

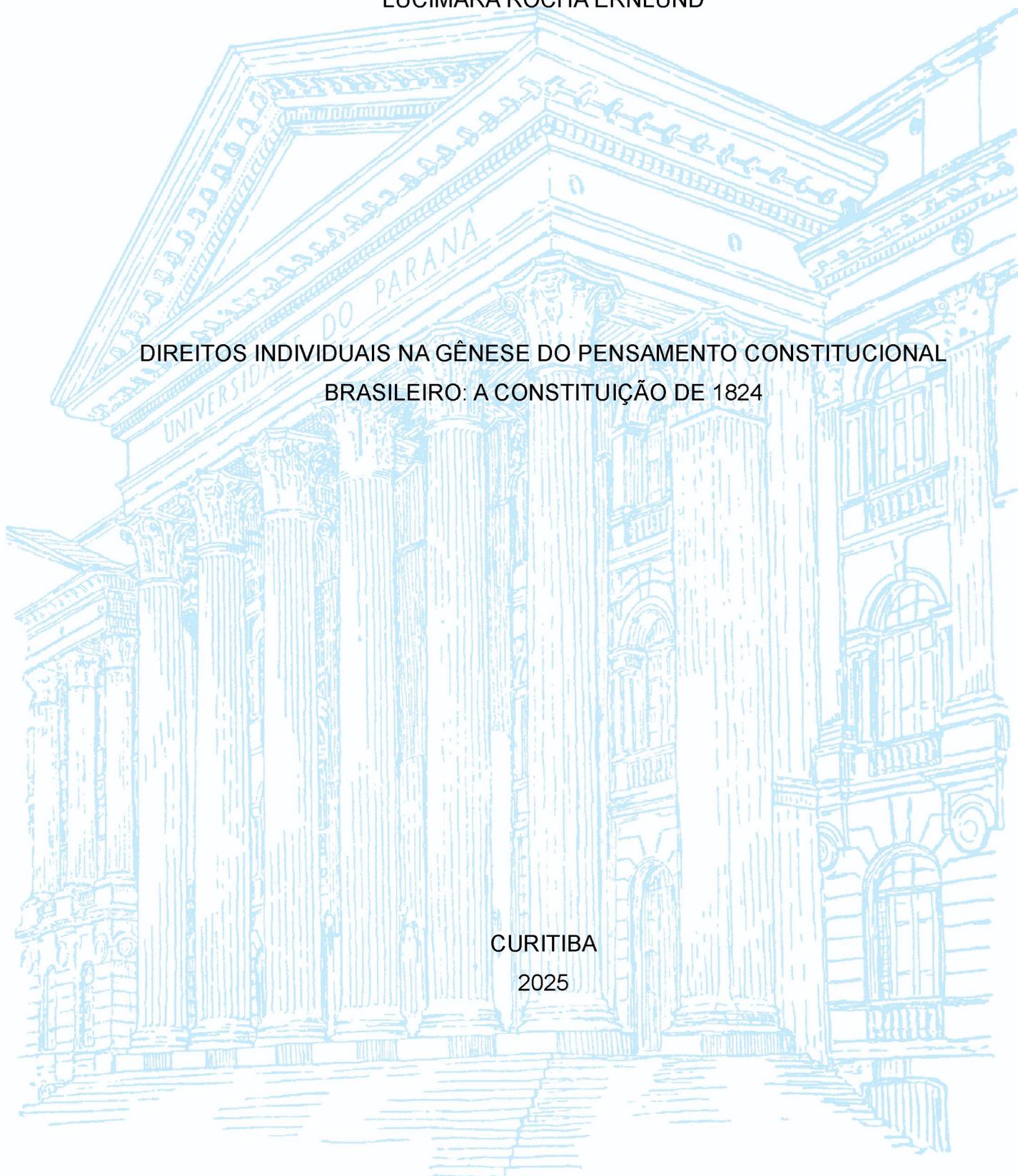
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCIMARA ROCHA ERLUND

DIREITOS INDIVIDUAIS NA GÊNESE DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO: A CONSTITUIÇÃO DE 1824

CURITIBA

2025



LUCIMARA ROCHA ERNLUND

DIREITOS INDIVIDUAIS NA GÊNESE DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO: A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

CURITIBA

2025

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Ernlund, Lucimara Rocha

Direitos individuais na gênese do pensamento
constitucional brasileiro: a Constituição de 1824 / Lucimara
Rocha Ernlund. – Curitiba, 2025.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito.

Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca.

1. História constitucional. 2. Direitos fundamentais. 3.
Brasil. Constituição (1824). I. Fonseca, Ricardo Marcelo. II.
Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecária: Eglem Maria Veronese Fujimoto – CRB-9/1217



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº592

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRA EM DIREITO

No dia quinze de abril de dois mil e vinte e cinco às 09:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, PPGD UFPR - Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestrandia **LUCIMARA ROCHA ERNLUND**, intitulada: **DIREITOS INDIVIDUAIS na GÊNESE DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: A CONSTITUIÇÃO DE 1824**, sob orientação do Prof. Dr. RICARDO MARCELO FONSECA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: RICARDO MARCELO FONSECA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), WALTER GUANDALINI JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ARNO WEHLING (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestra está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, RICARDO MARCELO FONSECA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 15 de Abril de 2025.

Assinatura Eletrônica

16/04/2025 11:07:20.0

RICARDO MARCELO FONSECA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

16/04/2025 12:31:57.0

WALTER GUANDALINI JUNIOR

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

16/06/2025 16:53:00.0

ARNO WEHLING

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001010017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **LUCIMARA ROCHA ERNLUND**, intitulada: **DIREITOS INDIVIDUAIS na GÊNESE DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: A CONSTITUIÇÃO DE 1824**, sob orientação do Prof. Dr. **RICARDO MARCELO FONSECA**, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua **APROVAÇÃO** no rito de defesa.

A outorga do título de mestra está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 15 de Abril de 2025.

Assinatura Eletrônica

16/04/2025 11:07:20.0

RICARDO MARCELO FONSECA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

16/04/2025 12:31:57.0

WALTER GUANDALINI JUNIOR

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

16/06/2025 16:53:00.0

ARNO WEHLING

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO)

Dedico este trabalho a meus pais, Rita de Cássia Rocha Ernlund e Valdir Klein Ernlund, amorosos e fiéis incentivadores de meus estudos, desde sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Ricardo Marcelo Fonseca, que me apresentou à História do Direito ainda na graduação, acolhendo-me para os estudos de Mestrado depois de tantos anos. Seu arsenal teórico de grande envergadura, fruto da longa e pioneira trajetória no desbravamento histórico do Direito brasileiro do século XIX, foi inspirador e essencial à minha pesquisa. Agradeço, enfim, por suas orientações criteriosas e o incentivo na busca do sentido do Direito para além das leis, dos códigos e da dogmática.

Agradeço ao Professor Francisco Monteiro Rocha Junior, primo, amigo, colega da graduação em Direito, a quem devo as primeiras conversas, a primeira sugestão bibliográfica e a generosidade da leitura de meus primeiros rascunhos, ainda antes do ingresso no programa de pós-graduação, quando o tema da dissertação sequer estava estabelecido. A ele confidenciei com ineditismo o desejo de retornar à universidade para o Mestrado, recebendo incentivo e valiosas instruções.

Agradeço ao Professor André Peixoto de Souza, companheiro de estudos na juventude, que tive o privilégio de reencontrar após tantos anos, acolhendo-me na universidade com afeto e paciência na escuta das primeiras ideias sobre a pesquisa.

Agradeço ao Professor Walter Guandalini Júnior pelas célebres aulas de História do Direito na pós-graduação, pela polidez do diálogo, do compartilhamento de sua experiência acadêmica, e por suas observações certeiras, que foram essenciais ao desenvolvimento do projeto de pesquisa e à escolha de alguns caminhos de trabalho.

Agradeço, finalmente, ao Professor Arno Wehling pelo imenso legado de pesquisa que muito colaborou nos caminhos tomados por esta investigação, como também pela gentileza de aceitar compor a banca.

Agradeço também aos digníssimos colegas de pós-graduação, mestrandos e doutorandos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, pelas trocas de ideias, pela partilha generosa de dicas, livros e trâmites acadêmicos, pelas proveitosas discussões em sala de aula, nos grupos dos seminários e nos corredores, suavizando um pouco a solidude do trabalho de pesquisa.

Agradeço às colegas e amigas, mulheres e profissionais lutadoras do Ministério Público do Estado do Paraná, pela parceria sincera, pelos exemplos de resiliência, persistência, pelo diálogo, pelo compartilhamento de experiências acadêmicas e de vida, que me incentivaram a estar hoje neste lugar que tanto me realiza.

Agradeço ao Ministério Público do Estado do Paraná, primeira experiência profissional, minha Tribuna e meu primeiro lugar na sociedade. Instituição que me recebeu recém-formada e muito jovem e que me oportunizou dar formas reais aos ideais de justiça e transformação social nutridos desde os bancos da graduação. Enquanto conscientizou-me das dificuldades do mundo, pelas duras experiências profissionais vivenciadas como Promotora de Justiça em diversas comarcas do Estado, engrandeceu-me como ser humano e motivou-me a buscar novos conhecimentos, que poderiam apaziguar ou, ao menos, acalantar as angústias que a lógica do sistema de justiça pode provocar nas almas mais sensíveis.

O desejo de lançar-se numa pesquisa acadêmica, com seu inevitável rigor técnico e suas dificuldades intrínsecas, não creio que nasça da ordem, das certezas e da quietude, mas sim de um certo desconforto. Navegar no oceano da História do Direito veio em direção a um instante de vida questionador, foi uma opção consciente de alargamento dos horizontes, de certa fuga da dogmática e de encontro com os fundamentos do pensamento jurídico brasileiro. Depois desse encontro, que desejo seja duradouro, certamente não sou mais a mesma profissional, nem a mesma pessoa, posso inclusive ser melhor para os pequenos Beatriz e João Davi, meus filhos, a quem agradeço, enfim, pela oportunidade que me concedem de experienciar o amor incondicional e infinito, maior propósito da vida.

Vivendo, se aprende; mas o
que se aprende, mais, é só a
fazer outras maiores perguntas.

Mas liberdade — aposto —
ainda é só alegria de um pobre
caminhozinho, no dentro do
ferro de grandes prisões.

(João Guimarães Rosa em
Grande Sertão: Veredas)

O giro incessante
da chuva do tempo,
isenta e incansável,
restitui
a pureza das palavras.

(Helena Kolody em *Sempre Palavra*)

RESUMO

Esta investigação trata da formação do pensamento jurídico-constitucional brasileiro a partir da deflagração do processo constituinte, no período pós-independência, até o Ato Adicional de 1834, sob o enfoque de um dos pilares do constitucionalismo moderno: os direitos individuais. Possui como objetivo destrinchar os elementos que constituem os pressupostos teóricos desse processo formativo. Para tanto, demonstra que traços da filosofia iluminista, que começaram a ingressar no Brasil a partir do final dos setecentos, contribuíram fortemente para a deflagração do processo de transformação de direitos naturais em direitos civis e políticos, positivados numa Constituição. Focando na construção de uma cultura constitucional no Brasil na primeira metade do século XIX, e buscando problematizar alguns de seus aspectos jurídicos, esta pesquisa pretende contribuir para a ampliação do conhecimento do fenômeno constitucional brasileiro enquanto fenômeno jurídico, comumente mais estudado nesse período sob o enfoque de sua complexidade política. Como no período havia uma ampla circulação e intercambiamento de ideias no cenário internacional, o nascimento de uma cultura de direitos individuais e o projeto de construção de um ordenamento jurídico de modelagem moderna são compreendidos sob a chave das traduções culturais. Buscou-se, pois, esclarecer como as categorias “constituição moderna” e “direitos individuais” foram recebidas e traduzidas para a realidade experiencial brasileira, no processo de elaboração de um pensamento constitucional nacional. Considerando a escassez de obras jurídicas no período, tomaram-se como fontes históricas um rol diversificado de documentos, visando à identificação do Direito também num cenário *de iure constituendo*. Assim, são fontes da pesquisa alguns periódicos da imprensa, selecionados a partir de 1821, o texto positivado da Constituição de 1824, os Anais da Assembleia Constituinte de 1823, obras jurídicas do período que tenham relação com a temática e algumas leis esparsas. A análise das fontes, que foi dividida em período pré-constitucional (1821-1822) e período constitucional (1823-1834), demonstrou que uma cultura constitucional efetivamente nascia no período e com ela uma nova linguagem de direitos. Do texto da Constituição outorgada observa-se que, em meio ao paradoxo da sobrevivência de institutos do antigo regime, como os estatutos pessoais excludentes de escravizados, mulheres e indígenas, o título que trata dos direitos civis e políticos é marcadamente liberal, identificando-se uma estreita correspondência com as declarações de direitos revolucionárias. Na linha das traduções culturais, utilizaram-se nesta pesquisa os parâmetros arquetípicos dos modelos de direitos e liberdades de Maurizio Fioravanti, com o escopo de identificar se havia alguma proximidade entre o modelo de direitos e liberdades que deflagrou o processo de construção do pensamento constitucional brasileiro e os modelos dos países pioneiros, Inglaterra, França e Estados Unidos, em suas vertentes historicista, contratualista e estatalista, identificadas por Fioravanti. Ao final do trabalho, algumas conclusões foram alcançadas: o movimento iluminista manifestou-se no Brasil de modo peculiar, permitindo o ingresso no país de noções de liberdade e igualdade ainda no final do século XVIII; a partir de 1821, com a ampliação da liberdade de imprensa os temas dos direitos do homem e da constitucionalização do país passaram a ser recorrentes na imprensa periódica; o uso reiterado dos termos “direito” e “direitos”, em sua acepção moderna, foi verificável em todo o período de funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte

de 1823; a abolição da escravidão, no entanto, não foi considerada como projeto político ou jurídico; com a entrada em vigor da Constituição, controvérsias mais marcadamente políticas tomaram os periódicos analisados, mas o tema dos direitos do homem e da constitucionalização mantiveram-se presentes; conclui-se da leitura analítica das fontes históricas que o pensamento constitucional em formação se inclinava para um estatualismo liberal com elementos de historicismo, que se distanciou do contratualismo individualista francês; as teorias de Benjamin Constant na defesa do equilíbrio e da estabilidade institucional e as críticas de Edmund Burke aos excessos da Revolução Francesa prevaleceram no Brasil como base de um pensamento constitucional moderado e fundado no princípio monárquico de legitimação do poder; essa formulação se aproximou do constitucionalismo restauracionista francês do século XIX; no âmbito dos estatutos jurídicos excludentes, se a mulher, o negro escravizado e o indígena não integravam nenhum dispositivo expresso da Constituição jurídica do Estado, integravam a constituição social ou empírica, numa condição hierarquizada e inferiorizada; no ambiente histórico em que o monismo estatal pretendia demarcar um espaço de exclusividade, esta constatação convida a uma reflexão sobre a tendência da modernidade jurídica de limitação das fontes do direito; por outro lado, a normatividade constitucional, que conformava novas compreensões da realidade deflagrou um processo sem volta de abertura do campo jurídico para inéditas experiências, ainda que marcadas pela complexidade e pela ambiguidade; noções de direitos, liberdade e igualdade circulavam com desenvoltura e influenciariam as movimentações sociais e algumas transformações jurídicas nas próximas décadas.

Palavras-chave: História Constitucional; Constituição de 1824; Pensamento Jurídico-Constitucional brasileiro; Direitos Individuais; Traduções Culturais; Fundamentação Teórica; Modelo Estatalista Historicista; Estatutos Pessoais da Exclusão.

ABSTRACT

This study examines the formation of Brazilian constitutional-legal thought from the inception of the constituent process in the post-independence period through to the Additional Act of 1834, with a focus on one of the foundational pillars of modern constitutionalism: individual rights. It seeks to elucidate the theoretical underpinnings that shaped this formative process, arguing that Enlightenment philosophy—introduced to Brazil in the late 18th century—played a pivotal role in the transformation of natural rights into civil and political rights, formally enshrined in constitutional text. The research concentrates on the emergence of a constitutional culture in early 19th-century Brazil, aiming to critically engage with its juridical dimensions. It contributes to broadening the understanding of the Brazilian constitutional phenomenon as a legal—not merely political—development. In light of the transnational circulation of ideas during this period, the rise of a culture of individual rights and the project of constructing a modern legal order are analyzed through the lens of cultural translation. The study investigates how the categories of “modern constitution” and “individual rights” were appropriated and translated within the Brazilian experiential context during the formation of national constitutional thought. Given the scarcity of legal literature at the time, a diverse corpus of historical documents was employed as primary sources, including periodicals from 1821 onward, the 1824 Constitution, the Annals of the 1823 Constituent Assembly, relevant legal works, and selected statutes, allowing the identification of juridical discourse in a *de iure constituendo* context. Dividing the analysis into pre-constitutional (1821–1822) and constitutional (1823–1834) phases, the study demonstrates the genesis of a constitutional culture and a novel rights-based discourse. The 1824 Charter—granted amidst remnants of the ancien régime, such as exclusionary personal statutes affecting enslaved individuals, women, and Indigenous peoples—nonetheless displays a markedly liberal character in its section on civil and political rights, echoing revolutionary declarations. Utilizing Maurizio Fioravanti’s typology of rights and liberties models—historicist, contractualist, and statist—the research assesses affinities between the Brazilian case and pioneering constitutional models in England, France, and the United States. Several key conclusions emerge: Enlightenment ideals penetrated Brazil in a unique manner, introducing notions of liberty and equality in the late 18th century; from 1821, press liberalization enabled recurring debates on human rights and constitutionalism; the modern usage of the terms “right” and “rights” became widespread during the 1823 National Constituent Assembly; yet slavery’s abolition was absent from political and juridical agendas. Following the Constitution’s enactment, political controversies dominated the press, though the discourse on rights and constitutionalism persisted. The analysis indicates a formative constitutional thought oriented toward liberal statism, informed by elements of historicism and distancing itself from French individualist contractualism. The constitutional ideas of Benjamin Constant—emphasizing institutional equilibrium—and Edmund Burke’s critique of revolutionary excesses shaped a moderate Brazilian constitutionalism grounded in monarchical legitimation. This configuration bears resemblance to 19th-century French restorationist constitutionalism. Although women, enslaved Black individuals, and Indigenous peoples were excluded from the Constitution’s formal provisions, they were nonetheless incorporated into the social or empirical constitution in subordinated and hierarchical terms. In a context

marked by state monism and its aspiration for exclusive legal authority, such exclusion invites reflection on the modern juridical tendency to narrow the sources of law. Conversely, constitutional normativity inaugurated a transformative process that expanded the legal field to accommodate novel and complex socio-legal experiences. Circulating conceptions of rights, liberty, and equality would continue to influence socio-political mobilizations and legal transformations in subsequent decades.

Keywords: Constitutional History; 1824 Constitution; Brazilian Legal-Constitutional Thought; Individual Rights; Cultural Translation; Theoretical Foundation; Historicist Statist Model; Personal Statutes of Exclusion.

RIASSUNTO

Lo studio analizza la formazione del pensiero giuridico-costituzionale brasiliano dal periodo post-indipendenza fino all'Atto Addizionale del 1834, con enfasi sui diritti individuali come fondamento del costituzionalismo moderno. L'obiettivo è identificare i presupposti teorici del processo costituente, mettendo in luce l'influenza del pensiero illuminista, penetrato in Brasile alla fine del XVIII secolo, nella trasformazione dei diritti naturali in diritti civili e politici, poi inseriti nella Costituzione del 1824. La ricerca utilizza fonti storiche eterogenee, tra cui periodici dell'epoca (a partire dal 1821), il testo costituzionale del 1824, gli atti dell'Assemblea Costituente del 1823, alcune opere giuridiche coeve e leggi sparse, permettendo l'analisi del diritto in una prospettiva *de iure constituendo*. L'analisi è divisa in due fasi: periodo pre-costituzionale (1821–1822) e costituzionale (1823–1834). I risultati indicano la nascita di una cultura costituzionale e di un nuovo linguaggio dei diritti. Nonostante la presenza di istituti dell'*ancien régime* nella Costituzione del 1824, la sezione relativa ai diritti civili e politici presenta un'impronta liberale. L'uso diffuso e moderno dei concetti di "diritto" e "diritti" è riscontrabile soprattutto durante i lavori dell'Assemblea del 1823. Tuttavia, la questione dell'abolizione della schiavitù non è stata affrontata come progetto politico o giuridico. Le teorie di Benjamin Constant e le critiche di Edmund Burke agli eccessi della Rivoluzione francese hanno influenzato la costruzione di un pensiero costituzionale moderato in Brasile, fondato sul principio monarchico e vicino al costituzionalismo restaurazionista francese. Si conclude che donne, schiavi e popolazioni indigene, pur esclusi dalla Costituzione giuridica, facevano parte della costituzione sociale, in posizione subordinata. La normatività costituzionale ha avviato un processo irreversibile di apertura del campo giuridico a nuove esperienze, che influenzeranno trasformazioni sociali e giuridiche nelle decadi successive.

