DIREITO CONSTITUCIONAL NAS ORIGENS DO ESTADO BRASILEIRO: ALGUNS PONTOS DA OBRA DO CONSELHEIRO BROTERO

CONSTITUTIONAL LAW IN THE ORIGINS OF BRAZILIAN STATE: SOME ASPECTS OF CONSELHEIRO BROTERO?S WORKS

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA*

Recebido para publicação em junho de 2012.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo ilustrar como o Direito constitucional, particularmente por meio da Filosofia do Direito Constitucional, de autoria do Conselheiro Brotero, ajudou a estabelecer as bases do Estado brasileiro, logo após sua independência.

PALAVRAS-CHAVE: Conselheiro Brotero; origens da doutrina do Direito Constitucional no Brasil.

ABSTRACT: This article aims to illustrate how the constitutional law, particularly through Conselheiro Brotero's Philosophy of Constitucional Law, helped to set the basis of Brazilian State, just after his independency.

KEY WORDS: Conselheiro Brotero; the origins of constitutional law theory in Brazil.

1. Apresentação

Fiquei muito honrado com o convite para integrar, como autor, o presente número da Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC), que marca seus 10 anos de existência, numa iniciativa exitosa da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC).

Tendo este volume o tema central "funções do Direito constitucional", ocorreu-me trazer à crítica dos leitores, algumas considerações sobre uma das obras daquele que pode ser apontado como o primeiro constitucionalista do Brasil, ao menos no âmbito acadêmico.

Trata-se de *A Filosofia do Direito Constitucional*[1], de José Maria de Avellar BROTERO, o Conselheiro BROTERO, primeiro lente da Academia de Direito de São Paulo[2].

Supõe José AFONSO DA SILVA[3], endossando afirmação de Miguel REALE[4], que a *Filosofia do Direito Constitucional*, publicada em 1842, seja a reprodução de "folheto de 80 páginas, publicado em 1837"[5]; porém, acrescenta, "talvez reformulado e ampliado".

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[1] Esta obra foi recentemente reeditada: São Paulo: Malheiros, 2007.

[2] Hoje Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[3] "Introdução". *In:* BROTERO. *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 18.

[4] Que escreveu o artigo "Avelar Brotero, ou a Ideologia sob as Arcadas", em seu *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, 1956. Cite-se, ainda, sobre BROTERO, ou, mais amplamente, sobre a história dos cursos jurídicos no Brasil e

Não se propõe, aqui, no entanto, aprofundar-se a historiografia da obra, nem a biografia de BROTERO, senão apontar, de modo sucinto, o sentido pioneiro da abordagem por ele feita de certos temas constitucionais na academia brasileira.

Aliás, em matéria de pioneirismo, vale ressaltar a observação de José AFONSO DA SILVA, que se diz "convencido que foi Avellar Brotero quem proferiu a primeira aula de Direito Constitucional, no Brasil, o que se deu, ao que parece, no início de 1829, adiantando-se, pois, a Pellegrino Rossi, que começou suas aulas de Direito Constitucional, em Paris, só em 1835"[6].

E Paulo Ferreira da CUNHA, vai além, reivindicando expressamente a BROTERO um pioneirismo em âmbito mundial:

> O Conselheiro e Professor José Maria de Avellar Brotero deveria obrigar a reescrever as histórias do Direito Constitucional por esse mundo fora, pois precedeu o italiano Pellegrino Rossi, que posa para a posteridade como pioneiro absoluto do ensino desta disciplina. Com efeito, este só viria a dar aulas em Paris em 1835, sendo que Brotero seria nomeado a 12 de Outubro de 1827 por D. Pedro I, Imperador do Brasil, precedendo mesmo a criação dos cursos jurídicos paulistas, criados a 11 de Agosto de 1928.
> Mesmo pensando que Brotero só dará a sua primeira aula no início de 1829, ficaria nos anais que a primeira lição constitucional afinal foi dada em português, e na América. Não por acaso ao sol do Novo Mundo...[7]

Em sua abordagem da obra de BROTERO, Paulo Ferreira da CUNHA destaca-lhe ainda o sentido jusfilosófico e multidisciplinar:

