proroga até 3º de abril d o corrente anno o estado de sítio declarados pelos decretos ns. 10.796, de 4 e 9 do corrente mez, para a Capital Federal, comarcas de Nitheroy e Petropolis, no Estado do rio de Janeiro, e para o Estado do Ceará. (...) continuando ahi suspensas as garantias constitucionaes até o dia 30 de abril do corrente anno”; acesso em 10 fev. 2014, disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-10835-31-marco-1914-520020-publicacaooriginal-1-pe.html>>

_____. **Habeas Corpus nº 3536**. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10 fev. 2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3536.pdf>> e autos em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Habeas_Corpus_3536.pdf>

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil**.

_____. **Habeas Corpus nº 3527**. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10 fev. 2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC3527.pdf>>

_____. **Habeas Corpus nº 300**. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 10 fev. 2014, acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>>

_____. **Lei de 20 de outubro de 1823**. disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/_anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-norma-pe.html> acesso em 18 ago. 2013.

BULA PAPAL. **Dum diversas.** Disponível em: <<http://www.doctrineofdiscovery.org/dumdiversas.htm>> acesso em 13 jul.2013; disponível em: <<http://unamsanctamcatholicam.blogspot.com.br/2011/02/dumdiversas-english-translation.html>> acesso em 13 jul.2013.

_____. **Inter caetera.** Disponível em: <<http://www.catholic-forum.com/saints/pope0214a.htm>> acesso em 13 jul.2013.

_____. **Romanus pontifex.** Disponível em: <<http://www.papalencyclicals.net/Nichol05/index.htm>> acesso em 13 jul.2013; disponível em <<http://www.nativeweb.org/pages/legal/indig-romanus-pontifex.html>> acesso em 13 jul.2013.

_____. **Sublimus dei.** Disponível em: <<http://www.papalencyclicals.net/Paul03/p3subli.htm>> acesso em 13 jul.2013.

CARVALHO, J. M. de. A Construção da Ordem: elite política imperial; Teatro de Sombras. Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 1996.

CÔRTEZ, O. M. P. Recurso Extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTO, Mônica Bonetti. Objetivação do Recurso Extraordinário: notável tendência? **Revista Dialética de Direito Processual**, n.83.

CRUZ, A. R. de S. **Desafios Contemporâneos do Controle de Constitucionalidade.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

_____. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.

DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, T. A. A., et. al. (coord.) **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, M. O. L. da Silva. **A interiorização da Metrópole e outros estudos.** São Paulo: Alameda, 2005.

_____. Aspectos da ilustração no Brasil. In **A interiorização da Metrópole e**

outros estudos. São Paulo: Alameda. 2005.

_____. Ideologia liberal e construção do Estado. In **A interiorização da Metrópole e outros estudos.** São Paulo: Alameda. 2005.

DUSSEL, E. Ética Da Libertação, na idade da globalização e da exclusão.

Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. **1492: o encobrimento do outro – a origem do mito da Modernidade: Conferência de Frankfurt.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

_____. Europa, modernidade e Eurocentrismo. In LANDER (Org.), E. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 05, disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624093038/5_Dussel.pdf>. acesso em 10 out.2013.

ELIAS, N. Sobre o tempo. Traduzido por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: D. Jorge Zahar, 1998.

EWALD, A. P.; MANCEBO, D.; UZIEL, A; PRESTRELO, E. T. Possibilidades identitárias: discussões na hipermodernidade. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2º semestre de 2006.

FAORO, R. Assembleia Constituinte: a legitimidade resgatada. In: FAORO, R. **A República Inacabada.** São Paulo: Globo, 2007.

FAORO, R. **A República Inacabada.** São Paulo: Globo, 2006,

_____. **Os Donos do Poder.** São Paulo: Globo, 2000.

FARIA, J. E. A crise do judiciário no Brasil. In: LIMA JR, J. B. **A independência dos juízes no Brasil. Aspectos relevantes, casos e recomendações.** Recife: Ed. Gajop, Bagaço, 2005.

_____. **Direito e Justiça no Século XXI: a crise da Justiça no Brasil.**

Coimbra/Portugal. Seminário Direito e Justiça no Século XXI, 2003, disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduar_Faria.pdf> acessado em 10 jan. 2011.

FUCK, L. F. O Supremo Tribunal federal e a repercussão geral. In: WAMBIER, T. A. A (Coord.). **Revista de Processo**; ano 35, n.181; mar.2010.