Parole chiave: Storia costituzionale; Costituzione del 1824; pensiero giuridico-costituzionale brasiliano; diritti individuali; traduzioni culturali; fondamenti teorici; modello Statalista- storicista; statuti personali di esclusione.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	16
2	DOS DIREITOS NATURAIS AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS.....	22
2.1	A RUPTURA ILUMINISTA COMO LUGAR DE PARTIDA.....	23
2.2	O ILUMINISMO BRASILEIRO E A NOVA LINGUAGEM DE DIREITOS.....	29
2.2.1	O Conciliador do Reino Unido.....	38
2.2.2	O Revérbero Constitucional Fluminense.....	41
2.3	A CONSTITUIÇÃO MODERNA COMO CENTRO DA ENGRENAGEM POLÍTICA E JURÍDICA.....	47
3	SISTEMAS DE PENSAMENTO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS.....	51
3.1	O HISTORICISMO INGLÊS.....	55
3.2	O INDIVIDUALISMO ESTATALISTA DA REVOLUÇÃO FRANCESA.....	59
3.3	O ESTATALISMO LIBERAL DO SÉCULO XIX.....	64
4	PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: OS DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1824.....	70
4.1	A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1823.....	79
4.2	OS PERIÓDICOS DO PERÍODO IMPERIAL (1823-1830).....	98
4.3	A NASCENTE DOUTRINA CONSTITUCIONALISTA (1824-1834).....	108
4.4	O MODELO BRASILEIRO DE FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS.....	115
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
6	REFERÊNCIAS.....	132

1 INTRODUÇÃO

O Direito que se manifesta na sociedade encontra seu manancial numa camada mais profunda identificada com valores, crenças e raízes históricas, de onde também se extraem os substratos das “mentalidades jurídicas circulantes”¹. Ao mesmo tempo, ao regular as relações sociais, dando-lhes significação jurídica, o Direito exerce uma contribuição determinante à construção de novas realidades. Ordenando o Estado e conformando as relações sociais, o Direito introduz valores que, aos poucos, se assentam no substrato social e passam a compor um novo concerto de elos a conectar os indivíduos e as suas relações.

Nesta pesquisa, a gênese do constitucionalismo brasileiro, no primeiro quartel do século XIX, é vislumbrada sob esse duplo aspecto. O constitucionalismo foi edificado sobre um contexto de raízes profundas, tradições e estruturas sociais², solidificadas ao longo de trezentos anos de colonização, que se agregaram a contingências históricas específicas e inéditos vetores de culturas iluminísticas europeias, entrelaçando-se reciprocamente e resultando novas conceitualidades, num especial momento em que o país, recém-independente, deveria firmar-se como Estado e construir o seu próprio Direito, lançando-se na senda da modernidade. Em contrapartida, como principal produto do constitucionalismo, a Constituição outorgada em 1824, dotada de densa espessura jurídica, foi tendencialmente capaz de construir novas realidades, instituindo e organizando o poder político, inserindo novos elementos normativos na sociedade e fundando as bases do Direito. Além disso, introduziu novos termos e conceitos que aos poucos se consolidaram no léxico de uso corrente, e preencheu antigos conceitos com novo conteúdo semântico, engendrando, enfim, uma nova linguagem, que tomou os veículos de comunicação escrita, os debates políticos oficiais e as discussões das elites e de certos setores populares.

No que concerne à ciência jurídica, observado que as primeiras faculdades de Direito brasileiras foram criadas somente em 1827³, naquele início o Brasil era um

1 GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 7.

2 FONSECA, Ricardo Marcelo. La cultura jurídica brasilera del siglo XIX entre hibridismos y tensiones en la tutela de los derechos: algunas hipótesis de trabajo “in” *Forum Historiae Iuris- Erste europäische Internetezeitschrift für Rechtsgeschichte*, v. 1, p. 1-15, 2014.

3 A Lei de 11 de Agosto de 1827 criou dois Cursos de “ciencias Juridicas e Sociaes”, um na cidade de São Paulo e outro na cidade de Olinda.

tanto “carente de instrumentos de circulação cultural” e “rarefeito de pensamento jurídico”⁴.

Quando da entrada em vigor da Constituição, praticamente a totalidade dos juristas brasileiros haviam-se graduado em Coimbra, ambiente universitário de onde extraíam os fundamentos doutrinários e científicos das poucas obras que foram escritas no período. Mas nos anos subsequentes, as primeiras publicações sobre a Constituição Imperial evidenciam o início de um tratadismo que se desenvolveria pouco a pouco, dando ensejo, nas próximas décadas, já fora do recorte temporal proposto, à elaboração de uma ciência jurídica do direito constitucional.

Esclarecido seu contexto, esta pesquisa tem por objeto a dimensão ocupada pela categoria *direitos do homem*, essencial ao constitucionalismo moderno, na formação do pensamento jurídico constitucional brasileiro, levando em conta que já no início da década de 20 a inédita linguagem de direitos passava a transitar em veículos distintos, como a imprensa, os *loci* oficiais de poder e as iniciantes obras jurídicas. Assim, no recorte temporal fixado entre os anos de 1821 e 1834, coincidentes, respectivamente, com o início do processo de constitucionalização e com a edição do Ato Adicional que alterou o texto constitucional, selecionaram-se as fontes históricas num amplo cenário, iniciado no ambiente pré-constitucional dos debates *de iure constituendo*. Os Anais da Assembleia Nacional Constituinte e Legislativa (1823), alguns periódicos da imprensa e obras jurídicas que começaram timidamente a ser publicadas também integraram o manancial de fontes históricas selecionadas.

Concebendo o discurso jurídico “como algo que possui uma estrutura histórica relativamente autônoma face às intenções dos sujeitos, e que é capaz de criar conceitos, modelos e mesmo instituições”⁵, na leitura e interpretação das fontes atentou-se para a identificação da temática e conteúdo do discurso, mas não necessariamente para a identificação e designação da autoria⁶ salvo no caso das obras jurídicas, nem para as inclinações de ordem política dos sujeitos.

4 FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023, p. 1057.

5 FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 84.

6 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013. pp. 121-122.

No cenário que desabrochava, disputas políticas e ideológicas constituíam-se em torno das novas questões nacionais, dividindo a população, principalmente as elites, entre monarquistas, republicanos e democratas, constitucionalistas e anticonstitucionalistas, abolicionistas e antiabolicionistas. Por isso, no intuito de compor uma amostra representativa da diversidade existente, na seleção dos periódicos da imprensa observaram-se as inclinações de ordem política e ideológica por detrás da produção discursiva, mas a análise não se fixou nelas. O objetivo foi justamente localizar nos discursos uma camada de tonalidade jurídica presente em qualquer que fosse a inclinação política, possibilitando enfatizar que o Direito efetivamente agia no eixo de sua própria autonomia, embora naturalmente mantenha “relações tensas com a política, o cotidiano e outras dimensões sociais”⁷. Dizendo de outro modo, o intuito foi localizar a camada de espessura jurídica que se manifestava indistintamente nos discursos das diferentes vertentes políticas que subjazem ao fenômeno jurídico, mas que sozinhos não o definem nem o encerram.

Separando-se as fontes em dois momentos, pré-constitucional ou iluminístico⁸ (capítulo 2) e constitucional (capítulo 4), o capítulo intermediário (capítulo 3), ali situado por razões cronológicas, teve como escopo a compreensão dos modelos teóricos de fundamentação dos direitos e liberdades dos países em que se deram as revoluções burguesas (Inglaterra, Estados Unidos e França), consoante proposta teórica esquematizada por Maurizio Fioravanti⁹. Esse embasamento teórico facilitou, no quarto capítulo, a investigação do pensamento constitucional brasileiro sob a chave analítica das traduções culturais e da transnacionalidade do conhecimento normativo¹⁰ a partir dos modelos propostos por Fioravanti.

7 DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel. Disputas no direito, tensões na história: ordens normativas e formação multissituada do direito. *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, 2021, p. 11.

8 A partir de sua noção polissêmica, apontada por Arno Wehling, o “Iluminismo” foi observado no Brasil da virada do século a partir de seus traços peculiares, relativamente ao fenômeno manifestado na Europa, e de sua ambientação histórica. (WEHLING, Arno. *Do Antigo Regime ao Constitucionalismo. A Casa de Suplicação do Brasil, 1808-1829/1833*. Rio de Janeiro: Processo, 2024, pp. 35-36.)

9 Nesta pesquisa, o acesso à obra *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne. Le Libertà Fondamentali*, na qual Maurizio Fioravanti descreve os modelos de proteção de direitos do período moderno, foi realizado a partir da edição em língua espanhola: FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016.

10 DUVE, Thomas. European Legal History: Concepts, Methods, Challenges. *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*. Frankfurt: Max Planck Institute For European Legal History, pp. 29-66, 2014.

No processo de compreensão das traduções culturais, vislumbrou-se que o exame do conteúdo semântico de algumas categorias de termos-conceitos diretamente relacionadas ao constitucionalismo, poderia ser útil. Assim, a investigação do significado, em seu uso concreto nas fontes históricas, do termo *direito* e sua variação *direitos* foi realizada como guia para o desenvolvimento da análise sobre o sistema de pensamento constitucional que germinava no Brasil.

Mas como não é possível falar de direitos no Brasil do século XIX sem mencionar os estatutos pessoais de exclusão, aspectos como a adesão a um sistema de direitos e liberdades atrelado ao programa escravista e patriarcal de produção de riquezas e de organização da sociedade integraram a abordagem analítica. Afinal, o programa de escravização de africanos, o voto censitário e a exclusão das mulheres da vida política e social fizeram parte do ordenamento constitucional de 1824, sendo esses dois últimos condicionantes genericamente prevalentes mesmo no cenário europeu. Em verdade, a compreensão da cultura jurídica no Brasil do século XIX pressupõe a consideração de “contornos de difícil definição” como componentes essenciais de uma realidade histórica ambígua. O processo de formação de um pensamento jurídico brasileiro foi permeado de tensões e contradições entre o velho e o novo; o liberal e o conservador; o secular e o religioso; as tradições religiosas e o direito moderno; as continuidades e as rupturas, entre outras incompatibilidades¹¹.

Se por um lado a sociedade permanecia fiel à doutrina católica e às estruturas coloniais, por outro se abria para a recepção “das luzes” provenientes da Europa, especialmente da França e da Inglaterra. Por isso, noções espontâneas do léxico jurídico, brotadas do âmago das vivências sociais e manifestadas em contextos e locais diversos, podem constituir-se importantes indicadores na reconstrução do passado histórico. Palavras que correspondem a categorias jurídicas essenciais do direito moderno têm sua carga semântica, nesse caso, medida pelo uso comum daqueles sujeitos que “se compreendem e se expressam sem necessidade de conhecimentos específicos”¹², como é o caso das fontes históricas veiculadas nos periódicos de circulação pública.

11 FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, pp. 257-293, 2008.

12 CLAVERO, Bartolomé. *Instituição Histórica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 12-13.

Percebendo que justamente neste ponto as coisas se interconectam, já que, segundo Clavero¹³, “conhecemos o direito antes de começar a aprendê-lo, porque vivemos em uma cultura que o alimenta, como liberdade, e o transmite como ordenamento”, podemos compreender a relevância dos influxos iluminísticos recebidos desde o final dos setecentos, oportunizando que noções espontâneas de termos da modernidade jurídica fossem absorvidas, difundindo-se e preparando o campo para o movimento constitucional. Por essa razão é que o segundo capítulo aborda uma fase pré-constitucional, com enfoque na recepção de influências que provocaram transformações nas mentalidades.

No capítulo 4, a análise das fontes históricas selecionadas evidenciou o germinar do pensamento constitucional brasileiro, cravado sobre categorias essenciais do constitucionalismo moderno, como divisão de poderes do Estado, direitos individuais e representatividade política, já na primeira década pós 1824. Sob a ótica do conhecimento normativo transnacional, tomada a Europa como referente cultural,¹⁴ as traduções culturais realizadas por uma elite de pensadores brasileiros atentos às novidades jurídicas e filosóficas da modernidade, mas também aos equívocos do radicalismo revolucionário, foram capazes de gerar um “conhecimento localizado” constitucional, para utilizar a expressão de Thomas Duve, apto a engendrar uma discursividade jurídica própria, que se distanciou do contratualismo individualista, para se situar numa espécie de modelo estatalista liberal de traços historicistas. Nascido sob contornos moderados e apresentando em seu bojo antagonismos aparentemente inconciliáveis, o constitucionalismo brasileiro expressou sua potencialidade para alterar, aos poucos, os rumos da realidade, abrindo-se para novos movimentos que se consolidariam principalmente a partir da segunda metade dos oitocentos.

Como questões fundamentais para a compreensão da posição ocupada pela Constituição na estrutura das fontes do Direito, com as devidas cautelas no sentido de evitarem-se anacronismos, abordaram-se aspectos como a supremacia constitucional e a força normativa dos dispositivos constitucionais sobre direitos, colhendo-se, nesse ponto, resultados interessantes sobre a existência de uma clara noção de primazia constitucional, sem que isso implicasse necessariamente a

13 CLAVERO, Bartolomé. *Instituição Histórica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 18.

14 DUVE, Thomas. *European Legal History: Concepts, Methods, Challenges. Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*. Frankfurt: Max Planck Institute For European Legal History, 2014, p. 37.

aplicação do direito e a elaboração da legislação ordinária de modo “constitucionalizado”. Em verdade a trama legislativa multiforme tecida em trezentos anos de colonização, que permaneceu, em parte, em vigor após 1824, evidenciava a dificuldade de se construir um Direito de razão moderna e legalista sobre um arcabouço legislativo arcaico. Mas esse processo foi deflagrado em 1824 e, aos poucos, foi sendo produzida legislação ordinária com tendência à progressiva conformação constitucional, notadamente na matéria dos direitos e liberdades, demonstrando que os dispositivos constitucionais eram dotados de força normativa.

2 DOS DIREITOS NATURAIS AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

A genealogia histórica do direito moderno, tal como o percebemos hoje, pressupõe a passagem por um itinerário longo e não linear no qual uma ordem civil monista emanada de um novo sujeito político, o Estado de base territorial, vai, aos poucos, ganhando corpo e afastando-se dos alicerces tradicionais da ordem jurídica medieval, canônicos e romanísticos, que informavam o *ius commune* europeu, como dos demais múltiplos ordenamentos concorrentes e espontâneos dos *iura propria* locais, para, ao final, emancipar-se deles e suplantá-los na regulação das relações jurídicas¹⁵.

A cultura jurídica tradicional pressupunha que a ordenação de todos os aspectos do mundo e, portanto, também a ordenação da sociedade humana, provinha de um Deus cristão transcendente, que determinava harmonicamente a natureza das coisas. Por intermédio de uma elaboração intelectual, que envolvia não apenas a razão mas também virtudes morais, o homem poderia observar e compreender a ordenação divina do mundo. No campo jurídico, o direito natural clássico e escolástico estava associado ao *ius commune*, o direito letrado e científico que se desenvolvia na Europa como linguagem comum dos juristas. De ordem deliberativa, argumentativa e casuística, a ciência jurídica vinculava-se a uma razão prática e a uma ética das virtudes aristotélica-tomista¹⁶.

No início da primeira modernidade, a partir do século XVI, o direito natural clássico inicia seu processo de metamorfose baseado na valorização do sujeito individual, inaugurando o jusnaturalismo moderno, que nos próximos séculos

15 Paolo Grossi frisa que “o direito comum se compõe e se combina sempre em dois momentos inseparáveis: o momento de validade, representado pelo *Corpus iuris civilis* e pelo *Corpus iuris canonici*, e o momento de efetividade, representado pela construção doutrinal (e só secundariamente judiciária e notarial)” e que na sua maturidade completa o direito medieval compunha-se “de múltiplos ordenamentos concorrentes que não requerem legitimação externa, mas que substancialmente se autolegitimam enquanto expressões espontâneas das mais variadas dimensões do social; dimensões que podem ser a comunidade humana universal produtora, por inspiração divina, de regras racionais interpretadas pelas *leges* e pela ciência, as comunidades territoriais particulares produtoras de normas locais, os sujeitos do universo feudal, a classe dos mercadores, um *étnos* particular que pretende reafirmar em nível jurídico a própria originalidade, e assim por diante. Isso tudo é direito. Não existem juridicidades de grau superior e inferior; não existe um ordenamento mais válido: o direito universal, o direito experimentado nos séculos, o direito científico, pode ceder diante da pequena manifestação local. Não é uma hierarquia das fontes, mas um jogo de relações entre ordenamentos que, convivendo e covigendo, comprimem-se na relatividade da vida jurídica” (GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 278-286).

16 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 93.

passará por novos avanços: a razão prática será substituída pela razão estratégica, analítica e instrumental e o método casuístico argumentativo pela subsunção a preceitos abstratos. Esse longo processo chega ao século XVIII dando forma a um movimento transformador e disruptivo a que se chama Iluminismo.

Este capítulo aborda o movimento Iluminista como essencial ao desenvolvimento de uma estrutura de valores que seria a base do constitucionalismo moderno, enfatizando como esse movimento se comportou ao chegar no Brasil colonial do final dos setecentos.

2.1 A RUPTURA ILUMINISTA COMO LUGAR DE PARTIDA

A partir do século XVII a revolução no campo científico determinava a importação da lógica das ciências exatas para o pensamento filosófico, influenciando sobremaneira o processo de gestação de uma cultura jurídica moderna. O novo modelo da razão ocidental, que começava a ser construído, formaria as bases da modernidade jurídica.¹⁷

A razão como substrato de todos os fenômenos do mundo, como também da própria natureza humana, conduziu a uma aceção diferenciada da divindade, já que também Deus estaria sujeito às leis científicas e sua vontade não as poderia alterar. Essa nova relação entre Criatura e Criador tratava de firmar a humanidade como valor em si mesmo. O valor humano passava a ser visto como uma imanência natural, da qual decorriam direitos naturais permanentes, inalteráveis e universais, de titularidade de um sujeito pensante.

O antigo humanismo do século XV cedeu lugar a um humanismo Iluminista, desencadeando a noção de que não bastava vislumbrar a existência de direitos essenciais à natureza do homem, mas sobretudo a possibilidade de seu exercício. A teorização do moderno direito natural veio, nos seiscentos e setecentos, de pensadores como Grotius, Pufendorf e Burlamaqui, precursores de Rousseau,

17 Em Rousseau, “a natureza comanda todo animal, e o animal obedece. O homem experimenta a mesma sensação, mas se reconhece livre de aquiescer ou de resistir, e é sobretudo na consciência dessa liberdade que se mostra a espiritualidade da sua alma, porque a física explica de certo modo o mecanismo dos sentidos e a formação das ideias; mas no poder de querer, ou antes, de escolher e na sensação desse poder só encontramos atos puramente espirituais, nada dos quais se explica pelas leis da mecânica. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Penguin Classics, 2017, p. 46).

fundadores da corrente universalista do pensamento dos direitos¹⁸, pela qual o jusnaturalismo tradicional recebe uma roupagem racional, emancipada da fundamentação religiosa¹⁹.

No ambiente Iluminista ocidental nasce a noção moderna de liberdade, intimista e ao mesmo tempo pública, como confluência de seus sentidos negativo e positivo. No sentido negativo trata-se das liberdades públicas que se identificam com o não impedimento, já o sentido positivo corresponde ao lado íntimo, da autonomia, da capacidade de dar-se as normas de seu comportamento que, em termos políticos, é a liberdade de autogovernar-se, a liberdade do contrato social²⁰.

A partir da noção de liberdade subjetiva básica concebe-se também a importante noção de direito subjetivo, vinculado aos *iura innata* ou, na tradição britânica, à noção de *rights*, envolvendo uma profunda ressignificação do fenômeno jurídico que passa a se identificar com os direitos subjetivos: agora o direito são os direitos. Inaugura-se, assim, com o jusnaturalismo continental e o constitucionalismo inglês, o processo de gestação do projeto político e jurídico moderno jusracionalista, que servirá à defesa da propriedade e do livre mercado.

A crença no valor absoluto do homem alterou a experiência histórica, deflagrando a compreensão de que a liberdade é um bem inalienável e que a igualdade natural de todos os homens, primeira base de todos os direitos, é o fundamento da verdade moral. Os protagonistas dessa transformação foram cientistas e intelectuais, nova e potente elite que estava transformando a história da Europa moderna. “Na linguagem iluminística dos direitos naturais a palavra homem e a palavra direitos se tornavam nesse sentido intercambiáveis, sem mediações de caráter religioso. Uma coisa caracterizava a outra e vice-versa”.²¹

As declarações escritas de direitos do final dos setecentos, assim como o movimento constitucionalista moderno, cravam suas origens em raízes muito profundas, formadas no âmago de uma movimentação histórica alongada, iniciada ao menos dois séculos antes, que teve seu cume no Iluminismo. Como movimento

18 HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 87. Para uma visão geral dos pensadores jusnaturalistas do século XVI ao início do século XVIII, ver RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013, pp. 238-242.