> Não se faça passar Brotero por neoconstitucionalista, *avant-la-lettre*. Mas não deixa de ser interessante que a interdisciplinaridade esteja nele presente, e que a parte filosófica esteja pedagogicamente como que incrustada e efetivamente mais pressuposta que posta no Direito Constitucional.
> Nunca o Direito Constitucional, nem nos tempos mais positivistas, deixaria de ter como base uma fundamentação filosófica. Mas vai ser precisamente a assunção de um Direito Constitucional não alheio ao enfrentar das questões filosóficas que

a Academia de Direito de São Paulo, de ALMEIDA NOGUEIRA, *A Academia de São Paulo, Tradições e Reminiscências*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1977.

[5] Esta outra, intitulada *Princípios de Direito Público Universal – Análise de Alguns Parágrafos de Vatel*. São Paulo: Typographia do Governo, arrendada por Silva Sobral, 1837. E também esta não é a primeira obra de BROTERO com conteúdo de Direito constitucional: há ainda seu *Princípios de Direito Natural*, elaborado em 1828, como obrigação, enquanto lente da Academia de São Paulo, de fazer publicar compêndio de sua disciplina, a ser submetido à aprovação do Ministério do Império (cf. José AFONSO DA SILVA, "Introdução", cit., p. 13-18).

[6] "Introdução", cit., p. 13.

[7] "Filosofia e Constituição. Simbolismo das Origens. A Lição de Brotero", p. 1 (abril, 2011), in *SelectedWorks of Paulo Ferreira da Cunha*. Disponível em: <http://works.bepress.com/pfc/>. Acesso em: 12.8.12.

> irreprimivelmente coloca o factor determinante de uma nova feição neste Direito: não só ramo, mas ainda tronco, raiz e copa da árvore jurídica.[8]

Retomando, pois, o mote deste número da RBDC – "funções do Direito constitucional" – vê-se aqui uma importante função deste "ramo" do Direito, qual seja, a de organizar, tanto no sentido doutrinário (Direito constitucional como secção da ciência do Direito), como no sentido normativo (Direito constitucional como certo conjunto de normas), as bases sobre as quais se sustenta o modelo ainda vigente de Estado de Direito, surgido, no mundo ocidental, com o triunfo dos movimentos liberais de fins do século XVIII[9].

Com efeito, a essência desse Estado de Direito, tão bem sintetizada no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, está ligada à contenção do poder por meio de dois instrumentos principais: a separação de poderes e a garantia de direitos, como sempre lembra Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO[10].

E a sede desses instrumentos, por excelência, é o documento político e jurídico que passa, quase universalmente, a se chamar "constituição".

Passo, então, a destacar quatro pontos que pessoalmente mais me despertam atenção na citada obra de BROTERO, na perspectiva da construção de uma doutrina constitucionalista que dê base ao Estado brasileiro, então em fase de consolidação, após sua independência.

2. Direito político e importância da teoria

> A palavra "política" é mais lata que a administração. É verdade que a ciência da administração ensina o conhecimento prático das leis a respeito da segurança do Estado, da manutenção da ordem pública e suprimento das diferentes necessidades da sociedade, regulando e decidindo as reclamações do interesse privado ou particular contra o interesse público ou social. [...] Pode haver um bom político, porém mau administrador prático, e assim vice-versa; contudo, o administrador deve ter sempre noções gerais da ciência, sem o quê mil embaraços há de achar na execução das leis, e jamais poder-se-á considerar como um jurisprudente[11].

[8] "Filosofia e Constituição. Simbolismo das Origens. A Lição de Brotero", cit., p. 2-3.
[9] Não se está a negar, é certo, que sobre esta origem liberal, os séculos hajam acrescentado elementos de feição social.
[10] *Curso de Direito Constitucional* (37ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.
[11] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 29.

Esses comentários, que se baseiam no pensamento de MACAREL e DE GÉRANDO, antecedem as observações que BROTERO passa a fazer, a partir de VATTEL, quanto à reunião das leis administrativas às leis constitucionais, sob o rótulo de "leis políticas", formando o "direito político" ou "direito público-particular".