GOMES, R. A. **Com quê Direito? análise do debate entre Las Casas e Sepúlveda - Valladolid, 1550 e 1551**. 2006, 104 f. Dissertação (Mestrado – Teoria do Direito), PUC-MG, Belo Horizonte, 2006.

HESPANHA, A. M. **As vésperas do Leviathan**. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. **Guiando a mão invisível**. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Contratualismo de Raiz Absolutista**. Lisboa, 1995, Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/amh_MA_3845.pdf> acesso em 1 nov. 2013; e disponível nos arquivos pessoais do autor disponibilizados no endereço: <<https://drive.google.com/?tab=wo&authuser=0#folders/0BxG11aEdnDQ2M1Y2WnYzYmtjbFU>>

HOBES, T. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBSBAWM, E. J. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HOLANDA, S. B. de. A herança colonial: sua desagregação. In: **História Geral da Civilização Brasileira**. 6^aed. São Paulo: DIFEL, t. 2: O Brasil Monárquico, 1985.

_____. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

KOSKENNIEMI, M. **The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

LEAL, V. N. **Coronelismo, Enxada e Voto**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LIPOVETSKY, G.; CHARLES, S. **Tempos Hipermódernos: tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderne**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LIMA, D. M. **Magistratura no Império: justiça e eficácia das decisões judiciais**

ante a aquisição de direitos dos escravos (1871 - 1888). São Paulo, Prisma Jurídico, vol 11, n. 1, 2012, pp. 125-141.

LOBO, J. L. Representações Republicanas, sentidos monárquicos e permanências na transição. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, p. 164-170, 2013.

LOCKE, J. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil.** São Paulo: Vozes, disponível em http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf, acesso em 11 jul. 2013.

LOPES, J. R. de L. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, A; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Oráculo de Delfos – o Conselho de Estado no Brasil – Império.** São Paulo: Saraiva: 2010.

LYRA, T. de. **O Conselho de Estado**, RIHGB, Boletim, 1934, p. 11, *apud* RODRIGUES, J. H.. **O Conselho de Estado: Quinto Poder?** Brasília: Senado Federal, 1978.

MANCUSO, R. de C. A realidade do judiciário brasileiro e os tribunais da federação: STJ e STF: inevitabilidade dos elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, L. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAUS, I. O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov. 2000, disponível em http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf, acesso em 20 fevereiro 2013.

MENDES, G. A evolução do controle de constitucionalidade na Constituição de 1988. In: CONTAR, C. E.. **Estudos contemporâneos de direito público – em homenagem ao Ministro Cesario Asfor Rocha.** São Paulo, Editora Pilares, 2010, pp. 23 - 38.

_____; MEYER-PFLUG, S. Passado e futuro da Súmula Vinculante. In: RENAULT, S. R. T. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 327-375.

MEZZAROBA, O; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

MORAIS, J. L. B. de. **A subjetividade do tempo: uma perspectiva interdisciplinar do Direito e da Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Ed. da Universidade de Santa Cruz do Sul, 1998.

MITIDIERO, D. **Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial**. São Paulo, Revista de Processo – Repro, 2012, pp. 61 – 78.

MOREIRA, L. **Judicialização da política no Brasil**. In Le Monde Diplomatic Brasil, disponível em <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1364>> acesso em 20 julho. 2013.

NABUCO, J. **Um Estadista do Império: Nabuco de Araújo, sua vida, suas opiniões, sua época**. Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1897.

NALINI, J. R. Há esperança de Justiça Eficiente?. In: SILVEIRA, V. O. da; MEZZAROBA,O. (Orgs.). **Justiça e o Paradigma da Eficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, p. 126-148.

_____. Ativismo judicial, garantismo ou produtividade adequada. In: NALINI, J. R; et al. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador, Editora JusPodvm, 2013.

NERY JR., N. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NETO, P. M. G. O Judiciário no Crepúsculo do Império (1871-1889). In: SLEMIAN, A.; et al. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

O'DONNELL, G. Democracia Delegativa?, **Novos Estudos CEBRAP**, n.31, out. 91, p. 25-40

OLIVEIRA, G. J. B. de. **Repercussão Geral das questões constitucionais e suas**

consequências para o julgamento do recurso extraordinário. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009.

OST, F. **O tempo do direito.** Bauru: Ed. da Universidade do Sagrado Coração, 2005.