19 HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 311.

20 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 113.

21 FERRONE, Vincenzo. *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*. Bari: Laterza e Figli, 2014, p. 393.

de ruptura cultural, o Iluminismo representou efetivamente o momento decisivo de nascimento da moderna linguagem de direitos do homem, que se fez acompanhar de um domínio crescente das humanidades e uma predicação pujante de racionalismo²².

No âmbito político, as revoluções burguesas do final do setecentos foram responsáveis pela materialização desse ideário, resultando a alteração radical das estruturas de organização dos Estados, repercutindo fortemente e espalhando-se para outras regiões e continentes, onde foram adaptados a diferentes contextos histórico-culturais.

A robusta linguagem política decorrente confrontava as tradições do Antigo Regime, ainda marcadas pelo pluralismo jurídico, e engendrava a emancipação do homem em face à religião, aos costumes, ao ordenamento estamental e ao Estado. À medida que a moderna sociedade civil estava sendo construída, a cultura dos direitos estabelecia as bases para o projeto individualista burguês, criando mecanismos de contenção tirânica a partir de “uma versão racionalista do homem e de sua liberdade”²³.

Não fossem as revoluções burguesas é provável que as consequências políticas do movimento filosófico demorassem muito mais tempo a acontecer. Sem as revoluções burguesas não teria nascido, naquele momento histórico, o Direito moderno de base monista, legitimado pela crença num contrato social que criava uma nova fórmula política. Para Rousseau, essa fórmula nasceu quando os homens se uniram em contrato social, calculando racionalmente os benefícios da associação para instituir um corpo coletivo, capaz de outorgar um poder de representação a um ente político com autoridade para fazer as leis que garantiriam a convivência e os direitos de todos os associados²⁴. Essa formulação política somente foi possível pela conjugação de razão e vontade, atributos essenciais do indivíduo, que determinaram a liberdade, como terceiro atributo ligado à razão.

A liberdade construída nesse processo histórico, caracterizada pela finitude e pelo reconhecimento do outro como igual sujeito de direitos, conduz a

22 FERRONE, Vincenzo. *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*. Bari: Laterza e Figli, 2014.

23 HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 315.

24 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Edipro, 2015.

modernidade a seus compromissos políticos e jurídicos, permeados pelas pautas individualistas, racionais e constitucionais, com as quais adentra o século XIX.

Nesse lento e sinuoso processo histórico ia ganhando corpo a ideia de que não bastava o reconhecimento da existência de direitos naturais, mas sobretudo garantir seu exercício. No projeto de transformação da sociedade da tradição, a lei surgia como instrumento de garantia dos direitos decorrentes da natureza humana. Assim, como característica do pensamento jurídico ocidental, a lei fixou-se como fonte de direito e de legitimidade jurídico-política, introduzindo definitivamente o fenômeno jurídico na revolução. Nas palavras precisas de Bartolomé Clavero:

A perspectiva da revolução introduziu-se no mundo do direito, e se mantém viva através da posição institucionalmente inquestionável da lei. A própria legislação é o veículo de revolução²⁵.

O fundamento de validade do direito distancia-se definitivamente dos alicerces religiosos do direito tradicional para firmar-se sobre a lei, fonte principal do direito a partir do século XIX, em prol da construção de um direito condizente com o novo ambiente filosófico e as mais recentes necessidades socioeconômicas. Na França, as bases da Revolução Francesa foram edificadas em ambiente anticlerical e hostil ao catolicismo. Os revolucionários não se colocaram somente contra o sistema de leis civis da tradição, mas também contra as leis religiosas, que, mais que as leis civis, estavam “especialmente incumbidas” de submetê-los à “vigilância dos trâmites dos pensamentos e à censura dos escritos”. A “irreligiosidade” soma-se ao extremo radicalismo político para forjar um ambiente desprovido de qualquer base sólida a que a sociedade francesa se pudesse apegar, levando a “audácia até a loucura.”²⁶

Mas em relação ao papel do elemento católico nesse ambiente de transformações, há algumas variações entre as nações. Em que pese a adoção da

25 CLAVERO, Bartolomé. *Instituição Histórica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 129.

26 TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Edipro, 2017, p. 159-161. Lynch observa que na revolução francesa “os moderados foram derrotados. Os radicais acreditavam que o modelo da constituição mista era incompatível com a soberania popular, indivisível e absoluta, e por isso condenaram todas as propostas que contemplassem separação de poderes equipotentes e equilibrados. Eles se apropriaram conscientemente de categorias centrais do ‘momento monárquico’, como *soberania absoluta e razão ou golpe de estado*, a fim de revertê-las em proveito do novo *príncipe* da era igualitária: o povo. Entre moderação e radicalismo, a Assembleia preferiu o último com todos os seus conseqüências: vontade política ao invés da razão social; unidade ao invés da diferença; virtude cívica ao invés do comércio; soberania absoluta ao invés de governo limitado pelos direitos do homem.” (LYNCH, Christian. *Fundações do Pensamento Político Brasileiro: a construção intelectual do Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2024, p. 189.)

lei como instrumento formal de normatividade e principal fonte de direito, em algumas regiões a religião católica permaneceu como importante elemento de validação política e contenção social, a exemplo de Portugal e da Península Itálica.

O Iluminismo português “não era revolucionário, nem anti-histórico, nem irreligioso, como o francês”. No reformismo progressista da nova ordem lusitana, autores críticos do absolutismo, como Montesquieu, Rousseau e Voltaire, continuavam proibidos, a fim de evitar “por em perigo a autoridade em geral e a autoridade real em particular”²⁷. Em Portugal o reformismo pombalino do último quartel do século XVIII foi capaz de produzir um distanciamento do Direito em relação à tradição do *ius commune*. A Lei da Boa Razão (1769) foi uma estratégia de modernização jurídica, fixava diretrizes hermenêuticas de valorização da lei em face do costume, da jurisprudência e da doutrina, afastando a vigência do direito canônico nos tribunais civis e limitando a aplicação do direito romano a situações específicas²⁸. Apesar da manutenção de elementos da tradição, o passo inicial de Portugal em direção ao primado da lei preparou o espaço necessário à prevalência de uma nova razão, a razão dos Estados modernos iluminados, abrindo um “pórtico augusto à doutrina do direito natural racional (jus-racionalismo)” e àquilo que se chamaria de Direito público universal²⁹.

Naquela época pombalina o jurista português Tomás Antônio Gonzaga, formado em Coimbra no ano de 1767, escreveu o *Tratado de Direito Natural*, obra dedicada pelo autor ao próprio Marquês de Pombal. Trata-se da primeira obra em língua portuguesa sobre direito natural em que, dialogando com pensadores que inauguraram o direito natural moderno, mas também distanciando-se deles, parte de um princípio teológico para construir o próprio conceito de direito natural, sob a premissa de que as teorias modernas tinham-se afastado demasiadamente do catolicismo.³⁰

27 CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem. Teatro de Sombras*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 67.

28 “A Lei também enfraquecia fortemente a relevância das fontes doutrinárias tradicionais, não apenas ao afastar a vigência autônoma do direito canônico nos tribunais civis (§12), ao reafirmar que o direito romano apenas vigoraria, na falta de lei do reino, nos seus termos textuais (§10) e apenas quando fosse compatível com os costumes do século (§ 9), mas também ao negar valor vinculativo à tradição romanística (§10- nomeadamente às Glosas de Acúrsio e aos Comentários de Bártolo (§13), obras que, direta ou indiretamente, tinham condicionado toda a doutrina anterior.” HESPANHA, Antonio Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 38.

29 HESPANHA, Antonio Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 39.

30 GRINBERG, Keila. *Interpretação e Direito Natural: Análise do Tratado de Direito Natural de Tomás Antônio Gonzaga*. Revista de História Regional, v. 2, n. 1, 2007.

O Iluminismo lusitano era uma espécie de “Iluminismo católico”³¹, regrado por uma forte influência religiosa, utilizada como freio moral, até porque na Península Ibérica as reformas estatais deram-se a partir das elites políticas e não tanto pela via cultural ou popular. Canalizava-se, portanto, em proveito de maior eficiência administrativa, econômica e para melhor controle social.

Também no Brasil do final do século XVIII e início do século XIX, diferentes influências iluminísticas europeias chegavam e eram absorvidas pelas elites intelectuais. No Brasil de Vila Rica, Tomás Antonio Gonzaga³² foi acusado de participar de atos de insurgência política na “Inconfidência Mineira” (1789), movimento que, somado a outras evidências sociais e políticas, bem representa a complexidade de uma sociedade colonial e tradicionalista que se colocava em contato com ideais modernos europeus, no contexto de seus próprios antagonismos.

Nos aspectos culturais, urbanísticos, nos modos, nos hábitos, na linguagem e nas vestimentas, os costumes europeus eram bem-vistos por uma elite que buscava se diferenciar do povo, referenciando-se no elemento cultural europeu. A instalação da família Real no Rio de Janeiro (1808) foi evento catalisador dessas transformações, malgrado a continuidade das tradições coloniais, num sistema que se transformava e se constituía abaixo de ambiguidades, como se verá mais detalhadamente no próximo tópico. Como descreve Gilberto Freyre, “sem perturbar-se na sua rotina agrícola e em seus valores essenciais”, no Brasil da virada do século podiam ser vistos elementos de modernidade, na arquitetura e na movimentação urbana, na cultura, nas artes e no comércio³³:

Sobrados de quatro andares. Palácio de rei. Pontes. Canais. Jardim Botânico. Jardim zoológico. Observatório. Igrejas da religião de Calvino. Sinagoga. Muito judeu. Estrangeiros das procedências mais diversas. Prostitutas. Lojas, armazéns, oficinas. Indústrias urbanas. Todas as condições para uma urbanização intensamente vertical.

Fora esta a primeira grande aventura de liberdade, o primeiro grande contato com o mundo, com a Europa nova- burguesa e industrial- que tivera a colônia portuguesa da América, até então conservada em virgindade quase absoluta (...).

Mas de nenhum modo ferida ou mesmo afetada nos seus motivos mais profundos de vida nem nos seus valores essenciais, de modo nenhum perturbada na sua rotina agrícola nem na essência de sua uniformidade de fé católica e de moral peninsular.

31 WEHLING, Arno. *Do Antigo Regime ao Constitucionalismo. A Casa de Suplicação do Brasil, 1808-1829/1833*. Rio de Janeiro: Processo, 2024, p. 38.

32 Autor também da obra lírica do Arcadismo *Marília de Dirceu*, anunciadora de um certo pré-romantismo literário bastante afinado com o realce dos aspectos humanos do indivíduo.

33 FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. São Paulo: Global Editora, 2004, p. 107.

2.2 O ILUMINISMO BRASILEIRO E A NOVA LINGUAGEM DE DIREITOS

Consideradas as variadas formas e diferentes espaços de manifestação de um fenômeno vasto e complexo de transformação cultural, o lexema “Iluminismo” é dotado de caráter profundamente “polissêmico”, pois designa um acontecimento que não se deixa “analisar por meio de coordenadas retilíneas e marcos teleológicos, antes se manifesta por volteios, contradições e compromissos”.³⁴ Como um significante que adquiriu universalidade, o termo possui o potencial de abrigar diferentes possibilidades semânticas, concentrando em seu eixo significados ligados a variadas trajetórias locais. Já que a própria dinâmica da modernidade tem um espaço de experiência sempre em movimento³⁵, conteúdos diversos estão integrados aos termos-conceito que se identificam com esse tempo histórico. Portanto, falar de Iluminismo no Brasil não pressupõe, necessariamente, a totalidade dos elementos e manifestações que compõem o conteúdo do termo nascido no ambiente europeu. O que se destaca é que, malgrado sua situação colonial e seu contexto específico, o Brasil não foi indiferente ao movimento cultural Iluminista, que aqui se expressou de modo evidentemente singular.

A intensificação do trânsito de pessoas e de informações entre os continentes levou o Brasil a, de alguma forma, abrir-se para o novo, ampliando a complexidade de suas relações sociais. Instalada a Coroa no Rio de Janeiro, as inovações foram aceleradas pelo propósito de modernização administrativa³⁶, cultural³⁷, econômica³⁸ e jurídica³⁹. Na seara econômica, a criação do Banco do Brasil⁴⁰ e a autorização de abertura de manufaturas de todos os tamanhos e de

34 WEHLING, Arno. *Do Antigo Regime ao Constitucionalismo. A Casa de Suplicação do Brasil, 1808-1829/1833*. Rio de Janeiro: Processo, 2024, pp. 35-36.

35 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006, p. 80.

36 “(...) a estratégia do governo no Brasil, após 1808, consistirá em replicar no país toda a estrutura de administração central que vigorava no Reino. Assim se instituem, já em 1808, o Gabinete Ministerial, o Conselho de Estado, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, a Mesa de Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, a Casa de Suplicação, o Erário Público, a Junta de Comércio e a Intendência Geral de Polícia, com as mesmas competências atribuídas à Intendência portuguesa. (GUANDALINI, Walter. *História do Direito Administrativo Brasileiro: formação -1821-1895*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 135.)

37 D. João recriou no Rio a Intendência Geral de Polícia, pretendendo disciplinar as camadas populares, apressar a mudança dos costumes, tornando-os próximos dos europeus, aprimorar as condições de limpeza, higiene e segurança da capital. (LYNCH, Christian. Absolutismo Político e Liberalismo Econômico: O Reformismo Ilustrado de José da Silva Lisboa (1800-1821). *Revista IHGB*. Rio de Janeiro, a.181 (483), pp. 47-74, maio/agosto, 2020, p. 55-56.)

quaisquer gêneros, com a expressa revogação da proibição que vigia desde 1785⁴¹, dava à população, rica ou pobre, novas possibilidades de trabalho lícito, abrindo espaço para o nascimento de diferentes hierarquizações sociais para além daquelas rigidamente estabelecidas no tradicional sistema da lavoura. Nas palavras de Gilberto Freyre, nascia uma classe ansiosa por domínio: os “burgueses e negociantes ricos querendo quebrar o exclusivismo das famílias privilegiadas de donos simplesmente de terras, no domínio sobre as câmaras ou os senados”⁴². Esse quadro conflituoso entre as elites locais contribuía para a formação de uma consciência mais fortalecida sobre o exercício das faculdades humanas e das liberdades públicas, pois a complexa disputa por supremacia política poderia encontrar fundamento nos ideais de liberdade e igualdade.

O país tornava-se permeável às novidades da ilustração europeia, o que incluía os preceitos acerca dos direitos do homem, agora vistos sob a via da razão. Em que pese as disputas políticas e as dissidências internas acerca do significado desses preceitos, em vias mais liberais ou mais conservadoras, os ideais de igualdade e liberdade se disseminaram, clandestinamente, por intermédio de textos filosóficos em línguas estrangeiras, principalmente inglesa e francesa, que eram traduzidos por intelectuais e acessados também por pessoas do povo. Sob censura Real, a circulação de informações era monitorada pela Metrópole, que recomendava ao governo da colônia vigilância aos navios franceses que chegavam ao Brasil objetivando “comunicar-se com conspiradores” e “disseminar entre nós o ‘espírito da liberdade que reinava na França’”⁴³.

Esse panorama de certo modo insurgente encontrava solo fértil na precariedade socioeconômica, no autoritarismo e na cobrança arbitrária de

38 A abertura dos portos fizera do Brasil território livre para toda a espécie de mercadorias fornecidas pela indústria e pela manufatura inglesa e francesa, além de commodities do mundo todo. Livre do monopólio dos portos lusitanos, o preço de todos os produtos brasileiros exportados duplicou e o dos importados caiu pela metade. (LYNCH, Christian. Absolutismo Político e Liberalismo Econômico: O Reformismo Ilustrado de José da Silva Lisboa (1800-1821). *Revista IHGB*. Rio de Janeiro, a.181 (483), pp. 47-74, maio/agosto, 2020, p. 57.)

39 Alvará do Príncipe D. João, de 10 de maio de 1808: Criação da Casa da Suplicação do Brasil. (BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 416).

40 Alvará do Príncipe D. João, de 12 de outubro de 1808. (BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002. pp. 425-431).

41 Alvará de 01º de abril de 1808. (BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 412). Sobre esse tema ver a obra de LISBOA, José da Silva. *Observações sobre a Franqueza da Indústria, e Estabelecimento de Fábricas no Brasil*, 1810.

42 FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. São Paulo: Global Editora, 2004, p. 111.

43 MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. 6ª ed. São Paulo: Anita Garibaldi, 2020, p. 124.

impostos, gerando insatisfações tanto nas elites quanto nas camadas populares. Ao final do século XVIII, as revoltas que eclodiram em diferentes regiões do país, com reivindicações um tanto distintas e particulares complexidades, tinham como ponto em comum o ideário consagrado nas revoluções burguesas. A Inconfidência Mineira (1789-1792), a Conjuração Baiana (1796-1799) e, já no século XIX, a Revolução Pernambucana (1817) materializaram ideias de cunho liberal que agitaram algumas regiões do país, sobretudo as classes intelectuais, pautadas por anseios políticos na linha da liberdade da nação e da igualdade dos indivíduos.

A Inconfidência Mineira, de caráter marcadamente politizado, teve como fonte a Revolução Americana, inspirando-se na independência das treze colônias e na declaração de direitos da Constituição dos Estados Unidos (1787). A consciência política de nacionalidade e independência florescia, ganhando adeptos em outras regiões do país e gerando reações nativistas que animavam aspirações de emancipação política. Em Vila Rica havia uma plêiade de intelectuais, que forjaram a ideia da independência e sustentaram anseios republicanos e federalistas, dentre os quais, além de Joaquim José da Silva Xavier, o já referido Tomás Antônio Gonzaga, o também poeta Cláudio Manoel da Costa e o cônego Luiz Vieira, “uma das mais altas expressões da cultura colonial daquele tempo”, em cuja biblioteca foram localizados livros de *Condillac*, *Voltaire*, *Montesquieu* e *Mably* todos considerados subversivos, esse último adepto de um republicanismo radical⁴⁴.

A Conjuração Baiana, de caráter mais social e racial, alimentou-se diretamente dos ideários da Revolução Francesa. O historiador Clóvis Moura afirma que os conspiradores baianos “mantinham ligações estreitas com a França, dali recebendo livros, folhetos e possivelmente apoio para o movimento”, por intermédio de Oficiais de navios franceses que aportavam no Brasil. Enfatiza que

(...) inúmeros ‘papeis libertinos’ chegavam para os conspiradores baianos como chegavam, também, para o Rio de Janeiro, onde, em 1794, o padre José de Oliveira dizia que ‘meio Rio de Janeiro estava perdido e libertino’. Os intelectuais que eram ligados às ideias liberais eram chamados franceses⁴⁵.

Os conjurados da Bahia eram abolicionistas e denunciavam discriminações de raça e classe, acreditando na igualdade de todos os homens. A incitação pública

44 Dentre as obras de l’Abbé de Mably, uma delas tratava do governo e das leis da primeira república democrática e liberal do mundo: *Observations sur le gouvernement et les loix des États-Unis d’Amérique* (OLIVEIRA, Almir de. *Gonzaga e a Inconfidência Mineira*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1948, p. 36).

45 MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. São Paulo: Anita Garibaldi, 2020, p. 124.

clandestina deu-se pela distribuição de panfletos manuscritos pregando liberdade, igualdade e fraternidade, e denunciando o abuso e a opressão da Coroa portuguesa. A participação de intelectuais, como Cipriano Barata, além de outros membros da sociedade literária que propagava os livros dos enciclopedistas franceses, demonstra o caráter heterogêneo da revolta, já que as classes populares acreditavam numa solução violenta, enquanto os intelectuais teorizavam “sobre um possível papel libertador dos franceses”, “vacilando à medida que os acontecimentos se precipitavam e tomavam caráter mais radical”⁴⁶.

Dentre os autores lidos pelos conjurados baianos⁴⁷, o texto de *Condorcet, Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1793) propunha “uma filosofia da história totalmente centrada no homem, nas suas conquistas intelectuais, científicas e materiais maturadas nos séculos”⁴⁸. Na obra de *Condorcet*, bem antes de as Constituições modernas se firmarem como onda mundial, já havia o pleno conhecimento da centralidade da nova linguagem dos direitos naturais trazida pelo iluminismo humanista⁴⁹, e a esse conteúdo revolucionário os intelectuais da Bahia insurgente já tinham acesso antes da virada do século. Sementes de liberalismo político estavam sendo plantadas em solo brasileiro e assinalavam a possibilidade de avizinhamo de novos tempos, em que pese as contradições inerentes a um sistema sócio-econômico escravista, patriarcal, latifundiário e monocultor.