De início – e esta observação vale também para os pontos analisados a seguir – observe-se que a obra de BROTERO não se reveste de grande rigor sistemático, nem profundidade no tratamento das ideias. Por vezes, certos pontos carecem de clareza, ou parecem conflitar com outros subsequentes.

BROTERO mesmo reconhece essas insuficiências, no parágrafo com o qual encerra seu livro:

> Um sentimento deu nascimento a este folheto: o autor, sem saúde nem dinheiro, fez demais. Ele foi ditado de manhã e mandado de tarde para a imprensa; tem mil erros, filhos de mil circunstâncias. O autor, que talvez ainda se lembre de continuar com a análise de Vattel, não pede contemplação absoluta; pois de convicção canta com o Poeta:
> "*Fate, show thy force: ourselves we do not owe;*
> *"What is decreed, must be; and be this so!"* (Shakespeare)[12].

Mas tais aspectos não retiram os méritos da iniciativa do autor, sobretudo considerado seu propósito de organizar a obra sob a forma de lições, que, naturalmente, comportariam oportunos desenvolvimentos no ambiente de debate acadêmico.

Voltando, então, ao trecho citado no início deste tópico, nem tanto pelas lições que encerra, o interesse que ele desperta está na perspectiva pela qual abordava, nos idos de 1842, do papel político da Administração, em seu confronto com o que seria a função de tomar a decisão política contida na elaboração das leis voltadas a regulamentar a Constituição ("leis orgânicas regulamentares"). E mais: a importância da abordagem científica da matéria própria do administrador.

Há, em BROTERO, a percepção de que o administrador, além de ser proficiente no conhecimento prático das leis, deva também reforçar suas habilidades por meio do domínio da ciência.

[12] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 103.

Vê-se, pois, no início das atividades acadêmicas de Direito no Brasil uma preocupação com a sinergia existente entre Direito e política, tanto no plano da teoria, como no da prática.

3. Separação de poderes

> Na realidade, só a concorrência e a união dos dois poderes podem produzir a felicidade social: e esta união se acha, do melhor modo possível, nas monarquias democráticas, o que vermos em tempo.
> O poder legislativo deve dirigir o poder executivo esclarecendo-o nas suas livres determinações[13], prevenindo[14], fixando-lhe meios[15], enunciando e determinando o resultado das relações internas e externas[16] e criando e aperfeiçoando[17]. O poder executivo deve excitar a ação do poder legislativo, fazendo-lhe sentir o estado das relações internas e externas, suas necessidades e pretensões; deve lhe patentear livremente quais os seus desejos na marcha da política. [...]
> Só dois poderes, legislativo e executivo, conhecemos no direito público universal. O poder executivo é aquele que é obrigado a executar e fazer executar as leis. As atribuições judiciárias consistem em terminar por sentenças justas as questões que se podem suscitar entre os habitantes do país [...]. A ação judiciária não é senão uma execução das leis, e os magistrados agentes do poder executivo, que por eles faz executar as mesmas leis civis e criminais. [...]
> Querendo dividir as atribuições do poder executivo, pode-se, então, fazer muitos poderes: poder judiciário administrativo; poder executivo administrativo civil; poder executivo militar; etc. etc.[18]

Outra noção presente em BROTERO, consistente com parcela do pensamento constitucional da época – e não ausente no pensamento contemporâneo[19], no entanto, aqui, numa perspectiva mais científica – é a ênfase na preeminência dos poderes legislativo e executivo, na repartição funcional do poder estatal.

BROTERO não ignorava o modelo descrito por MONTESQUIEU, mas reduz-lhe a importância, com uma consideração a respeito da posição pessoal deste autor: "Montesquieu, não vendo senão

[13] "Determinações" (esta nota e as quatro seguintes são originais do texto de BROTERO).
[14] "Mensagens".
[15] "Dinheiro, crédito, exércitos, esquadras etc.".
[16] "Leis e convenções diplomáticas".
[17] "Estabelecimentos públicos, construções, monumentos etc.".
[18] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 43-44.
[19] Confiram-se, por exemplo, as ponderações de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO quanto à perspectiva de BURDEAU (*Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 163).

uma magistratura vela e hereditária, cuidou que tudo se remediava formulando-se um novo poder – o poder judiciário"[20].