OTEIZA, E. A função das Cortes Supremas na América Latina. **Revista de Processo**, n. 187, p. 181-230, set.2010,

_____. **La Corte Suprema: entre la justicia sin política y la política sin justicia.** Libreria: Platense, 1994.

PIMENTA, J. P. G. A independência do Brasil e o liberalismo português: um balanço da produção acadêmica. **Revista Iberoamericana**, v.1, n.1, 2008.

PRADO JR., C. **Evolução Política do Brasil.** Brasília: Brasiliense, 1975.

_____. **Formação do Brasil Contemporâneo.** São Paulo: Brasiliense, 1961.

RAMOS, H. C. M. B. **Ideias Jurídicas e Cultura Religiosa nas Reformas Pombalinas em Portugal (Séc. XVIII).** In: XIV Encontro Nacional da ANPUH – Rio: Memória e Patrimônio, julho 2010, Rio de Janeiro, disponível em <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276733672_ARQUIVO_textoparaAnpuh_2010_.pdf> acesso em 30 out. 2013.

SÁ NETTO, R. de. **O Império brasileiro e a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça (1821-1891).** Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2011, Cadernos Mapa n. 02 – Memória da Administração Pública Brasileira, p. 07.

SADEK, M. T. Entrevista concedida em 08 de fevereiro de 2009-a, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-08/entrevista-maria-teresa-sadek-cientista-politica>>, acessada em 10 dez. 2010.

_____. Entrevista concedida em 08 de janeiro de 2006, disponível em <http://www.conjur.com.br/2006-jan-08/justica_trabalha_nao_chega_cidadao>, acessada em 10 dez. 2010.

_____. Entrevista concedida em 11 de agosto de 2009-b, disponível em

<<http://www.conjur.com.br/2009-ago-11/faz-parte-essencia-justica-preencher-espacos-vazios-sadek>>, acessada em 10 dez. 2010.

_____. Entrevista concedida em 30 de outubro de 2009-c, disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/JUSTICA+FUNCIONA+COMO+HA+100+ANOS+AFIRMA+MARIA+TEREZA+SADEK_66415.shtml>, acessada em 10 dez. 2010.

_____. Judiciário: Mudanças e Reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004.

SANTOS, B. de S. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. 3^a ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 79, nov. 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004&lng=en&nrm=iso>. access on 10 July 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002007000300004>

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Lisboa, n. 78, p. 01, out. 2007. Disponível em http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf

_____. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, L. C. V. G. **O Brasil entre a América e a Europa: o Império e o Interamericanismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

SCHWARCZ, L. M. O dia que Portugal fugiu para o Brasil. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro. 2007, disponível em <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/o-dia-em-que-portugal-fugiu-para-o->>

brasil> acesso em 25 jul. 2013.

_____. **O Espetáculo das Raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930.** São Paulo: Cia das Letras, 1993.

SILVA, P. E. A. da. **Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial.** 2009. 154f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2009.

_____. Uma etnografia dos cartórios judiciais: estudo de caso em cartórios judiciais do Estado de São Paulo. **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 24, jul. 2008.

SKINNER, Q. **As Fundações do Pensamento Político Moderno.** São Paulo: Cia das Letras, 1996.

SLEMIAN, A. Outorgada sim, mas liberal. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, 2007, disponível em <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos-revista/outline-sim-mas-liberal>> acesso em 25 jul. 2013.

_____. **Sob o Império das Leis: Constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834),** 2006. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH-USP, São Paulo, 2006.

SPALDING, A. M. Direito Fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, T. A. A., et. al. (coord.) **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SPENGLER, F. M. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica em crise.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. SALDANHA, J. M. L. Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: NALINI, J. R; et al. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador, Editora JusPodvm, 2013.

TORELLY, M. D.; ABRÃO, P. Influências das Reformas Pombalinas de 1772 na Formação dos Cursos Jurídicos e da Elite Imperial Brasileira. In: 58ª Reunião Anual da SBPC, julho 2006, Florianópolis. **Anais**. Florianópolis –SC: SBPC, 2006, disponível em <www.sbpcnet.org.br/livro/58ra/senior/RESUMOS/resumo_353.html> acesso em 31 out. 2013.

VILLA, M. A. **A história das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011.

WOLKMER, A. C; MELO, M. P. **Constitucionalismo Latino-Americano: teorias contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.