Em 1817, padres, comerciantes, senhores de engenho e militares de alta patente, que constituíam um grupo de revolucionários pernambucanos embebidos desse novo ideário, tomaram o poder político, proclamando uma república que incluía as capitanias de Paraíba e Rio Grande do Norte, vendo-se vitoriosos pelo curto período de setenta e quatro dias. Na Revolução Pernambucana apareceu de modo claro a “consciência de direitos sociais e políticos”, mas a ideia de igualdade era ainda muito restrita, porque a questão da abolição da escravidão não foi levada à frente, apesar da participação de escravizados no movimento, ainda que em menor número que na Conjuração Baiana. Logo após a aparente vitória, o Governo

46 MOURA, Clóvis. *Rebeliões da senzala*. São Paulo: Anita Garibaldi, 2020, p. 123.

47 *Voltaire, Mably, Reynal, Condorcet, Adam Smith* (MOURA, Clóvis. *Rebeliões da senzala*. São Paulo: Anita Garibaldi, 2020, p. 124).

48 FERRONE, Vincenzo. *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*. Bari: Laterza e Figli, 2014.

49 FERRONE, Vincenzo. *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*. Bari: Laterza e Figli, 2014.

provisório viu por bem esclarecer desde logo que o direito de propriedade era inviolável e sagrado, e por tal razão “a emancipação indistinta dos homens de cor” não era seu propósito. “Para salvarem a pele, tentaram uma aliança com o latifúndio escravista (...) estendendo o direito de propriedade até a posse de outros seres”⁵⁰, mesmo sob a égide de princípios liberais. A incoerência do choque entre o sistema liberal que se pretendia implantar e as tradições do país já estava, de antemão, muito bem-posta, anunciando uma conflituosidade teórica imanente que se materializaria no processo de constitucionalização.

Por outro lado, por mais que as revoltas, em seus impulsos teóricos e em suas lutas reais, tenham sido reprimidas com rigor pelas forças imperiais, sua essência emancipatória permaneceu viva e continuou a ser disseminada, num processo sem volta, que agitaria o país nas próximas décadas do século XIX.

Quanto mais se tornava livre a imprensa, nascida oficialmente somente em 1808⁵¹, mais se disseminavam as ideias liberais. No início, a imprensa era controlada pela Coroa, permanecendo proibidas as tipografias particulares até 1821⁵², quando foi regulamentada no país a autorização decretada pelas Cortes de Lisboa⁵³. A partir disso, viu-se uma proliferação de periódicos de diversos matizes políticos, que representavam diferentes interesses e pontos de vista acerca do futuro político do país. Os mais conservadores, como o periódico “O Conciliador do Reino Unido”⁵⁴, repudiavam a emancipação da colônia, enquanto os mais liberais apresentavam alternativas constitucionais para o futuro, evidenciando, em sua maioria, a crença num formato de governo monárquico moderado.

50 MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. 6ª ed. São Paulo: Anita Garibaldi, 2020, p. 130.

51 Decreto do Príncipe D. João, de 13 de maio de 1808, criou a Imprensa Régia, “onde se imprimam exclusivamente toda a legislação e papeis diplomáticos, que emanarem de qualquer repartição do meu real serviço; e se possam imprimir todas, e quaisquer outras obras”. (BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 420).

52 Com intuito de driblar a censura e as proibições do governo, era comum a impressão de periódicos em língua portuguesa na Inglaterra, chegando clandestinamente ao Brasil. É o caso do *Correio Brasiliense*, redigido por Hipólito José da Costa entre 1808 e 1822.

53 O Decreto de 12 de julho de 1821 “desenvolve e determina os princípios que sobre a liberdade de imprensa se acham estabelecidos nos arts. 8º, 9º e 10 das Bases da Constituição”, regulamentando também direitos autorais e o abuso da liberdade de imprensa. O Decreto de 18 de junho de 1822 criava “Juizes de Fato” para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa; também determinava que “para que o Procurador da Corôa e Fazenda tenha conhecimento dos delitos da imprensa, serão todas as Typographias obrigadas a mandar um exemplar de todos os papeis, que se imprimirem”.

54 O “Conciliador do Reino Unido” estava entre os periódicos de José da Silva Lisboa, mais tarde Visconde de Cairú. Entre 1808 e 1821 somente impressos da Imprensa Régia podiam circular no país. José da Silva Lisboa fazia parte da junta que dirigia a editora da Coroa, desde sua instalação. No regime de controle e censura da expressão, cabia à junta se certificar de que nada atentando contra a religião, o governo português ou os bons costumes fosse impresso.

A partir daquele momento, no início da década de 20 dos oitocentos, as histórias da metrópole e da colônia estavam fadadas a se encontrar pelas derradeiras vezes, pois uma grave crise política que levaria a burguesia ilustrada portuense, com apoio militar, à Revolução do Porto (1820)⁵⁵, questionando as estruturas constitucionais estabilizadas, resultaria vários desdobramentos para ambas, como a reunião das Cortes de Lisboa para a elaboração da Constituição portuguesa; a sublevação militar na Bahia em apoio aos revolucionários portugueses; a insurgência no Largo do Rossio-RJ; o retorno de D. João a Portugal e a permanência de D. Pedro como príncipe regente, gerando, ao final, a adesão provincial às Cortes e a recepção de estímulos liberais que foram decisivos ao desencadeamento de um processo de constitucionalização próprio e à emancipação política.

Considerando a relação colonial, a mediação lusitana na recepção de influxos liberais das variadas tradições europeias era uma realidade para o Brasil. A influência lusitana foi fortemente presente, até mesmo pela uniformidade linguística⁵⁶, pela formação da elite intelectual na Universidade de Coimbra, como pelo natural entrelaçamento político entre metrópole e colônia. A reunião das Cortes de Lisboa e a subsequente adesão da Bahia ao movimento constitucionalista levou o Rei a decretar a vigência das Bases como Lei Fundamental do Reino Unido. A expectativa das províncias era a de que o Brasil estivesse representado e participasse diretamente do processo constituinte, enquanto a Coroa planejava a dissolução das Cortes e a adoção de um processo condizente com as antigas tradições monárquicas. Todavia, acuada pela anuência preponderante das

55 “A ausência da corte, a degradação da situação política do reino, o sentimento de este ter passado de metrópole a colônia, a insatisfação anti-inglesa do militares, a crise econômica e a atonia da sociedade reinícola, a criação de um espaço público de discussão política e a difusão nele das ideias reformistas e constitucionalistas e, por fim e com um impacto conjuntural, o restabelecimento, em Espanha, da Constituição de 1812, constituem fatores que confluem no movimento constitucionalista.” (HESPANHA, António Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 67.) Para Carlos Garriga e Andrea Slemian, “a investida napoleônica sobre a península Ibérica foi uma das causas mais imediatas do agravamento da crise vivida em ambas as monarquias, desencadeando os movimentos constitucionais que seriam a base para as independências.” (GARRIGA, Carlos; SLEMIAN, Andréa. “Em trajes brasileiros”: Justiça e Constituição na América Ibérica (1750-1850). *Revista de História*, n. 169, São Paulo, pp. 181-221, julho/dezembro 2013, p. 201).

56 Peter Burke enfatiza a questão da “colonização da língua” e a “difusão do português no Brasil” como “problema de dominação” a que têm contribuído historiadores e lingüistas. Lembra também que no processo de construção dos Estados os governos se conscientizaram sobre a utilidade de uma “política linguística” que garantisse a uniformidade da língua, como parte de um processo de dominação sobre minorias lingüísticas. (BURKE, Peter. *A Arte da Conversação*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995, pp. 45-46).

províncias e a exigência da adoção da Constituição de Cádiz enquanto a Constituição portuguesa não estivesse finalizada, a Coroa se viu impelida a aderir às Cortes. Para além da expectativa de representatividade no processo constitucional da metrópole, outros projetos de futuro estavam, aos poucos, delineando-se no contexto brasileiro. Nesse ambiente efervescente, a utilização do termo *liberdade* para designar o *direito* do país a se autogovernar e traçar seu próprio destino se evidenciava.

Samuel Barbosa aponta ser comum em boa parte da historiografia do direito constitucional a atribuição de relevância ao constitucionalismo que se inaugurou em 1824, desconsiderando-se, em geral, a análise de elementos prévios havidos no curto espaço de tempo entre 1820 e 1822, quando, em realidade, as manifestações desse período, “constitucionais”, mas também “anticonstitucionais”, em “novos espaços de sociabilidade”, demonstram as “possibilidades de escolhas” que se encontravam à disposição da sociedade brasileira, que fomentaram debates e o espírito crítico ao antigo regime, e que “catalisaram a constitucionalização nessa época de crise”. Naquele período se via uma “profusão e o uso enfático de palavras como ‘constituição’ e ‘constitucional’”⁵⁷.

O fim das limitações até então impostas à expressão do pensamento e à liberdade de impressão de textos determinou o aumento progressivo da produção e da circulação de periódicos. A imprensa erigiu como importante espaço de debates no qual a nova linguagem liberal se destacou, permitindo, pela análise do conteúdo dos periódicos⁵⁸, esclarecer: a) se as publicações trataram do tema dos direitos do homem na perspectiva adotada na pesquisa, ou seja, da formação do pensamento constitucional brasileiro e b) em caso positivo, qual o estilo de pensamento utilizado para tratar desse tema e qual a linha de fundamentação teórico-filosófica a que aparentemente aderiu. Peter Burke afirma que, na história das mentalidades, a relação entre pensamento e linguagem pode ser vista a partir do estabelecimento de contrastes entre “estilos de pensamentos, quer sejam ou não rotulados de ‘primitivo’ e ‘civilizado’, ‘tradicional’ e ‘moderno’, ‘pré-lógico’ e ‘lógico’” ou, o que considera mais

57 BARBOSA, Samuel. Se revoltaram contra a Constituição actual do Estado: contingência e indeterminação do constitucionalismo no Reino do Brasil (1821-1822). DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, 2021, p. 19, 33.

58 Como fontes históricas desta pesquisa, os periódicos selecionados (edições de 1821-1822) foram acessados no acervo da Biblioteca Nacional Digital Brasileira.

útil: “‘oral’ e ‘letrado’”.⁵⁹ Como as fontes selecionadas situam-se à unanimidade no estilo “letrado”, torna-se interessante observar as demais categorias estilísticas apontadas até mesmo porque o período de que tratamos é especialmente dinâmico e pródigo na abertura desses contrastes que, como já vimos, não se separam por barreiras intransponíveis, mas antes manifestam sua convivência.

Dito isso, a leitura das fontes foi realizada sob a perspectiva da investigação de sua camada de expressão jurídica, procurando-se na análise, o tanto quanto possível, o afastamento da movimentação política, como realidade subjacente ao Direito, que com ele interage, mas que sozinha não o define nem o encerra. O intuito não é a desconsideração do cenário político, muitas vezes perceptível na própria biografia do editor do periódico, mas sim investigar a camada de Direito que se apresenta em qualquer que seja a inclinação política.

É certo que o Brasil ainda não existia como Estado independente e, por isso, após a emancipação política o Direito estatal ainda haveria de ser construído, a partir de uma base monista, conforme os ditames da modernidade, a começar pela positivação constitucional. Mas, observando que as novas noções de Direito moderno, principalmente no campo das declarações revolucionárias de direitos, já haviam aportado no país a partir das influências estrangeiras, a ampliação da investigação para além das arenas oficiais, permite observar, pela ferramenta empírica, a expressão jurídica e constitucional, em seu momento formativo, junto às estruturas sociais que veiculam discursos. Ricardo Marcelo Fonseca enfatiza a relativa autonomia histórica do discurso jurídico e sua relação complexa com as práticas sociais:

“há a necessidade de enfrentar o estudo do discurso jurídico como algo que possui uma estrutura histórica relativamente autônoma face às intenções dos sujeitos, e que é capaz de criar conceitos, modelos e mesmo instituições. Exatamente por isso é que pode (e deve) ser objeto de estudo a linguagem do direito. O enraizamento do discurso jurídico na prática social, com o estabelecimento de relações complexas e ambivalentes entre eles, é algo que não pode ser ignorado pela história do direito. Todo esse campo de discussões abrange desde a perspectiva ‘arqueológica’ de Foucault, que privilegia as articulações discursivas e de saber como constituintes das práticas e até dos sujeitos, até o que se vem chamando de ‘história social da linguagem’, que enfatiza a história do ‘falar’, a história da comunicação, pondo em evidência a importância da linguagem na vida cotidiana, presente e passada.”⁶⁰

59 BURKE, Peter. *A Arte da Conversação*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995, p. 26.

60 FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 84-85.

Em outras palavras, “constituente não é entendido aqui apenas como as atividades das Cortes, mas é uma dimensão entranhada nos acontecimentos”⁶¹. Nesses acontecimentos, que poderíamos designar “pré-constitucionais”, e que se identificam na materialidade dos discursos em circulação, pode ser observada uma camada provida de significação jurídica, transversal à espessura política. Há uma passagem na *A ordem do discurso* de Michel Foucault que muito perfeitamente ilustra a formação de novas “regularidades”, brotadas de discursos heterogêneos, formulados por sujeitos antagônicos da estrutura social, que são absorvidos e “regularizados” mediante processos de “justificação”, “descarte” ou “retomada” de enunciados:

Poderíamos considerar, também, as séries de discursos que, nos séculos XVII e XVIII, referem-se à riqueza e à pobreza, à moeda, à produção, ao comércio. Trata-se, então, de conjuntos de enunciados muito heterogêneos, formulados pelos ricos e pelos pobres, pelos sábios e pelos ignorantes, protestantes ou católicos, oficiais do rei, comerciantes ou moralistas. Cada qual tem sua forma de regularidade, e igualmente seus sistemas de coerção. Nenhum deles prefigura exatamente essa outra forma de regularidade discursiva que tomará forma de uma disciplina e chamar-se-á “análise das riquezas”, depois, “economia política”. É, contudo, a partir deles que uma nova regularidade se formou, retomando ou excluindo, justificando ou descartando alguns dos seus enunciados⁶².

Na imprensa do primeiro quartel do século XIX, elementos formadores de um constitucionalismo moderno, que encontra na sistematização positiva e racional das liberdades públicas subjetivas um de seus pilares cardinais, podem ser facilmente localizados nos discursos de sujeitos antagônicos do espectro político, aqui representados por diferentes veículos de comunicação. Periódicos como *O Conciliador do Reino Unido* e *O Revérbero Constitucional Fluminense*, posicionados em situação de oposição no campo do discurso político, revelam conteúdo de significação jurídica autônoma. O que advém dessa leitura é a conclusão de que uma nova noção de *direito* e de *direitos* nascia, inserida no arranjo sócio-político, mas em receptáculo próprio, de onde brotava com capacidade de vindicar espaço específico.

61 BARBOSA, Samuel. Se revoltaram contra a Constituição actual do Estado: contingência e indeterminação do constitucionalismo no Reino do Brasil (1821-1822). DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, 2021, p. 18.

62 FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 68.

2.2.1 O Conciliador do Reino Unido

O *Conciliador do Reino Unido* está entre os periódicos que a Coroa confiou à responsabilidade de José da Silva Lisboa entre 1808 e 1821, quando apenas impressos oriundos da Tipografia Régia estavam autorizados a circular. José da Silva Lisboa publicou obras precursoras em matéria de direito e de economia política, como *Princípios do Direito Mercantil e Leis de Marinha* (1798), *Princípios de economia política* (1804) e *Observações sobre a Franqueza da Indústria, e Estabelecimento de Fábricas no Brasil* (1810), os dois primeiros publicados em Lisboa e o último, já no Brasil joanino, “vincula-se diretamente à sua atividade de estadista, intervindo na política econômica” da colônia, como encarregado de D. Rodrigo Coutinho, comandante de política Real de D. João VI. A estratégia era a de um “Reformismo Ilustrado” na seara política, que conviveria amigavelmente com o “liberalismo econômico”, necessário ao estabelecimento de relações comerciais com a Inglaterra. O progresso econômico haveria de ser encampado na via da “ordem” e da manutenção de valores tradicionais. Lisboa, inclusive, a pedido de D. Rodrigo, traduziu as obras do britânico Edmund Burke, “liberal moderado de modulação conservadora, por ser o mais valente antagonista de seita revolucionária”⁶³. O perfil moderado de Lisboa estava bem definido e, por isso mesmo, em sua missão de comandar a Imprensa Régia, haveria de realizar o controle sobre as informações que poderiam circular no período joanino.

Sempre invocando o Decreto que declarou a *União dos Reinos de Portugal, Brasil e Algarves* e a Constituição das Cortes de Lisboa, em sua primeira edição, de 01º de março de 1821, o *Conciliador do Reino Unido* afirma que “chegou em fim o Dia de satisfazer a todos os espíritos retos”, por meio de um “Bom Governo” ao qual incumbe garantir a segurança, a obediência, a “estabilidade das boas instituições”, a fim de permitir aos indivíduos gozar da liberdade civil, especialmente da propriedade, dentro de certos limites da boa razão:

(...) fazer o povo rico e prosperado, constituindo-o religioso, obediente, tratável, e polido (...) para poderem gozar da Liberdade civil nos limites da Boa Razão, que afiança a Geral Seguridade das pessoas, e propriedade, e abre a Estrada da Honra para bem servir a Nação, e a Humanidade (...)

63 LYNCH, Christian. Absolutismo Político e Liberalismo Econômico: O Reformismo Ilustrado de José da Silva Lisboa (1800-1821). *Revista IHGB*. Rio de Janeiro, a.181 (483), pp. 47-74, maio/agosto, 2020, p. 66.

Que resta, concidadãos! Ofertar pública Ação de Graças ao Altíssimo; manter indissolúvel União Fraternal e Política dos Portugueses em um e outro hemisfério; observar inteiramente o Sacrossanto Juramento prestado de receber a Constituição das Cortes de Lisboa.

A estabilidade das boas Instituições, e a reverência as Leis estabelecidas, são os critérios, e fiadores da verdadeira Liberdade e Liberalidade. Deixemos aos legítimos Guardas da Autoridade e Tranquilidade Pública, fazerem o seu dever no respectivo Tribunal, e Posto.

A edição de 07 de abril de 1821 enaltece a liberdade de imprensa que “Sua Majestade fez a mercê de conceder”, por entender “coerente aquela medida política” que agora dependeria de complemento das Cortes, mas enfatiza a necessidade de sua limitação. Ressalta que entre os “problemas mais difíceis da Legislação Liberal”, que compara ao da Pedra Filosofal, está:

achar e estabelecer, por exato cálculo de circunstâncias, e consequências, o justo meio entre os extremos, da Liberdade absoluta, e da indispensável restrição de cada pessoa fazer imprimir e circular os seus assertos, e pensamentos.

Desaprova os insatisfeitos que almejam certa “quimera de direito de liberdade natural” que nunca existiu. Sustenta que o direito de liberdade natural não há na sociedade civil e que a liberdade de imprensa ilimitada e contra a opinião dominante não pode ser tolerada:

(...) a liberdade é essencialmente um estado de restrição de direitos e liberdades naturais do estado selvagem; pois que o direito e liberdade de cada indivíduo necessariamente se limita pelo direito e liberdade dos outros concidadãos, atento o interesse de toda a comunidade.

Consequentemente tais inculcados direitos naturais vem a ser fantasias metafísicas, e não realidades práticas. Só temos direitos sociais pela União dos homens na Sociedade; e por isso tudo que tende a por em perigo esta União, deve ser objeto de Regulação do Governo.

De fato a ilimitada liberdade de imprensa nunca existiu em parte alguma e muito menos em tempo de comoções do Estado, em que ninguém ousa, nem se lhe tolera, dizer, e menos imprimir, as suas opiniões contra a opinião dominante.

(...) liberdade de língua, ainda que se possa dizer que é direito do homem falar o que entende, jamais pessoa alguma em seus sentidos a reclamou na sociedade civil. A natureza cercou a língua com um claustro forte, e armamento de dentes, para se não mostrar navalha afiada, ou tóxico mortífero do dragão que assovia e mata com o seu bafo e veneno.

Na edição de 14 de abril de 1821 esclarece ao leitor que existem dois sistemas de liberdade de imprensa, o da prevenção do abuso, pela censura

preliminar, e o da responsabilidade rigorosa pela ofensa particular e pública, indicando que nos governos monárquicos e aristocráticos se tem adotado o primeiro sistema, acautelador de desordens e, por isso, melhor que o segundo, adotado por governos democráticos ou mistos. Por fim, arremata, apontando uma liberdade de imprensa reclamada hoje como “mania do século”:

Liberdade de imprensa é hoje reclamada sem limites como direito do homem e do cidadão pela mania do século e fantasia de sofistas que confundem a saudável reforma com a horrorosa mudança na Constituição do Estado. Este pregadores de desordens dizendo ter chegado a Idade da Razão, opinião ser de boa razão que a tipografia sendo uma descoberta tão útil à humanidade se converta em máquina infernal para expressões revolucionárias (...)