Todavia, o pensamento de BROTERO desenvolvia-se para certos resultados peculiares. Defensor da monarquia constitucional, para ele, o chefe do poder executivo deve exercer posição de superioridade em relação aos magistrados judiciais – "agentes do poder executivo" –, nomeando-os e a eles não se submetendo[21].

Daí igualmente a defesa da irresponsabilidade do chefe do poder executivo, seja ele um rei ou um presidente. O chefe do executivo, tendo recebido delegação da soberania popular[22], não deve ser passível de acusação perante um juiz ou tribunal, ou mesmo uma câmara legislativa: assim fosse, o poder executivo "nas questões vitais da política", teria "só a escolher ou ser escravo, ou acusado"[23].

Em suma, para BROTERO, "todos os chefes do poder executivo são responsáveis perante três grandes e poderosos tribunais: Deus, a consciência própria e a opinião pública"[24].

De modo harmônico com essas ponderações, BROTERO abre margem em sua teoria para a existência de uma justiça administrativa, porém subordinada à chefia do poder executivo, como aliás, foi a realidade brasileira durante o Império.

Com efeito, como registra o Visconde do URUGUAI[25], o Brasil não chegou – diferentemente da França, sua fonte de inspiração – a consolidar uma justiça administrativa com efetiva independência jurisdicional.

De todo modo, é uma ideia de separação de poderes fazendo-se presente nos primórdios da teoria constitucional no Brasil.

4. Federação

[20] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 44.
[21] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 57.
[22] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 61.
[23] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 61-62.
[24] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 62.
[25] URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. 34, 2002 (texto de 1862, *in Visconde do Uruguai*, organização e introdução de José Murilo de Carvalho), p. 159.

> Nas democracias dizem alguns publicistas que deve existir o poder municipal. Nós dizemos que em todos os governos devem existir os municípios, mas que em nenhum deles deve existir o poder municipal[26]. [...]
> O que temos dito dos municípios, dizemos das deputações provinciais. Elas são necessárias e úteis, como corpos administrativos, [...] porém são perigosas e repugnantes com as ideias de direito público universal quando se tornam em corpos políticos, poderes legislativos soberanos[27]. [...]
> Os governos federativos (confederação) não pertencem ao direito público, mas sim ao direito das gentes; são associações de estados livres e independentes que formam entre si uma sociedade civil, à imitação das reuniões políticas dos homens. [...] Todas as confederações são constitucionais e representativas. As atribuições dos poderes federais podem ser mais ou menos amplas, conforme o fim da confederação; elas nunca podem ser tais que destruam a soberania de cada um dos sócios na parte da administração interna; mas, como a federação necessita ter direitos preventivos e administrativos gerais, as soberanias são de fato atacadas, e esta é a primeira dificuldade de tais associações[28].

Mais um ponto tratado por BROTERO, ainda hoje basilar da teoria do Direito constitucional, é o da repartição territorial do poder. Insere-se no tema mais amplo da contenção do exercício do poder estatal[29].

Contudo, a posição defendida por BROTERO militava em favor da centralização do exercício do poder.

Os municípios são por ele reconhecidos como uma realidade de fato. Recorre até mesmo à etimologia latina de "municipalidades"[30], para dizê-las: "corpos administrativos com simulacro de independência; eram instituições romanas criadas para conservar as conquistas"[31].

Atualizando o sentido finalístico dos municípios para o século XIX, BROTERO substituía a conservação da "conquista", pela conservação da "associação"[32] dos indivíduos, para o bom atendimento de suas necessidades locais, conhecidas de cada pequena parcela de habitantes, resultando em soluções cujos impactos também não transcendem o âmbito local.

[26] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 67.
[27] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 70-71.
[28] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 99.
[29] Veja-se, a propósito, a perspectiva de Karl LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución* (trad. Alfredo Gallego Anabitarte) (2ª ed.). Barcelona: Ariel, 1970, p. 353.
[30] "Município, de *munus* – ´ofício com honra' – e do verbo *capio, capis* – 'tomar'" (BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 67).
[31] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 67.
[32] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 69.