Foi periódico muito efêmero, que em sua última edição, de 21 de abril de 1821, destacou a imprensa da Inglaterra como referência, pois naquele país “a imprensa não serve para atacar a religião e a Constituição estabelecida” e que nos Estados Unidos a “sólida instrução muito contribui a obstar as exorbitâncias do Prelo Livre. Ainda assim, as pessoas de mais eminente saber e patriotismo lamentam as suas excentricidades.”

Como se observa dos trechos extraídos das fontes, princípios liberais aparecem em meio a uma retórica conservadora e monarquista. Esse antagonismo faz com que a relação entre pensamento e linguagem se estabeleça numa mescla bem acentuada de estilos diferentes que variam do tradicional ao moderno e do pré-lógico ao lógico⁶⁴. Do ponto de vista teórico-filosófico, um historicismo calcado na tradição da dinastia Bragança e na estabilidade das instituições e das leis, como se verá mais detalhadamente nos capítulos à frente, apresenta-se como panorama para um individualismo liberal sustentado preponderantemente pelo direito de propriedade e pela liberdade de indústria. O discurso de índole argumentativa e persuasiva em apoio ao reformismo ilustrado joanino, reiterado em todas as edições, manifesta-se por arrazoado crítico em relação ao contexto revolucionário. Mas quando busca reverenciar a moderação e a limitação das liberdades em benefício da “segurança”, acaba por evidenciá-las como dimensões do real que já estavam em vias de consolidação na cultura brasileira.

Nas sete edições publicadas, a liberdade de imprensa, de indústria e o direito de propriedade sobressaem-se no discurso como direitos civis de existência

64 BURKE, Peter. *A Arte da Conversação*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995, p. 26.

reconhecida. Quando opiniões de terceiro, designado “anônimo”, sobre a liberdade de imprensa, são trazidas à edição e contraditadas como opiniões excessivamente liberais e “indecentes”, por considerarem “a censura oficial prática absurda- operação assassina- castração literária- destruição de uma das mais nobres obras de Deus”, a publicação reconhece sua materialidade, tangibilidade e concretude, como uma forma de pensar os direitos civis que já tomou algum espaço no contexto social. Dentre os demais direitos mencionados, somente a liberdade de imprensa é alvo de mais intenso exame crítico, não para infirmá-la mas para tentar conduzi-la aos limites do controle estatal. Como se vê no discurso, a camada dotada de expressão jurídica distinguia-se na transversalidade do cenário político-social.

2.2.2 O Revérbero Constitucional Fluminense

Decretada a liberdade de imprensa em 12 de julho de 1821⁶⁵, Joaquim Gonçalves Ledo e Januário Cunha Barbosa integraram a primeira geração de redatores de periódicos impressos desvinculados da editora da Coroa. Ambos pertenciam a setores médios da hierarquia social e despontaram no ambiente urbano que se formava no Rio de Janeiro como espaço privilegiado para o debate político.⁶⁶ Perfilhando o ideário constitucionalista adotado pelos liberais portugueses do Porto e pelos espanhóis de Cádiz (1812), no mês de setembro de 1821 fundaram *O Revérbero Constitucional Fluminense*, de periodicidade quinzenal. Sua última edição foi publicada em data de 08 de outubro de 1822.

O Revérbero Constitucional Fluminense é considerado pela historiografia um periódico de perfil mais radical, *nativista* ou *brasiliense*, cujos ideais davam ênfase à soberania da nação, em contraste com o monopólio político de uma “nobreza burocrática”, e à democracia exercida sob a forma de uma “república com rei”, como ocorrera em Portugal (1822), Espanha (1812) e França (1791), invocando Sieyès e Rousseau em seus textos. No aspecto econômico, “defendia a lavoura, o mercado livre e o tráfico de escravizados”, combatendo o “imigrantismo” e o “industrialismo”.⁶⁷

65 Conforme nota 29.

66 SILVA, Virginia Rodrigues da. *O Revérbero Constitucional Fluminense, Constitucionalismo e Debate Político na Imprensa à Época da Independência. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História- ANPUH*, São Paulo, 2011, p. 2.

67 LYNCH, Christian. *Fundações do Pensamento Político Brasileiro: a construção intelectual do Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2024, p. 375.

Constam das edições a reprodução de Cartas da Coroa, notícias estrangeiras, reproduções de discursos proferidos em Cádiz, cartas enviadas ao jornal, reprodução de trechos de outros periódicos em circulação no país e textos de autoria dos redatores. Todo esse conteúdo foi analisado sem necessariamente fixar-se na designação de origem e autoria, conforme o padrão metodológico fixado nesta pesquisa e já ressaltado. Em última análise, o que importa para esta pesquisa é que o conteúdo circulou no país e oportunizou aos leitores o contato indistinto com as ideias veiculadas.

Desde a primeira edição, em 15.09.1821, até a vigésima oitava edição, em 21.05.1822⁶⁸, a palavra “direito”, e sua variação no plural “direitos”, foi escrita aproximadamente 128 vezes⁶⁹, utilizada em expressões e frases que a contextualizaram na nova linguagem liberal. A plurissignificação inerente ao termo demonstrou ser ele capaz de incorporar diferentes significados de quilate jurídico, abarcando noções de direito objetivo e de direito subjetivo.

Observa-se a adesão à teoria contratualista, mitigada por uma moderação que pode ser vislumbrada em expressões tais como “bem regulada liberdade” de um “povo religioso”. Há menções ao direito natural, aos direitos do homem, à liberdade pessoal, à liberdade de imprensa, ao direito de propriedade, à igualdade constitucional e ao direito de petição, dentre outros. Com o fito de realçar sua utilização, algumas passagens foram selecionadas e separadas por ponto e vírgula, conforme fazem sentido no texto:

(...) povo religioso, amante da bem regulada liberdade civil e política a que têm incontestável direito todas as Nações do Universo; na posse da segurança pessoal e de fazenda, esperam gozar a felicidade a que tem direito o homem social, que abandona parte de seus direitos naturais para obter a segurança da outra parte em tranquilidade e perpetuidade; o escritor que põe o seu (dito) no bem geral, não deve temer expressar-se com franqueza, e muito principalmente quando a Constituição lhe concede esse direito, e lhe pede esse serviço (...) para o bem da Liberdade de Imprensa; o respeito Religioso com que cumpre conservar o sagrado direito da Liberdade individual e todas as consequências que dimanam destes princípios; e ninguém terá direito de me tirar o produto do meu trabalho; pagarei ao Estado a proteção, que dele é preciso, e minha propriedade será tão sagrada como a minha pessoa, enquanto eu não perturbar a sociedade, ela me defenderá de todo o incômodo; com Rousseau e Montesquieu estabelecidos os direitos do Homem; Direitos naturais; os seus direitos mais

68 O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Primeiro, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822.

69 Utilizou-se a ferramenta de pesquisa do programa *Adobe Acrobat*, que pode não retornar resultados exatos em razão da alteração do padrão das letras no documento de origem ou alterações e incorreções de grafia, mas que, porém, retornou resultados consistentes relativamente à temática buscada e à chave de pesquisa adotada, demonstrando também consistência relativamente às leituras integrais das atas, que possibilitaram buscas manuais.

caros a Liberdade, a Igualdade, a Segurança: os primeiros bens do Homem; o sagrado direito da Liberdade Individual; o Direito de Petição é livre; direitos do homem mais que nunca discutidos, aclarados, ensinados e prodigiosamente divulgados pela Imprensa; direito adquirido; o direito de representar e reclamar (...) ⁷⁰.

Os Princípios Políticos de Direito Universal que guardados até certo tempo com misteriosa avareza eram o patrimônio de poucos homens, são hoje de uma publicidade absoluta, proclamados, fazem que não haja uma só pessoa que não saiba o que faz e o que deve fazer. Regular e banir a arbitrariedade; assegurar a Liberdade pessoal pela extinção de bárbaras sevícias; firmar a Liberdade intelectual pela destruição dos obstáculos levantados ao espírito para o privar de crescer, obrar, e estender-se, comunicar-se e voar até onde pode chegar; pôs debaixo de uma Lei comum, todos aqueles que são interessados em uma mesma coisa, e deixar francas ao mérito e à verdade todas as avenidas é doutrina tão clara, tão justa, e tão proclamada, que ninguém pode ignorar. Estes princípios, de que a Inglaterra principiou a dar o conhecimento, estendem-se hoje das colunas de Hércules (...) atravessando o Atlântico estabeleceram-se ao norte e ao sul da América, penetraram o Brasil e o penetraram profundamente porque acharam terreno próprio.

O Mundo, embebido nestes princípios, quer ser governado regularmente, está muito cansado de arbitrariedades, tem sede de justiça, e de Liberalismo, que procura na igualdade Constitucional. ⁷¹

Uma noção de cidadania e de exercício dos direitos políticos aparece sob a forma da representação nacional e do controle da gestão pública, conforme trechos destacados, lembrando-se que o cenário histórico ainda era o da representatividade brasileira perante as Cortes de Lisboa, exemplificativamente:

O exclusivo direito da Representação Nacional para a imposição de tributos; só os Povos têm o direito de escolher o sistema e as Leis porque devem ser regidos; não será justo arrogarmos o mesmo Direito para apresentarmos pelo menos cem Deputados em Cortes como os da Europa apresentam?

(...) pesquisar o emprego dos dinheiros livremente dados; exigir responsabilidade nos que administram as coisas públicas. ⁷²

As edições subsequentes, de 28.05.1822 a 08.10.1822 ⁷³, compreendem aproximadamente 123 usos da palavra “direito”, incluída sua variação “direitos”, evidenciando, sob a perspectiva de um termo-conceito com potencial semântico alargado, a possibilidade de abarcar o preenchimento de, ao menos, três principais significados, sob o “axioma da razão”: direitos individuais de natureza civil; direitos

70 O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Primeiro, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822, pp. 1-278.

71 O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Primeiro, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822, pp. 279-280.

72 O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Primeiro, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822, pp. 81; 279-280.

73 O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Segundo, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822.

individuais de natureza política e direito no sentido de soberania do Estado ou da Nação.

No primeiro sentido, ou seja, de direitos individuais de natureza civil, foram observadas expressões e contextos semânticos que remetem ao constitucionalismo contratualista, porém numa abordagem aparentemente mais hobbesiana⁷⁴, sob o argumento de que naquele estado “não há nem direitos a exercer nem deveres a cumprir”, não sendo “o homem nem livre nem escravo”, mas independente. Além disso, há referências à liberdade de consciência, porque “nenhum governo tem o direito de castigar os pensamentos”, à legalidade como parâmetro de proibição ou obrigação a pautar a conduta humana, pois “todo o cidadão deve ser sujeito à Lei e não deve nunca ser constrangido a obedecer a vontades privadas” e à igualdade de “todos os cidadãos” perante a Lei, tais como:

(...) essa é a apregoada igualdade de direitos; direitos individuais cuja reunião forma os direitos de todos; se o homem isolado tivesse direitos, contra quem e como os exerceria? o homem isolado não tem direitos, tal é a lei da natureza; o homem na sociedade tem direitos naturais e imprescritíveis, tal é o axioma da razão; direitos são imprescritíveis porque nem os pode renunciar voluntariamente sem dissolver a sociedade e reentrar no estado da Natureza; direitos naturais, sagrados e invioláveis; direitos de propriedade; usando de nossos direitos naturais começamos a ser homens e que pelo exercício de nossos direitos civis principalmente a ser cidadãos; os direitos dos povos são de instituição Divina e os dos Governos são de instituição humana; Direitos do homem e do cidadão; porque nenhum governo tem o direito de castigar os pensamentos; todo o cidadão deve ser sujeito à Lei e não deve nunca ser constrangido a obedecer a vontades privadas; uma declaração bem entendida de direitos é o ato da Constituição do Povo e os atos pelos quais o Povo se organiza devem formar a Constituição do Governo do Povo – que esta declaração deve ser posta à frente da nossa Constituição governativa; todos esses direitos pertencendo indistintamente a todos os cidadãos, estes são todos livres, todos iguais nos olhos da Lei, tem todos os mesmos direitos, os mesmos deveres, as mesmas obrigações⁷⁵.

No sentido de direitos políticos, poderes políticos relativos à organização e à constituição do Estado, à elaboração da Lei e à representatividade, foram observadas expressões tais como:

A vontade do maior número é a Lei de todos; todo o cidadão tem o direito de concorrer para a formação da Leis exprimindo o seu voto particular; todo o cidadão tem o direito de concorrer para a instituição do poder incumbido de fazer executar a Lei; todo o cidadão tem o direito de pedir a conservação ou abrogação das Leis, e instituição existentes, e a criação de Leis e instituições novas; todo o cidadão tem o direito de concorrer para a organização de todos os poderes; direito de mudar as suas instituições políticas; se não há Constituição sem os Deputados do Brasil a aprovarem,

74 HOBBS, Thomas. *O Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

75 O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Segundo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822, pp. 1-256.

d'onde provem às Cortes o direito de legislar para o Brasil em matérias tão essenciais a seus interesses? E que obrigação tem o Brasil de obedecer a esses mandados despóticos das Cortes, antes de aprovar a Constituição, da qual somente podem as Cortes derivar o seu poder Legislativo?; a especie humana quer reintegrar-se dos seus naturais e inauferíveis direitos de propor pacto social em Liberdade, por união voluntária de acordo mútuo; o autor do Espírito das Leis o simboliza bem nos Selvagens da Louisiana, que cortam as árvores para colher os frutos. A Liberdade é o melhor dom que podem os Legisladores conferir aos Povos⁷⁶.

O termo “direito” é comumente utilizado no sentido de soberania, compreendida como poder de se auto reger sem interferência de outros Estados, e concebida como direito natural das nações. A soberania era agasalhada numa conjuntura em que a independência política, defendida pelo periódico, era o escopo dos liberais, exemplificativamente:

O Direito que tem os Estados Unidos de reconhecer a independência que estas Nações efetivamente conseguiram; Direito que tem os Povos da América Espanhola para dissolver os laços políticos que os ligavam à mãe pátria e para assumir entre as Potências da terra um lugar igual e separado, a que as Leis divinas e naturais lhes dão direito; Os Estados Unidos, assim como todas as Nações, tem o direito de fazer Tratados de Paz e Comércio recíprocos; com ela bem como qualquer outro Governo; direito de tratarem os seus negócios a seu modo, e violar os atributos essenciais de sua respectiva Soberania; a América Espanhola tinha o direito a ser livre; considerando o Reino do Brasil com o mesmo direito de constituir-se que tem o de Portugal; querem conservar o direito de feudo mas as luzes, que não retrocedem, ensinam aos Americanos que a Natureza não dá direito a nenhum Povo sobre outro Povo.⁷⁷

Tudo tem um termo fixado pelo direito, e pela razão; este termo chegou: acham-se na formação dos Estados Americanos os princípios constitutivos das sociedades; estes existem sem contestação, nos títulos com que se formou uma parte dos Estados da Europa. Nós não pedimos a nenhum Governo o certificado de sua origem: eles existem, eles nada apresentam contrário à ordem geral das sociedades: isto nos basta. Que sucederia se cada Estado tivesse que discutir os títulos dos outros.⁷⁸

Respondendo às indagações propostas no início: a) se as edições do periódico trataram do tema dos direitos do homem na perspectiva adotada neste trabalho, ou seja, da formação do pensamento constitucional brasileiro e b) em caso positivo, qual a abordagem utilizada para tratar desse tema e qual a linha de fundamentação teórica a que aparentemente aderira, a resposta ao primeiro item é claramente positiva.

76 O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Segundo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822, pp. 1-128.

77 O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Segundo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822, pp. 1-190.

78 O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Segundo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822, p. 244.

A reivindicação da emancipação política caminha de braços dados com os pleitos de direitos e liberdades “dos cidadãos”, reconhecida a Constituição como instrumento de organização política e de garantia de direitos do povo brasileiro. No que toca à horizontalização da igualdade sem distinção de raça, nenhuma abordagem abolicionista foi localizada. As menções ao regime de escravidão remetem aos “horrores das cenas de São Domingos” e às discussões sempre presentes sobre a possibilidade de uma “sublevação dos escravos”⁷⁹ no Brasil. Consoante já vastamente assentado na historiografia brasileira, a nova ordem que se pretendia construir e que aos poucos se delineava não pressupunha uma ruptura drástica com as práticas socioeconômicas e institucionais do regime colonial. O regime escravista patrocinava a grande lavoura de exportação brasileira, a principal geradora de receitas do Estado, além disso viabilizava a produção para o mercado interno e estava disseminado no meio urbano⁸⁰. Era praticamente unânime que a reversão abrupta desse sistema traria prejuízos incalculáveis para a economia do país. Assim, a ideia de que os escravizados ficariam fora dos planos de modernização fazia parte do projeto de Estado que estava sendo construído.

No que toca à segunda indagação de pesquisa, a relação entre pensamento e linguagem se estabeleceu num estilo um pouco mais acentuadamente moderno e lógico, embora ainda presentes elementos do estilo tradicional e pré-lógico⁸¹. Para tratar do tema dos direitos, utilizou-se do referencial teórico-filosófico das revoluções burguesas. Grandes filósofos da cultura europeia, como Montesquieu e Rousseau, foram mencionados, como também grandes teorias contratualistas. Argumentos jusracionalistas foram transportados para a realidade discursiva brasileira sem nenhuma liturgia, passando a integrar o imaginário intelectual. Além de um contratualismo individualista bem evidenciado, a plataforma do periódico manifesta uma prudência própria do primeiro quartel do século XIX, quando a experiência histórica da tirania jacobina já servia de alerta à Europa e às Américas⁸².

Nos excertos fica tangível que a transição para o constitucionalismo no Brasil foi realizada sob o influxo de uma multiplicidade teórica. Também aqui o

79 “Os Escravos no Brasil por mais de uma razão, que não é preciso expender ao longo, não estão em circunstâncias de tentar uma revolução, mas quando o pudessem fazer, as Cortes de Portugal em sua pobreza e falta de recursos não estão em estado de dar ao Brasil algum auxílio para derrubar tal sublevação.” (O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, Tomo Segundo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1821-1822, p. 32).

80 CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem. Teatro de Sombras*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022, p. 293.

81 BURKE, Peter. *A Arte da Conversação*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995, p. 26.

tradicional direito divino é contraposto a um direito humano: construído pelo homem e para o homem, mas o elemento religioso persistiu no imaginário coletivo, indissociável da tradição, das crenças e do arranjo socioeconômico patriarcal do colonialismo, como legado do Iluminismo católico lusitano, o que de algum modo colaborava na “regulação” dos discursos sobre as liberdades, conformando-os nos limites do que se compreendia por *ordem*⁸³. Além disso, a experiência revolucionária jacobina, que acabou determinando uma forma de absolutismo político, intolerância ao dissenso e insegurança social, pautou os discursos sobre o constitucionalismo que estava florescendo no Brasil, instalando aqui o alerta da moderação e da liberdade regulada.

2.3 A CONSTITUIÇÃO MODERNA COMO CENTRO DA ENGRENAGEM POLÍTICA E JURÍDICA

Como se vê pelos tópicos antecedentes, no mundo euroamericano aconteciam, na segunda metade do século XVIII e início do século XIX, transformações que se foram revelando irreversíveis, tanto no campo filosófico e antropológico⁸⁴ quanto nos campos econômico e científico, acarretando novos e complexos arranjos socioeconômicos e novas necessidades institucionais, políticas e jurídicas.

O Iluminismo enquanto revolução cultural evidentemente não se encerrou em si mesmo, foi o ponto de partida de uma vasta remodelação da sociedade, dos meios de produção e das relações econômicas, culminando com fenômenos como a

82 Sobre a fragmentação do pensamento liberal em diferentes linhagens no primeiro quartel do século XIX, no escopo de garantir a estabilidade das instituições e os direitos civis, ver DIJN, Annelien de. *French Political Thought from Montesquieu to Tocqueville. Liberty in a Levelled Society?* Cambridge University Press, 2008 e PRUTSCH, Markus J. *Making Sense of Constitutional Monarchism in Post- Napoleonic France and Germany*. Hampshire: Palgrave macmillan, 2013.

83 “Nessa perspectiva, a ordem era condição da liberdade, e a garantia dessa última era o fundamento ético da primeira. A fórmula da ordem tal como se apresentou no Brasil Imperial ganha sentido pela direta relação com as condições objetivas da sociedade da época, marcada pela herança colonial e pelo problema agudo da escravidão. Nesse sentido a ordem representava as condições ideais da sociedade, mas sua realização não levava em consideração quaisquer definições ou princípios abstratos.” (MONTEIRO, Claudio Antonio Santos. *Ordem*. In FERES JUNIOR, João (Org.) *Léxico da História dos Conceitos Políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 353).

84 “Há uma nova antropologia em gestação: opondo-se ao homem animal político da tradição aristotélica, e ao conceito organicista de sociedade da civilização corporativa da Baixa Idade Média, o individualismo impõe-se a pouco e pouco. A sociedade passa gradativamente a ser encarada como soma de indivíduos isolados, que se organizam por formas de contrato social. O novo direito será, pois, contratualista.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2019, pp. 133-134).

revolução agrária e demográfica, o movimento de urbanização e a revolução industrial. Como frequentemente se enfatiza, a virada do século XVIII para o século XIX foi uma experiência de aceleração do tempo e da história⁸⁵. As revoluções burguesas, americana e francesa, foram os eventos deflagradores da gigantesca virada institucional, que se encarregaria de, pouco a pouco, durante o transcorrer do século XIX, promover, ainda que muito lentamente, a asfixia das estruturas típicas do Antigo Regime, tanto na Europa quanto na antiga América colonial, cada qual a seu modo e tempo.

Nesse quadro universal, o Constitucionalismo representou nos campos político e jurídico a “virada epistemológica racionalista que se via no cenário científico”. O movimento constitucional alçou-se como um “ente da razão criado nos laboratórios intelectuais iluministas”, incumbindo-se de sustentar o fim do caos do pluralismo jurídico, dar ordem às estruturas de Estado e às formas de governo, direcionar a sociedade e a indústria por meio de regramentos previsíveis, ditados pela abstração racional, visando, como fim estratégico, ao progresso e à felicidade dos povos⁸⁶.

Se na modernidade jurídica o Direito objetivo é umas das condições de unidade estatal, a Constituição escrita é o documento que o sustenta e organiza, por estabelecer ordenadamente seus pressupostos e sua sistematicidade. Para Hermann Heller, na Constituição política total de um Estado há que se distinguir a Constituição normada e juridicamente organizada daquela não normada, embora normalizada, constituída por elementos sociais, históricos e culturais. Num viés recíproco, há grande importância na força normalizadora do normativo⁸⁷, ou seja, a potência normativa em termos de criação da normalidade social. Isso importa especialmente no tempo histórico de que estamos tratando, visto que o constitucionalismo se instrumentalizou como movimento planejador e normalizador das relações sociais e econômicas estabelecidas pelo regime capitalista, garantindo uma maior segurança nos intercâmbios que se intensificaram especialmente devido à especialização e divisão do trabalho.

85 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006, pp. 69-70.

86 WEHLING, Arno. O Direito Constitucional como engenharia social no Brasil da independência. *Métis: História e Cultura*, v. 11, n. 21, 2012, p. 24.

87 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre JOU, 1968, pp. 297-298.

À maior previsibilidade das relações sociais e à segurança jurídica serviram a racionalidade da ordenação unitária irradiada a partir de um centro único de poder. Assim, no constitucionalismo moderno, normalidade e normatividade congregam-se e relacionam-se reciprocamente, sob a sustentação de um documento escrito, que haveria de ser estável e permanente.

Para Konrad Hesse, isso é possível porque há uma “vontade de Constituição” impulsionadora do processo que torna a Constituição jurídica ativa e apta a determinar, ou ao menos influir, na realidade política e social⁸⁸. As fontes históricas do período pré-constitucional consultadas demonstram com certa segurança que havia na sociedade brasileira uma vontade normativa, que ia “além da natureza singular do presente”, a que se pode identificar como “vontade de Constituição”, na linha do pensamento de Hesse. Claro que “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica”, e jamais poderá suplantar totalmente esses limites naturais, mas quanto maior for “a vontade de Constituição”, maior é a sua força normativa, e menores serão os limites dos condicionantes sociais, econômicos e naturais. No caso do Brasil, uma certa normatividade relaciona-se não apenas com a vontade política de constitucionalizar o Estado, instituindo a divisão de poderes e um sistema representativo, mas também de declarar direitos num núcleo específico dotado de rigidez formal, consagrar garantias jurídico-criminais e determinar a elaboração de códigos. Num quadro de maior segurança institucional, a Constituição normativa do Estado moderno e a previsibilidade da ordem econômica capitalista se condicionam mutuamente.

Do mesmo modo, passam a se relacionar estreitamente direito e poder, porque o poder passa a criar o direito enquanto o direito agora forma e organiza o poder.⁸⁹ Trata-se, de certo modo, de uma relação singular porque o direito que institui o poder foi designado pelos revolucionários burgueses também para contê-lo no âmbito de certos limites jurídicos, nos quais operam os direitos individuais. Essa seria a dupla vocação do constitucionalismo moderno: resistência e participação. De um lado participar da construção do poder com o elemento do consenso e visando à

88 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

89 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre JEU, 1968, p. 235. Para Paolo Grossi, “será o mundo moderno, apesar das máscaras do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII e da codificação do século XIX, que irá empobrecer o direito, vinculá-lo e condicioná-lo ao poder, que fará dele um *instrumentum regni*, afastando-o, portanto, do social.” (GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 39.)

garantia dos direitos. De outro lado, construir os limites e garantias em oposição ao poder soberano, em defesa da própria esfera de autonomia privada e dos próprios direitos.⁹⁰

Conforme enfatizado por Pietro Costa, um “sistema de vínculos que limitam e direcionam o exercício da soberania estatal” funda a “possibilidade de defender a esfera jurídica individual das indébitas intromissões da administração.”⁹¹ Nesse sentido, as Constituições exerceram decisivo papel, congregando direito objetivo, poder estatal e direitos subjetivos no centro da nova engrenagem institucional, compreendidos no termo *direitos*, tanto os direitos civis, ou negativos, quanto os direitos políticos, ou positivos.

Após a emancipação política, já inserido nesse cenário e impelido a aderir ao capitalismo agora como nação independente, buscando algum espaço de troca entre as grandes potências do jogo político-econômico internacional, o Brasil teria de anuir ao ideal civilizacional que guiava o mundo ocidental, munindo-se dos instrumentos adequados, dentre os quais, a elaboração de uma Constituição escrita nos moldes dos documentos dos países centrais.

Como passo anterior à análise do processo de recepção do “conhecimento normativo”⁹² na experiência constitucional que se manifestou por intermédio do texto de 1824, o próximo capítulo se destina à compreensão dos modelos revolucionários teórico-doutrinários dos direitos e liberdades de matrizes europeias, elaborado por Maurizio Fioravanti, para, no capítulo seguinte, observar se, e como, o principiante pensamento constitucional brasileiro filiava-se a algum ou alguns desses modelos, examinado sob a chave das traduções culturais.

90 FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Edizione digitale, p. 187, 2015.

91 COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 134.

92 DUVE, Thomas. Historia del derecho como historia del saber normativo. *Revista de Historia del Derecho*, n. 63, pp. 1-60, jan./jun. 2022.

3. SISTEMAS DE PENSAMENTO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS

Para colocar em prática os pilares dos ideais revolucionários do final do século XVIII, os Estados modernos da Europa continental adotaram modelos constitucionais de proteção dos direitos e liberdades que consagravam a tripartição de funções estatais e a representatividade política do povo junto ao Parlamento, como alicerces do novo ideal de Estado liberal. Nessa linha, o Direito moderno revestiu-se dos atributos essenciais para exercer a função de amálgama dos sustentáculos modernos, garantindo a limitação do poder estatal e a segurança jurídica, o que fez de imediato por intermédio das Constituições escritas e, num segundo momento, das grandes codificações.

No sistema de tradição jurídica da Europa continental a França revolucionária, como não poderia deixar de ser, erigiu-se como país-guia de um certo modelo de proteção dos direitos e liberdades que preconizava a ruptura drástica com os regimes anteriores, sendo pioneira na materialização de um individualismo contratualista, que já vinha sendo teorizado por filósofos liberais ao menos desde o século XVII.

Por outro lado, na Inglaterra a experiência constitucional desenvolveu-se de modo distinto. No final do século XVII, no cenário da turbulenta dinastia Stuart⁹³, a união de *Whigs* e *Tories*, insatisfeitos com as arbitrariedades de um absolutismo cada vez mais vicejante, resultou o fortalecimento do Parlamento, a rejeição de Jaime II e a assunção dos protestantes *Guilherme de Orange* e *Maria de Stuart*, condicionada à aceitação do documento *Bill of Rights*, o que pôs fim, pela primeira vez na Europa, a um regime de absolutismo monárquico, exatamente um século antes da Revolução Francesa. Se o *Bill of Rights* não era uma declaração de direitos, era capaz de garantir um modelo político que criava a divisão de poderes e garantia alguns direitos individuais em face à estrutura de poder estatal. A partir de

93 “Depois de uma longa lua de mel com o ‘momento monárquico’, parte da nova elite formada por comerciantes e profissionais liberais, apoiada pela velha nobreza, passou a reclamar que a segurança de suas vidas e bens não era ameaçada somente por bandidos ou conquistadores. Ela era ameaçada também pelo Estado absoluto, percebido crescentemente como arbitrário por pretender controlar a sociedade com um exército de funcionários, tributando os contribuintes sem consultá-los, confiscando propriedades sem obedecer ao devido processo legal e intervindo no mercado com regulamentos mercantilistas.” (LYNCH, Christian. *Fundações do Pensamento Político Brasileiro: a construção intelectual do Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2024, p. 95.)

1689, na Inglaterra os poderes de legislar e de criar tributos já não eram prerrogativas do monarca, mas entravam “na esfera de competência reservada do Parlamento”, órgão encarregado de defender os súditos perante o Rei, “representando a institucionalização da permanente separação de poderes no Estado, à qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois.”⁹⁴

Em outras palavras, no Ocidente a transição para o constitucionalismo moderno não se fez sob a orientação de um único modelo de fundamentação histórico-filosófica. Em verdade, três eixos paradigmáticos guiaram esse processo, identificados em três eventos históricos marcantes do ponto de vista constitucional: o constitucionalismo inglês, a Revolução Francesa e, na América setentrional, a independência norte-americana.

Com lastro nesses paradigmas, Maurizio Fioravanti em sua obra clássica *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne. Le Libertà Fondamentali*⁹⁵ propõe uma abordagem que reconhece nos três mencionados eventos históricos os seguintes modelos teórico-doutrinários, que devem ser lidos combinadamente: o historicista, o individualista e o estatalista, pelos quais se pode didaticamente compreender a cultura universal das liberdades. Segundo o historiador florentino, na realidade experiencial desses três países os modelos foram colocados em prática mediante a combinação em duplas, enquanto o terceiro modelo estaria sempre em lugar de oposição antagônica.

Enraizada nas experiências concretas dos países que se podem considerar pioneiros no campo dos direitos individuais, a cultura das liberdades se difundiu no horizonte pós-revolucionário do início do século XIX. Por isso, ao nosso ver, como as traduções culturais são inerentes aos processos de constitucionalização das culturas que receberam influxos desses países e, ao mesmo tempo, observando que os modelos de Fioravanti podem ser considerados arquetípicos dos sistemas de direitos e liberdades do Ocidente moderno, podemos utilizá-los para auxiliar na compreensão de outras experiências constitucionais do século XIX, dentro e fora da Europa, pressupondo-se obviamente perspectivas de tempos, velocidades e modos de integração distintos, sempre matizados por peculiaridades locais, históricas e

94 COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105

95 Como já esclarecido na Introdução deste trabalho, o acesso à obra foi realizado a partir de sua edição em língua espanhola: FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016.

econômico-sociais. Como resultado, ressignificações, transformações e possíveis novos modelos são visíveis em ambientes diversos dos originais, como nos casos de Portugal, da Bélgica, da Holanda e do Brasil⁹⁶, focando-se esta pesquisa apenas no último.

Observa-se que a notabilidade dos modelos descritos por Fioravanti reside no fato de terem sido construídos sobre bases empíricas, o que lhes confere aptidão para reunir em suas plataformas determinadas características políticas, socioculturais e históricas concretas que acabam por definir com certa precisão o sistema de pensamento constitucional de determinado sistema de garantia de direitos e liberdades. Trazendo o raciocínio para a realidade do primeiro constitucionalismo brasileiro, pode-se indagar se, em seu modo concreto de exprimir-se, organizar-se e constituir-se, o incipiente pensamento constitucional brasileiro aderiu ao plexo de características de algum, ou alguns, desses modelos, considerada a possibilidade de combinação em duplas a que alude Fioravanti. Essa análise de enquadramento ou subsunção pretende fornecer uma ferramenta didática e auxiliar ao aprofundamento da compreensão do fenômeno constitucional brasileiro em seu momento inaugural, sob o pressuposto da chave das traduções culturais. Essa abordagem analítica deve esquivar-se de compreensões equivocadas sobre suposto transplante ou “cópia malfeita” de modelos europeus ou norte-americanos no ambiente brasileiro. Como enfatiza Ricardo Marcelo Fonseca, à extremada oposição entre a “mímese cultural dos latino-americanos” e a sua “absoluta originalidade” as traduções culturais demonstram responder a contento, como “chave de leitura mais fecunda que aquelas da ‘recepção’, com ‘transplante’ ou com ‘transferências’ jurídicas”⁹⁷, até porque as traduções pressupõem as perdas e as negociações como naturais ao relacionamento entre culturas jurídicas distintas, abrindo um campo bem mais amplo e flexível de análise de experiências constitucionais diversificadas.

Com foco nesse intuito, é necessário primeiramente compreender cada um dos modelos que chamamos de clássicos, no âmbito de seus contextos de origem, conforme as combinações em duplas salientadas por Fioravanti, alertando-se para a questão de que o objetivo deste capítulo não é esmiuçar as lutas revolucionárias, seus personagens históricos, suas diversas fases, sua escalada e sua extensão,

96 CLAVERO, Bartolomé. *Instituição Histórica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 137.

97 FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures. *Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito – IBHD*, n. 1, v. 1, pp. 353, 360, jul/dez 2020.

como fatos históricos em si, nem analisar seus desdobramentos políticos, mas sim evidenciar-lhe a face representativa da escolha de um modelo constitucional de proteção de direitos e liberdades. Portanto, as revoluções, tanto a francesa quanto a americana, serão observadas aqui como mero cenário de uma realidade sobre a qual temos efetiva atenção: o modelo ou sistema constitucional de direitos e liberdades.

É importante ainda observar que os três modelos clássicos dos primórdios do constitucionalismo moderno se expressaram sob os contornos de duas tradições jurídicas distintas: *Civil Law* ou *Codification* e *Common Law*. No ambiente revolucionário francês o movimento constitucional concebeu a elaboração de Constituições formais e escritas a partir de um pacto estabelecido entre os integrantes da Nação, dando origem ao sistema da codificação ou *Civil Law*. Nesse sistema, o constitucionalismo não chega em decorrência de uma evolução histórica e por intermédio da jurisprudência. É justamente a revolução política burguesa que o produz por meio de um evento disruptivo e formador de uma ordem totalmente nova. Já no ambiente do *Common Law*⁹⁸ o elemento histórico é o elemento formativo do constitucionalismo. Entende-se que na Idade Média é que foi construída a limitação jurídica do poder de *imperium*, fracionado entre um grande número de sujeitos e subordinado ao costume e à natureza das coisas. O direito, os direitos radicados no tempo e a força normativa do costume tratavam de garantir as liberdades, especialmente as patrimoniais, que não estavam ligadas diretamente ao indivíduo mas à comunidade, ao feudo, à terra. Como um dos países-chave do constitucionalismo moderno, a Inglaterra “funda em boa parte a doutrina de sua identidade histórico-política sobre a imagem da continuidade entre as liberdades medievais e modernas”⁹⁹.

Se as tradições jurídicas são distintas, por outro lado reafirmam o universalismo intrínseco aos direitos individuais, especialmente naquele momento primordial, pois a acepção de direito individual, proveniente de uma construção

98 “Desde os primórdios, o *common law* se caracterizou como um sistema de ações judiciais (*writs*) que mediavam, por via da atuação das cortes, as relações entre os cidadãos, isto é, entre os indivíduos formalmente iguais. O *common law*, dessa perspectiva, foi um importante elemento de integração social, o que também se revela em face de sua fonte jurisprudencial. Na verdade o *common law* foi mais um direito criado pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como se verificou na Europa Continental.” (RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013, pp. 219-220.)

99 FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016, p. 25.

racional europeia, que contemporaneamente identificamos com a noção de *direito subjetivo*, estendeu-se vastamente pela porção ocidental do mundo. Em uma ou noutra tradição jurídica, se “a concepção de *direito objetivo* pode separar, o conceito de *direito subjetivo* também pode unir”¹⁰⁰. Se na tradição continental direito objetivo era aquele instituído pela lei do Estado, como principal fonte do Direito, na tradição do *Common Law* o direito objetivo era produto de decisões judiciais, e do manejo de ações judiciais (*writs*) por operadores do direito. Já a noção de direito individual era capaz de unir ambas as tradições no reconhecimento de determinados atributos naturais, ou inerentes à condição humana, e independentes de quaisquer outras variáveis, como religião, modelo constitucional ou modelo de Estado. Para Georges Lefebvre, desde suas raízes, a revolução francesa pensou a liberdade e a igualdade como “patrimônio comum da humanidade”. Os revolucionários imaginaram “que todos os povos imitariam seu exemplo, pensaram durante um momento que, libertando-se, as nações reconciliar-se-iam para sempre na paz universal.”¹⁰¹ Em suas palavras:

ao inspirar-se nos mesmos mestres, o Ocidente nunca deixou de admitir a unidade da espécie humana. A Igreja prometia a salvação a todos os homens, sem distinção de raça, língua, religião. Os filósofos permaneceram fiéis a esse universalismo. Secularizaram a ideia da comunidade cristã, porém a continuaram.¹⁰²

Mas a compreensão universalista das liberdades ditas subjetivas não obsta a percepção das diferenças nos modelos adotados para assegurá-las ou instituí-las, em suas contextualizações concretas, ainda mais quando o modelo é ambientado no singular panorama socioeconômico e político dos países colonizados, que não ocupavam espaços centrais no mundo. Justamente por tal razão é importante que a aproximação do fenômeno constitucional brasileiro se dê sob a via ampliativa e relativa das traduções culturais, que é a proposta deste trabalho.

3.1 O HISTORICISMO INGLÊS

Essencialmente liberal, e antagônico em relação ao aspecto estatalista da França revolucionária, o constitucionalismo histórico inglês é movido pelo célebre

100 CLAVERO, Bartolomé. *Instituição Histórica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 133.

101 LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da revolução francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2024, p. 210.

102 LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da revolução francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2024, p. 214.

binômio *liberty and property*. Nesse sistema, os direitos são adquiridos e confirmados pelo tempo e por seu uso histórico, o que os faz indisponíveis à vontade contingente do poder político. Por tal razão, a compreensão de sua construção exige a observação das raízes de “tempos históricos mais profundos”¹⁰³, procurando desviar-se da marcação temporal por datas rígidas, alcançando a experiência jurídica que se desenvolveu no medievo.

Como na Idade Média não existia um poder rigorosamente institucionalizado, que exercesse o monopólio das funções de *imperium* e normativas do Estado sobre um território determinado, as cidades e as vilas se autogovernavam e possuíam autonomia normativa¹⁰⁴. O poder encontrava-se fracionado entre um grande número de sujeitos ao longo de uma escala hierárquica que se iniciava no Rei, e no mais alto senhor feudal, até cada um dos cavaleiros armados, em espaços muito delimitados de exercício. Os sujeitos dessa escala estavam ligados por relações de fidelidade e proteção relativamente a sua família e a seus bens. Eram esquemas de garantia de direitos e liberdades que resultaram de uma sedimentação consuetudinária de práticas espontâneas, livres de condicionamentos rígidos¹⁰⁵ e que demonstravam ter muito mais importância para homens e mulheres comuns, na regulação de seu cotidiano, que leis de papas, reis ou imperadores¹⁰⁶. Para Paolo Grossi, talvez dentre as características mais marcantes da experiência jurídica medieval esteja sua factualidade, a solidez baseada num mundo simples de fatos, onde o direito flui para além da lei do príncipe, quando ela existia, e que o operador respeitava com absoluta humildade¹⁰⁷. Nessa ordem factual, a juridicidade é naturalmente intrínseca à expressão dos fatos.

Sob uma bem arraigada noção de comunidade, parte indissociável de uma civilização que não acreditava na atuação individual, uma ordem estamental atribuía direitos aos sujeitos conforme o pertencimento estamental, desde o topo da escala hierárquica até seu nível inferior. Os direitos, portanto, possuíam estrutura corporativa, eram patrimônio do feudo, da aldeia, da comunidade e, especialmente, da terra. Num verdadeiro “magnetismo do real”, a terra condicionava todos os

103GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 32.