Ideia análoga aplica aos "estados", cuja existência política – para além da mera situação de corpos administrativos – poria em risco a unidade da soberania de um País.

Em certa medida, essas questões percorrerão os debates acadêmicos e políticos durante todo o império, sendo notório que a causa federalista foi um forte elemento de aglutinação de forças em prol da república no Brasil.

Para BROTERO, porém, a noção de federação confundia-se com a de confederação. Os Estados-membros de uma federação necessariamente haveriam de manter soberania, negando-a, pois, ao ente total resultante, sob pena de perdê-la.

5. Direitos políticos

> Nas democracias, em geral, todos os cidadãos devem gozar do voto ativo e passivo; isto, porém, não quer dizer que a lei fundamental (a constituição orgânica) não marque requisitos individuais para o cidadão poder votar e ser votado para qualquer dos cargos políticos, administrativos e civis. Quando se diz que nas democracias todos os cidadãos devem votar e ter a possibilidade de ser eleitos, quer-se dizer que não há castas privilegiadas. E que todos são iguais perante a lei. Os ouvintes já sabem o que se entende por "iguais perante a lei", e vem a ser esse direito natural pelo qual qualquer homem tem a faculdade de pôr em ação todos os meios lícitos a seu alcance para conseguir um fim e realizar ou conseguir um requisito ou requisitos necessários para ser igual a seus concidadãos. Longe de nós a absurda ideia de nivelação social. A lei fundamental nas democracias pode exigir idade, propriedade territorial, rendimento, residência, saber ler e escrever etc. A idade a todos chega; a propriedade se adquire com a indústria, e esta deve ser franca a todos os cidadãos; os conhecimentos se adquirem pelo trabalho e estudo, e para isso a educação secundária deve ser concedida a todos aqueles que se acharem com capacidade e meios, e a primeira deve ser gratuita[33].

Por fim, o pensamento constitucional de BROTERO cuida do tema dos direitos políticos. E o faz por um ponto de vista tipicamente liberal do século XIX.

A frase com a qual introduz o tema até pode causar surpresa ao leitor que não prossiga o parágrafo.

[33] BROTERO, *A Filosofia do Direito Constitucional*, cit., p. 73.

Com efeito, rende-se homenagem a uma importante conquista do constitucionalismo liberal: o direito de voto.

No entanto, a expressão que soa demasiado abrangente – "todos os cidadãos devem gozar do voto ativo e passivo" – logo é restringida pela explicação subsequente, tomando por natural que a lei vislumbre a igualdade dos homens a partir de suas potencialidades vistas em abstrato e não de suas circunstâncias concretas.

Por outras palavras, cabe à lei impor requisitos para o exercício da cidadania ativa e passiva (idade, instrução, renda...), partindo-se do pressuposto de que todos os homens serão aptos (pela passagem do tempo, pela oferta mínima de educação primária, pelo próprio esforço) a, isonomicamente, preenchê-los.

E, assim registra a história, efetivamente passou-se com o exercício dos direitos políticos no Brasil, ao longo do Império: uma exclusão de grande número de indivíduos do processo eleitoral, por critérios fundados numa leitura formal de isonomia.

6. Conclusão

Mesmo que aqui não se tenha feito uma apreciação mais aprofundada das ideias de BROTERO, e independentemente de cogitações sobre concordâncias ou discordâncias em relação a elas, buscou-se salientar o papel que o Direito Constitucional exerceu desde o primeiro momento da consolidação do Estado brasileiro independente.

A própria criação de cursos jurídicos no Brasil é elemento integrante de uma estratégia do Império para edificar suas instituições e formar quadros para operá-las.

Que o primeiro professor da recém criada Academia, encarregado da cadeira "Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia", tenha conseguido perceber a importância de uma "filosofia" do Direito constitucional nesse processo, num tempo em que Direito constitucional ainda não era concebido como objeto de abordagem teórico-acadêmica específica, é algo que merece aplauso.