104ULLMANN, Walter. *The Individual and Society in the Middle Ages*. Baltimore, Maryland: Johns Hopkins University Press, 2019, p. 58.

105GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 47.

106ULLMANN, Walter. *The Individual and Society in the Middle Ages*. Baltimore, Maryland: Johns Hopkins University Press, 2019, p. 59.

107GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 71.

sujeitos que com ela entrassem em contato, incidindo diretamente em seus *status*, “com todo o seu patrimônio de regras consuetudinárias”¹⁰⁸. A terra era um importante fato normativo, estabilizador de uma ordem constitucional estabelecida a partir de seu uso no tempo, independentemente das demais esferas de acontecimentos cotidianos, criando uma profunda estabilidade.

A individualidade não era considerada como atributo inerente ao ser humano, talvez por isso era tão comum a união em associações, grupos, fraternidades, que davam aos indivíduos a segurança que não teriam isoladamente. Além disso, prevalecia a ideia de que membros de um mesmo grupo associado eram iguais¹⁰⁹. Somente ao final do século XIII podia-se ver a existência da noção de cidadania, com a emergência gradual do interesse pelas qualidades da pessoa humana, o que se refletiu fortemente nas artes, especialmente na pintura e escultura, do direito natural clássico e da tese do indivíduo como membro do Estado.

Para Maurizio Fioravanti¹¹⁰, a cultura historicista das liberdades busca na Idade Média a grande tradição europeia do governo moderado e limitado e estimula o constitucionalismo moderno a explorar as bases do legado medieval. O intento é tutelar do melhor modo possível a esfera privada individual, segundo o célebre binômio liberdade-propriedade, numa noção horizontalizada de cidadania entre os indivíduos e sua primazia vertical em face do poder político estatal. A forma política de governo moderado e equilibrado é produto dos progressivos ajustes da história e não da vontade dos homens contratualmente determinada, diferença singular em relação ao individualismo contratualista.

Esse modelo pressupõe a continuidade entre as liberdades medievais e as modernas, pela qual o desenvolvimento daquelas culmina na paulatina edificação dessas, principalmente a partir do avanço alcançado pelas teorias de John Locke e das realizações, no plano político, propiciadas pela Revolução Gloriosa (1689). Se neste modelo não há contrato social, nem vontade instituidora da organização política, não existe poder constituinte originário, mas uma história de longa duração que constitui a superestrutura chamada *Estado*, limitada pelos direitos dos indivíduos. Produto do historicismo, a Constituição inglesa é em sua essência

108GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 119.

109ULLMANN, Walter. *The Individual and Society in the Middle Ages*. Baltimore, Maryland: Johns Hopkins University Press, 2019, p. 57.

110FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016.

formada por uma aglomeração de leis, instituições e costumes, decorrentes de princípios imutáveis da razão, e a partir dela convencionou-se que a sociedade deve ser governada, conforme a definição clássica de Bolingbroke¹¹¹.

Nos Estados Unidos, por sua vez, a revolução americana realizou a tradução cultural tanto do historicismo britânico, quanto do individualismo europeu, que se verá mais detidamente no próximo tópico. Numa contextualização histórica totalmente diversa da originária, quando ambos os modelos se unem na cultura estadunidense ganham significados próprios. Fioravanti¹¹² explica que nos Estados Unidos não havia Antigo Regime a ser derrubado. Portanto, o “tirano” contra o qual os americanos lutaram não é o mesmo dos revolucionários franceses. A Coroa inglesa não era diretamente questionada, mas sim uma série de disposições fiscais que a “pátria-mãe” havia imposto sobre produtos das treze colônias, sem que houvesse representação de seus povos no Parlamento. A máxima utilizada pelos revolucionários advinha do próprio constitucionalismo britânico: *no taxation without representation*. O que os colonos pretendiam, num primeiro momento, era o direito de representatividade política, mais especificamente tributária, pois questionavam a legitimidade de tributos de cuja instituição não haviam participado. Para Fioravanti, neste ponto, um forte elemento historicista é fundamental ao constitucionalismo estadunidense. Por outro lado, a tradição é superada no individualismo jusnaturalista, quanto ao poder constituinte, à representatividade política e à base eletiva democrática. Ao povo é dada autoridade superior aos legisladores, o que acaba por atribuir ao texto constitucional *status* de superioridade em face ao ordenamento jurídico. Nesse ponto, o modelo americano se afasta do modelo europeu legicentrista. Nos Estados Unidos, o modelo de proteção de direitos e liberdades funciona numa base historicista-individualista, e antiestatalista, em que o primeiro elemento é mantido para corrigir uma possível inclinação do segundo ao estatualismo, como acontecera na Revolução Francesa, com seu “legicentrismo e a doutrina do legislador que encarna a vontade geral”.¹¹³

111 COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

112 FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016, p. 100.

113 FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016, p. 100.

3.2 O INDIVIDUALISMO ESTATALISTA DA REVOLUÇÃO FRANCESA

A compreensão do modelo individualista, abstrata e puramente considerado, presume seu isolamento teórico, fora do ambiente concreto das revoluções, e remete às teorias contratualistas, especialmente a Rousseau. Consoante esclarece Fioravanti¹¹⁴, no individualismo a dualidade entre liberdade e poder implica a oposição entre indivíduo e Estado, e entre indivíduo e ordem estamental de direitos, pressupondo a primazia do indivíduo em face, tanto aos poderes dos estamentos e aos senhores-juiz-arrecadador-administrador, quanto ao Estado em sua feição moderna.

Esse modelo teoriza a existência de direitos naturais e de indivíduos ativos politicamente antes da Constituição do Estado. Disso decorre que os direitos são reconhecidos e garantidos pelo Estado, mas não criados nem fundados por ele. O individualismo sustenta a revolução social que elimine os privilégios e a ordem estamental que os sustenta, a partir da livre manifestação de vontade dos indivíduos, expressa em um contrato social, na linha do voluntarismo rousseauiano.

Como os indivíduos preexistem ao Estado, o poder constituinte de que são titulares é um poder fundamental e originário de decisão sobre a forma e orientação política da associação. Este poder de decidir é o pai de todas as liberdades políticas, responsável pela construção de um edifício constitucional totalmente novo, em drástica oposição e polêmica às ordens estamentais, à tradição e aos institutos do medievo e do Antigo Regime, fixando a relação entre moderno e medieval em termos de fratura de época. O domínio do legislador, sua capacidade de representar a unidade do povo ou da nação, garante o rompimento com o passado e é essencial à criação de um sistema político inteiramente novo, “fundando novamente a nação, una, indivisível”, mediante o seu “consentimento voluntário”¹¹⁵. A razão e a vontade orientadas pela filosofia teriam a tarefa de construir uma nova ordem, nova e justa, porque a história pregressa do país, orientada por privilégios aristocráticos, não poderia ser aproveitada em nenhum aspecto. Para os individualistas, a idade moderna é a idade dos direitos individuais, e do progressivo aperfeiçoamento de sua tutela, porque é a idade da progressiva destruição do medievo e da ordem feudal e

114FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016, p. 100.

115LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da revolução francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2024, p. 209.

estamental do governo e da sociedade. Os individualistas atribuem-se o mérito histórico de ter destruído a velha sociedade estamental de privilégios.

Para Fioravanti, o modelo constitucional francês de direitos e liberdades é um modelo individualista estatalista, porque combina o individualismo com o estatalismo hobbesiano, enquanto o historicismo é sua face antagônica: o modelo francês é, por vários motivos, oposto ao anglo-saxão. A fratura de época relativamente à sociedade estamental e a representação integral do poder pelo povo, justificando um absolutismo democrático, no lugar de um governo misto e moderado, são pontos que afastam o modelo francês do inglês. Além disso, para os revolucionários franceses a Inglaterra nunca teve uma verdadeira experiência de Estado absoluto e não teve a força para impor a nova dimensão individualista moderna à velha ordem feudal. Na França, ao contrário, “se a centralização não sucumbiu à Revolução, foi porque ela mesma era o começo e o signo daquela revolução; e acrescentarei que, quando um povo destrói em seu seio a aristocracia, corre para a centralização¹¹⁶”.

O modelo estatalista, quando puramente considerado, ou seja, sem combinações com outros modelos teóricos, parte da ideia de que, desde os seiscentos, a cultura dos direitos e liberdades é de índole estatal. Hobbes é o cabeça desse modelo, que prescindem dos direitos naturais. Significa dizer que antes das forças normativas e imperativas do Estado, ou seja, no estado de natureza, inexistem direitos e liberdades. Não há contrato social entre os indivíduos, mas a vontade de submeter-se a ato de sujeição e subordinação unilateral irreversível. Essa vontade, portanto, não se expressa por esquema contratual negocial ou privado, mas sim por meio de um pacto, sublinhando a diferença entre *dominium* e *imperium*, ou entre o contrato particular e a obrigação política estatal e pública. Essa última garante a conformação de um Estado forte, com autoridade suficiente para livrar o poder constituinte de toda influência de caráter privado. Nesse processo, os indivíduos se tornam povo ou nação e quando exercem direitos políticos não são parte de uma comunidade soberana, mas parte do próprio Estado.

Assim, antes da lei do Estado não há que se falar em direitos e liberdades civis e por isso não há dualidade entre liberdade e poder, pois ambas nascem juntas. Para Fioravanti, desde o século XVII, a idade moderna é a idade em que se constrói a mais formidável concentração de poder que a história jamais conheceu, primeiro

116 TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Edipro, 2017, p. 94.

sob o legislador absoluto e depois sob o amparo do legislador revolucionário, intérprete da vontade geral. A cultura individualista revolucionária valoriza positivamente o papel do Estado moderno, com sua máxima concentração de poder, porque necessita dela na luta contra os privilégios da sociedade estamental¹¹⁷.

Esse formato de Estado é inconcebível para aqueles que acreditam no constitucionalismo como instrumento de limitação do poder em nome de direitos e liberdades, que o precedem. Como já ressaltado no primeiro capítulo deste trabalho, talvez essa seja a grande contradição do constitucionalismo moderno continental em seu momento formativo. Se por um lado, os direitos e liberdades devem pressupor a limitação dos poderes Estatais para que se possam concretizar, por outro, sua consagração institucional e, especialmente, sua garantia dependem do próprio ente estatal no exercício de seus poderes coercitivos.

Voltando-se novamente à experiência concreta da Revolução Francesa, o contratualismo estatalista da primeira fase revolucionária enveredou-se pela senda dos excessos políticos, que se viam principalmente na paixão pela liberdade e pela soberania popular e no ódio às instituições antigas. No extremo voluntarismo, por um lado, e no extremo estatalismo, por outro, que residiu o fracasso do radicalismo jacobino. Como não havia limitação ao contratualismo, o povo “tem sempre o direito de revisar, reformar e trocar a Constituição”¹¹⁸, por isso na falta de estabilidade e garantia aos direitos “está o ponto débil e mais problemático da revolução”. Sob o prisma das liberdades políticas, o exercício da cidadania direta e a presença física contínua do povo soberano em suas assembleias primárias em todos as funções e órgãos do Estado fazia reaparecer “o grande mito do poder constituinte” sempre que havia a tendência a estabelecerem-se os poderes constituídos. Mas, quando num segundo momento são eleitos os representantes populares para exercer a representação política, o povo deixa de existir, porque o excesso de estatalismo “o absorve por completo.”¹¹⁹

Nas palavras de Edmund Burke, político irlandês moderado e conhecido crítico da Revolução Francesa, “o poder francês actual é o primeiro corpo de cidadãos que, tendo obtido plena autoridade para fazerem do seu país o que

117 FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016, p. 40.

118 Dispunha o artigo 28 da Constituição jacobina de 1793, que uma geração não poderia sujeitar as gerações futuras a suas leis.

119 FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016, pp. 63-64.

quisessem, escolheram dividi-lo desta maneira bárbara”, atuando como verdadeiros “conquistadores bárbaros” que visam à “destruição de todos os vestígios do antigo país, no que respeita à religião, à política, às leis e às maneiras, confundindo todos os limites territoriais, produzindo uma pobreza geral”¹²⁰. Burke referia-se ao abismo político e cultural que separava Paris das províncias francesas e à decisão da Assembleia Constituinte de dividir a França “em oitenta e três partes distintas como se ela fosse “o solo virgem do Novo Mundo”¹²¹.

Lynch ainda observa que na revolução francesa “os moderados foram derrotados”, e que acreditavam os radicais:

que o modelo da constituição mista era incompatível com a soberania popular, indivisível e absoluta, e por isso condenaram todas as propostas que contemplassem separação de poderes equipotentes e equilibrados. Eles se apropriaram conscientemente de categorias centrais do ‘momento monárquico’, como soberania absoluta e razão ou golpe de estado, a fim de revertê-las em proveito do novo príncipe da era igualitária: o povo. Entre moderação e radicalismo, a Assembleia preferiu o último com todos os seus consectários: vontade política ao invés da razão social; unidade ao invés da diferença; virtude cívica ao invés do comércio; soberania absoluta ao invés de governo limitado pelos direitos do homem.”¹²²

Numa outra linha de análise, na qual não pretendemos nos demorar, por não ser o foco deste capítulo, Lefebvre enfatiza que foi a obstinação da aristocracia por seus privilégios, infensa a qualquer concessão e compromisso, que obrigou a burguesia a seguir em frente no assolapamento da antiga ordem, aliando-se para tanto às massas populares rurais e urbanas, “às quais teve de dar satisfação: a revolução popular e o terror limpavam o campo, o feudalismo foi irremediavelmente destruído e a democracia foi instaurada,” marcando “uma etapa decisiva na via do capitalismo”¹²³. A revolução sanguinária, em verdade, foi resultado de uma dramática luta de classes, que não se viu em nenhum outro Estado. Para Lefebvre “a Corte recorreu a violência para defender a aristocracia”, encurralando o Terceiro Estado, que optou pela resistência ao invés da sujeição¹²⁴.

Na aguçada crítica de Tocqueville, que abriu a revolução para a avaliação das novas gerações na segunda metade do século XIX, “a Revolução Francesa não

120BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, pp. 262-263.

121TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Edipro, 2017, p. 104.

122LYNCH, Christian. *Fundações do Pensamento Político Brasileiro: a construção intelectual do Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2024, p. 189.

123LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da revolução francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2024, pp. 233-234.

124LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da revolução francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2024, p. 211.

será mais que trevas para os que quiserem olhar só para ela: é nos tempos que a precedem que se deve buscar a única luz capaz de iluminá-la.”¹²⁵ Com efeito, se o modelo da Revolução Francesa havia falhado, restaram incólumes seus ideais de igualdade e liberdade, que a filosofia iluminista e o jusracionalismo solidificaram na história. Em que pese os equívocos radicais e as paixões idealistas, a revolução estava ancorada em ao menos dois séculos de abertura e desenvolvimento do espírito humano para o conhecimento, consoante procuramos demonstrar no capítulo precedente. Para Lefebvre, “todo o movimento filosófico de nosso país durante o século XVIII tendia a resumir-se em tal ato”, pois a revolução “era inevitável e parte importante da evolução da civilização ocidental”.¹²⁶ Por outro lado, novas e mais equilibradas alternativas à garantia dos direitos e liberdades teriam de ser arquitetadas, em socorro ao constitucionalismo individualista e contratualista do *Civil Law* que, como consequência da revolução, perdera sua estabilidade e sua credibilidade, não apenas na Europa, mas em todo o Ocidente.

Como decorrência desse panorama, embora as Constituições francesas de 1791, 1793 e 1795 tenham sido estabelecidas sobre a grande maioria dos pilares do constitucionalismo liberal, uma mudança abrupta aconteceu em 1799, quando todos os poderes do Estado foram concentrados nas mãos do Primeiro Cônsul, apesar da fachada de Constituição, tomando a história constitucional novos rumos. Reconhece-se, pois, na história do constitucionalismo francês a particularidade das convulsões e das rupturas, o que o faz, e não apenas ele, mas o constitucionalismo europeu como um todo, tão diferente do americano¹²⁷.

Na via mais conservadora, o Congresso de Viena (1815), em seu contexto de Restauração monárquica, traduziu os elementos da velha ordem social europeia em uma roupagem mais moderna, sob a compreensão de que não seria possível retornar totalmente à ordem anterior. Era um modo de tentar garantir a legitimidade política das dinastias europeias e seu retorno ao poder, quando findas as guerras napoleônicas, sem deixar de lado determinados preceitos liberais que a revolução disseminara e que passaram a compor a cultura dos direitos e liberdades.

125TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Edipro, 2017, p. 205.

126LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da revolução francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2024, p. 214.

127DIPPEL, Horst. Modern Constitutionalism. An introduction to a history in need of writing. *The legal History Review*, n. 73, 2005, p. 161.

O contexto foi animado com novas discussões filosóficas e disputas sobre a configuração das instituições liberais, especialmente a moderação e a relação entre os poderes, sobre as quais tiveram grande evidência os escritos de Edmund Burke e do filósofo francês Benjamin Constant, que teorizou sobre o poder neutro, régio, preservador ou moderador, pelo qual o monarca usava seu prestígio como árbitro entre os poderes, permanecendo do povo a representação nacional junto ao parlamento. Essas discussões rodaram a Europa e atingiram outros continentes, numa intensa circulação de ideias que, a exemplo do que acontecera também nas fases mais revolucionárias do constitucionalismo, influenciava as jovens nações americanas recém-independentes.

Assim, como ponto focal desta pesquisa, é importante perceber que a discussão também impactou significativamente “o debate relativo ao papel do chefe do Estado na América Ibérica, com as inevitáveis variações decorrentes da diversidade de circunstâncias de nações recém-constituídas no Novo Mundo”¹²⁸, consoante o capítulo 4 desta pesquisa.

3.3 O ESTATALISMO LIBERAL EUROPEU DO SÉCULO XIX

No cenário conturbado pós-revolucionário, um modo diverso e mais crítico de perceber a revolução também correspondeu a um modo diverso de compreender a Constituição, respondendo a uma necessidade difusa de estabilidade e construção de soluções políticas e constitucionais moderadas¹²⁹.

No constitucionalismo do primeiro quartel do século XIX uma outra via haveria de ser pavimentada pelos liberais em prol da estabilidade e longevidade constitucional e da garantia dos direitos civis. De modo geral a questão da soberania popular foi para o fronte do debate político, marcando novas discussões sobre o fundamento de legitimidade do poder estatal. Observa-se uma fragmentação do pensamento liberal em diferentes linhagens, prevalecendo a tendência a apoiar modelos de Estado inspirados nas instituições políticas inglesas ou norte-americanas, em que o poder está dividido entre o executivo e o legislativo bicameral,

128LYNCH, Christian. *Fundações do Pensamento Político Brasileiro: a construção intelectual do Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2024, p. 223.

129FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Edizione digitale, 2015, pp. 51-52.

assim como uma forte inclinação às monarquias constitucionais, procurando-se minimizar ou atribuir menos ênfase às suas diferenças em relação à república presidencialista¹³⁰.

Por tudo isso, para Benjamin Constant a solução à garantia dos direitos era aprender a combinar os dois tipos de liberdade, a dos antigos e a dos modernos, unindo o individualismo atomizado e hedonista dos modernos à participação política e institucional dos antigos, numa vigilância constante, que garantiria um sistema liberal estável. Em outras palavras, a ausência de liberdade política poderia colocar em risco as liberdades civis, por falta de vigilância e dedicação públicas.¹³¹ Mas Constant fazia parte do movimento mais progressivo, que não prevaleceu na *Charte Constitutionnelle* francesa de 1814, nem na Europa em geral naquele momento. O movimento de reconfiguração institucional resultou o redesenho da ordem monárquica, com tendências historicistas e Constituições que combinavam imperativos liberais a valores que remontavam ao Antigo Regime. As Constituições liberais ganharam roupagens diferentes nos diversos países europeus, manifestando conformações políticas e jurídicas sob a forma de consensos e pactuações, que revelavam particularidades e expectativas das sociedades que as forjaram.

Na França, temendo-se o vácuo do poder estatal após a queda de Napoleão, foi restabelecida a dinastia Bourbon e, após a rejeição do projeto apresentado pelo Senado que salvaguardava a soberania popular, Luis XVIII outorgou aos 04 de junho de 1814 a *Charte Constitutionnelle*, que era um compromisso entre o restabelecimento da antiga monarquia, a garantia de direitos civis e um regime político censitário. O poder legitimava-se com base na soberania divina e os títulos de nobreza estavam preservados. A divisão de poderes foi assegurada de um modo peculiar, porque o Rei titularizava todas as três esferas estatais. O texto da Carta não fazia nenhuma menção ao regime de escravidão restabelecido nos territórios coloniais por Napoleão em 1802 (Lei 30 Floreal). Assim, o silêncio constitucional mantinha a escravidão conforme o regime anterior à revolução, indicando a convivência entre ideais liberais e institutos antigos.

A *Charte Constitutionnelle* de 1814 tornou-se paradigma para as Constituições alemãs nos próximos anos e “foi aclamada por conservadores de toda

130DIJN, Annelien de. *French Political Thought from Montesquieu to Tocqueville. Liberty, a Levelled Society?* Cambridge University Press, 2008, p. 8.

131CONSTANT, Benjamin. *A Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos*. São Paulo: Edipro, 2019.

a Europa, embora ainda considerada muito liberal pelos ultra-monarquistas”. Vigeu até a *Charte* de 1830, que também não representou grande avanço em termos de constitucionalismo moderno¹³².

Como claramente se observa, o modelo a que Fioravanti se referiu como “estatalismo liberal” pode ter representado no século XIX a terceira via buscada pelos liberais moderados que não pretendiam, nem poderiam, abrir mão de certos avanços conquistados pela revolução, mas que, por outro lado, reconheciam a premente necessidade de dotar as instituições estatais, as garantias individuais e a sociedade civil de estabilidade.

O estatalismo liberal apostou na eliminação de aspectos incômodos da revolução, restituindo às instituições sua “legitimação autônoma”, distinta do voluntarismo contratualista, materializado na vontade dos indivíduos. Além disso, o termo-conceito “nação”, intercambiável com o termo “povo” durante o período revolucionário, haveria de desvincular-se dele, para assumir um significado totalmente novo e apartado do sentido de soberania popular. A nação passaria a apresentar um atributo de estabilidade, incompatível com o artigo 28 da Constituição Francesa de 1793, que declarava o direito de cada geração de se dar as próprias leis e não se sujeitar às leis da geração anterior. Nessa linha, em diversos países da Europa, e sobretudo na Alemanha, perde importância a crença de que a Constituição era o resultado da livre e consciente manifestação de vontade do povo ou da nação. Na base das instituições políticas já não está o povo, compreendido pelos revolucionários radicais como uma geração de indivíduos desvinculada de qualquer norma anterior que não provenha de sua pessoal expressão de vontade, mas a nação. Essa passa a ser definida sobre uma base histórica, uma sequência concatenada de gerações, herdeira das experiências precedentes, à qual não é atribuída a possibilidade de refundação do Estado.¹³³ A nação no século XIX é “um todo orgânico objetivo, cujo direito está acima do arbítrio das maiorias parlamentares conjunturais ou dos impulsos legislativos dos governos”. Sendo a lei uma emanção

132“A Carta de 1830 reduziu apenas ligeiramente o poder do monarca e estendeu os poderes do legislativo, mas quanto aos caracteres essenciais do constitucionalismo moderno o modelo continuou praticamente o mesmo”. (DIPPEL, Horst. *Modern Constitutionalism. An introduction to a history in need of writing. The legal History Review*, n. 73, 2005, p. 162).

133FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016, p. 99.

legislativa da nação, ela é dotada de “prudência, sabedoria legislativa”, é um ponto de equilíbrio dos interesses da sociedade¹³⁴.

Quando, principalmente na primeira metade do século XIX, o liberalismo europeu continental adota esse novo caminho, de algum modo se aproxima do historicismo britânico de que tanto almejava se afastar na era revolucionária. Afastando-se dos equívocos do contratualismo e do voluntarismo, que reconheciam na manifestação de vontade do indivíduo a legitimidade da ordem fundada, o liberalismo europeu necessitava agora de um outro elemento que gerasse equilíbrio e garantisse estabilidade para a sociedade civil e as instituições. Esse elemento foi encontrado no historicismo, nos “espaços de autonomia dos indivíduos e da sociedade civil” cravados na ordem histórica, excluindo-se do “catálogo de direitos individuais básicos” o direito de decidir, alterar, refundar, junto com os outros indivíduos, o modelo e a ordem das instituições públicas. Assim, na Europa continental oitocentista o estatalismo e o historicismo se aliam, colocando em oposição o individualismo contratualista¹³⁵, tão censurado pelos críticos do radicalismo revolucionário.

O estatalismo liberal anti-individualista dos oitocentos firmou-se em alguns pilares conceituais que, na conformidade do que já se fixou aqui, encontram-se no entorno de um novo conceito de nação, que progressivamente altera também o conceito de Constituição ao longo do século XIX. A lei, como produto normativo da nação, sendo essa última organismo estável e objetivo, possui conteúdos que revelam uma leitura equilibrada dos anseios sociais, evitando-se “a parcialidade, o espírito de facção, a inovação irresponsável e fantasiosa”. Para Hespanha, disso decorrem duas garantias: primeiro, é a lei e não a vontade contingente ou episódica de uma maioria parlamentar “quem determina os direitos efetivamente reconhecidos naquela sociedade” e, segundo, “a verdadeira constituição a que o Estado, em sua atuação, deve obedecer, é também esta lei, definidora dos direitos e deveres de cada um”, que emana do “Estado-Nação” soberano, e não do “Estado-administração”, tratando-se, portanto, de uma hetero-normação e não de uma auto-normação, de onde provêm os limites do chamado Estado de Direito, fulcrados nos

134HESPANHA, António Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 170.

135FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016, p. 100.

“princípios permanentes da convivência social, positivados na vida nacional, e consagrados nas leis”¹³⁶.

Assim, na movimentação teórica e institucional bem característica da modernidade jurídico-política, a função diretiva da Constituição vai sendo substituída pela função diretiva do próprio Estado-Nação, uma espécie de autoconsciência ética do povo, “passando a Constituição do plano positivo para o plano ideológico e programático” e “a teoria do Estado constitucional, vinculado a um pacto contratado pelos representantes da Nação”¹³⁷, vai sendo substituída pela teoria do Estado de Direito, que se cristaliza definitivamente no final do século XIX e início do século XX. O Estado ocupa, então, um papel mais relevante e protagonista na vida política. Mas no início do século XIX a movimentação que se observa na Europa continental é a de um estatismo liberal que inicia seu distanciamento do individualismo revolucionário e que procura se blindar do excesso de contratualismo, lançando mão de convicções historicistas, que comprometem o significado de categorias como “nação”, “constituição” e “lei” no âmbito de um espectro que lhes confere maior estabilidade e equilíbrio no sistema de garantia de direitos e liberdades.

Também em Portugal é uma revolução política que, em 1820, produz a deflagração da história constitucional moderna, que muito influenciará a história brasileira. De início o modelo francês é adotado, mas o pensamento constitucional lusitano tende a percorrer outros caminhos, apresentando, em relação à matriz francesa revolucionária, algumas notáveis peculiaridades. Tida como “a mais radical e antimonárquica de todas as Constituições portuguesas”¹³⁸, a Constituição de 1822 não adquiriu estabilidade, sendo fortemente rejeitada pelo movimento conservador e monarquista que se manifestava em Portugal. Embora advinda da revolução liberal do Porto, a Constituição portuguesa de 1822 nasceu num clima internacional restauracionista e crítico, que diminuía sua legitimidade política e sua perspectiva de longevidade. Em Portugal um discurso de continuidade contrarrevolucionário, nos anos de 1823 e 1824, acompanhava o panorama da Europa continental, resultando disputas entre o rei e as Cortes, que levaram à sua dissolução e à revogação da Constituição de 1822, considerada “subversiva e insubsistente”. Foram retomados “estilos e fórmulas legislativas do absolutismo” e a intransigência na defesa da religião católica como limite constitucional inderrogável. Os dogmas da soberania da

136HESPANHA, António Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, pp. 170-171.

137HESPANHA, António Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, pp. 171-172.

138HESPANHA, António Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 89.

nação e da divisão dos poderes foram considerados heréticos. Temas fundamentais como propriedade, religião e liberdade dos cidadãos não poderiam ser dados ao arbítrio das paixões do povo, enquanto não deveriam ser subtraídas atribuições de Soberania do Rei de Portugal¹³⁹.

Foi desse cenário europeu um tanto contraditório e crítico em relação às consequências da revolução que o Brasil recebeu os influxos liberais que seriam adaptados e conformados as suas necessidades específicas. Na chave de tradução cultural, que pressupõe perdas, transformações, acomodações e processos de produção de novos significados, implicados no fenômeno da “recepção de conhecimento normativo”¹⁴⁰ é que se torna possível a avaliação sobre a recepção desses influxos e a criação de um pensamento constitucional brasileiro, ainda que muito incipiente. Se um campo de debates pré-constitucional foi aberto no Brasil, conforme revelado pela pesquisa empírica, se alternativas foram encontradas para a positivação de um texto constitucional, e se decisões de ordem constitucional foram tomadas nesse texto, há fortes indicativos de que um pensamento constitucional estava se estabelecendo, e certamente ainda haveria de encontrar sua maturidade e sua consolidação ao longo do século XIX.

139HESPANHA, António Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, pp. 147-151.

140DUVE, Thomas. *Legal History as a History of the Translation of Knowledge of Normativity and Legal Theory Research Paper Series*. Frankfurt: Max Planck Institute for Legal History, n. 2022-16, 2022.

4 PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: OS DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1824

A experiência jurídica de um povo está “ligada à vida dessa civilização no tempo e no espaço, ela exprime vivamente as forças históricas- materiais e espirituais- que nelas circulam e as traduz em escolhas de vida jurídica”.¹⁴¹ Para que a experiência jurídica se concretize e se exprima ela se instrumentaliza através de ordenamentos jurídicos, únicos ou plurais, considerando as múltiplas manifestações jurídicas que a história já demonstrou serem factíveis.

Na modernidade jurídica, uma experiência jurídica moderna e própria do nascente Estado brasileiro, haurida de fontes do direito nacionais, estava indispensavelmente conectada a um ato jurídico fundacional, resultado da expressão de vontade de um poder soberano, incumbido da escolha da arquitetura política do Estado, nos moldes dos princípios civilizacionais modernos, e do traçado do sistema de proteção de direitos do indivíduo. A existência do Estado e seu reconhecimento no cenário internacional do século XIX exigia uma construção jurídica cuja pedra fundamental se identificasse numa Constituição liberal. Dado o cenário das luzes, com seu ideário precípua, ao qual o Brasil já demonstrava ter aderido, a seu modo, é verdade, tanto pela via cultural, quanto na senda concreta das ações estatais de modernização, outra possibilidade não existiria que não fosse a elaboração de um documento constitucional escrito, moderno, de inclinação liberal.

Noções de estatalidade, nacionalidade, civilidade e estabilidade compunham o projeto de concepção do direito (em sentido objetivo, as normas), como “condição de unidade estatal”¹⁴² e ordenação social. Dizendo de outra maneira, o direito passou a ser uma das grandezas que compunham as “condições de possibilidade e de sentido do Estado de Direito”, dentre outras duas, o poder político e os indivíduos¹⁴³. Além disso, a formação de uma única identidade política e jurídica representaria fator de coesão da sociedade civil, tanto no aspecto simbólico quanto no aspecto material. Por outro lado, a experiência normativa só se completaria com a codificação civil e criminal. Constituição e códigos eram diferentes secções de um mesmo projeto, que, desde logo, foi prescrito no texto de 1824, num comando

141GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 37.

142HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre JOU, 1968.

143COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica. O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96.

codificatório inscrito no artigo 179, XVIII, precisamente junto ao rol de direitos individuais. O comando para o futuro fazia referência a “sólidas bases de justiça e equidade”, como fatores condicionantes da codificação, indicando que meios-tons cambiantes guiavam a transição do Antigo Regime ao constitucionalismo. A outorga constitucional foi consequência da dissolução da Assembleia Constituinte aos 12 de novembro de 1823, após quase sete meses de funcionamento, intensos debates e a apresentação de um projeto de constituição.

A Constituição expressava a opção, entre as possíveis escolhas constituintes, por uma declaração de direitos em seção própria, inserida no título 8º que dispunha sobre “Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, cujo artigo 179 previa no *caput*: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império”. A título comparativo, a reconhecidamente liberal Constituição de Cádiz (1812) não contemplou um rol de direitos, já a França revolucionária positivou sua declaração de direitos em documento próprio (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789), antes da promulgação da primeira Constituição, em 1791.

O artigo 179 da Constituição brasileira, em seus trinta e quatro incisos, congregou direitos civis, liberdades e garantias jurídico-penais titularizados pelos “Cidadãos Brasileiros”¹⁴⁴, deles excluída, em alguma medida, ou na integralidade das disposições, as mulheres, a população escravizada, os indígenas e os que não professavam a religião católica. O direito de voto dependente do cumprimento de requisitos de natureza econômica foi instituído no artigo 92, inciso V, excluídos aqueles que não tivessem renda líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos, como era bastante comum no liberalismo censitário europeu do século XIX. O momento histórico requeria uma reformulação das relações entre a tríade liberal, liberdade, segurança e propriedade, ficando essa

¹⁴⁴Art. 6. São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.

última restrita à vida privada, enquanto a primeira alcança sua significação política e se aproxima da segunda, a segurança, como uma forma de garantia dos direitos civis contra os excessos do Estado, tomando a forma das chamadas “liberdades públicas”. Nas palavras de HESPANHA:

“No novo constitucionalismo, em contrapartida, a liberdade ganha uma tonalidade marcadamente política – tem a ver com o Estado e com a vida pública -, aproximando-se da segurança (contra os abusos do Estado) e dissociando-se da propriedade, a qual tende a acantonar-se nos limites, da vida privada, nas relações entre privados.”¹⁴⁵

Enquanto temas cruciais do constitucionalismo iam sendo transformados em objeto de debate e escolhas políticas e jurídicas iam sendo realizadas, o pensamento constitucional brasileiro demonstrava seu *statu nascendi* e o início da ocupação de um espaço que, indo além dos discursos e dos ideais, se tornaria mais concreto no corpo de um texto positivado. Mas é necessário compreender em que sentido se utiliza a expressão “pensamento constitucional” ou, melhor ainda, “pensamento constitucional brasileiro”. O pensamento jurídico é uma das categorias fundamentais da obra do historiador florentino Paolo Grossi. Para ele, o jurídico é uma dimensão autônoma da realidade, não meramente organizativa nem meramente técnica, mas efetivamente pensada num nível profundo, ligada a valores essenciais da sociedade. Em outras palavras, a dimensão jurídica opera como construtora da estrutura teórica social, a partir de um discurso e de um pensamento jurídico autônomos relativamente às outras aproximações da realidade. Nas palavras de Grossi:

la dimensione giuridica può essere oggetto autonomo di pensiero, quanto che il ‘giuridico’ – quando è oggetto di pensiero – ha una tale autonomia e una tale forza incisiva sulla soprastante intelaiatura speculativa, da provocare l’autonomia stessa di questa intelaiatura, da erigerla in discorso autonomo relativamente ad altri approcci della realtà.¹⁴⁶

Em nosso entender, da lição grossiana podem extrair-se duas conclusões importantes. A primeira delas o próprio Grossi expressa diretamente e diz respeito à autonomia da dimensão teórico-jurídica, que se impõe como estrutura de pensamento independente, soberana em sua própria racionalidade teórica e capaz de elaborar sua própria estrutura valorativa. Mas, embora autônoma na construção de sua estrutura teórica, a dimensão jurídica extrai seu fundamento do âmago

145HESPANHA, Antônio Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 97.

146GROSSI, Paolo. *Pensiero Giuridico* (Appunti per una ‘voce’ enciclopedica). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 17. Milano: Giuffrè Editore, 1988, p. 163.

profundo da tecitura social. Cravando suas raízes nos valores essenciais da sociedade, concebidos em processos lentos, sujeitos à maturação no tempo histórico, a dimensão jurídica é alimentada por essa matriz essencial. Disso pode-se vislumbrar uma segunda conclusão: antes de manifestar-se em seus canais específicos, por meio da atividade doutrinária, jurisprudencial ou normativa, a dimensão jurídica pode ser encontrada sob a forma de expressão social genuína, numa dimensão ligada a valores humanos essenciais e expectativas primordiais de uma dada sociedade. Essa constatação é de suma relevância nesta pesquisa, porque guiou o trabalho com as fontes históricas, de modo a considerar-se a importância de elegerem-se aquelas que mais bem expressassem um certo conteúdo pré-jurídico, ainda que a doutrina jurídica do período fosse escassa e que fossem limitados os espaços de comunicação e circulação culturais.

Ricardo Marcelo Fonseca lembra que a realidade brasileira do século XIX é “rarefeita de pensamento jurídico, precária naqueles momentos iniciais de fundação dos cursos jurídicos e tão carente de instrumentos de circulação cultural”. Contudo, enfatiza que essa constatação não pode levar a uma “conclusão apressada de que aqui não houvesse qualquer forma de pensamento jurídico” ou de que aqui o pensamento jurídico não tivesse as funções estruturantes da reflexão de Paolo Grossi. Principalmente depois da instalação dos cursos jurídicos, em 1827, “o pensamento jurídico foi conquistando novos meios de circulação, novos atores e maior espaço institucional”¹⁴⁷, nele se inserindo o pensamento constitucional como ramo autônomo do conhecimento jurídico. Manuais, sob a forma de “primeiras linhas”, “Elementos”, “Princípios” e “Lições”, além de comentários e compêndios, estavam entre as obras jurídicas desse período, inclusive porque era um modo organizado e didático para os lentes apresentarem as aulas que ministravam.

A falar de um “pensamento constitucional brasileiro” entramos no campo teórico da relação entre as diferentes tradições jurídicas e dos diálogos interculturais no tempo e no espaço. Trata-se de examinar como se “constroem pontes entre duas línguas, ou entre dois mundos culturais” a partir de ferramentas que suplantem as insuficiências e as doses de anacronismo que as noções de “transplantes” e “transferências jurídicas” podem trazer em si. A teoria da tradução, numa “chave de

147FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023, p. 1057.

leitura muito mais fecunda”¹⁴⁸, pressupõe certa “descontextualização” em relação à tradição da origem e uma “recontextualização” do conhecimento na cultura diversa, incluindo-se algumas perdas, por meio das quais podem ser especialmente examinadas as diferenças interculturais.¹⁴⁹

Thomas Duve tem proposto em suas reflexões que a história do direito seja compreendida como a história global da tradução do “conhecimento da normatividade”. Essa abordagem amplia a produção do conhecimento jurídico para além de seus atores tradicionais, o Estado, as instituições e os juristas, que corresponderiam a apenas uma “pequena parte do vasto círculo dos produtores da normatividade”. A produção do conhecimento normativo, manifestado em discursos, práticas, regras, normas e princípios implícitos ou explícitos de uma dada “comunidade epistêmica” é produto de processos de armazenamento, esquecimento, adaptação, autorização e desautorização do conhecimento que, ao final, formam padrões culturais de pensamento, orientação e ação. Assim, produzido no ambiente cultural e social de uma comunidade, o conhecimento normativo é necessariamente um “conhecimento localizado”, porém a localização é justamente parte de sua transnacionalidade, já que “a história global só tem sentido quando supõe, de outro lado, a história local”.¹⁵⁰

Mas por quais razões as reflexões de Duve seriam importantes para a compreensão da gênese do pensamento constitucional brasileiro? Em primeiro lugar porque sua teoria parece se afastar de uma noção simplificada de recepção e tradução de conhecimento normativo como processo unilateral, monolítico e estatal de reprodução do conhecimento. Em suas palavras: *Good ‘Global history’ is the combination of local histories, open for global perspectives*¹⁵¹, numa via de diálogo normativo intercultural. No caso do Brasil, esse diálogo intercultural pode ter rendido múltiplos resultados. O mais óbvio é que o pensamento europeu, sendo recepcionado no Brasil, sofreu aqui “uma releitura e uma recriação” para incorporar-

148FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures. *Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito – IBHD*, n. 1, v. 1, pp. 351-362, jul/dez 2020, p. 357-360.

149FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023.

150DUVE, Thomas. *Legal History as a History of the Translation of Knowledge of Normativity and Legal Theory Research Paper Series*. Frankfurt: Max Planck Institute for Legal History, n. 2022-16, 2022, pp. 2-3.

151DUVE, Thomas. European Legal History: Concepts, Methods, Challenges. *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*. Frankfurt: Max Planck Institute For European Legal History, 2014, p. 61.

se à realidade brasileira e responder às suas necessidades específicas de ex-colônia portuguesa, ainda dependente do regime escravagista e latifundiário de produção de riquezas, mas é também possível que transformação do conhecimento envolvida nesse processo de tradução cultural “tenha significado muito mais, uma nova vida à ciência jurídica europeia”¹⁵². Como exemplo de um entrelaçamento cultural, a Carta constitucional portuguesa de 1826 foi largamente influenciada pela Constituição brasileira de 1824, sob a orientação político-filosófica de Benjamin Constant que acreditou numa terceira via para a organização do Estado, que não fosse o retorno ao Antigo Regime, nem a adesão “às abstrações dos filósofos dos finais do século XVIII”.¹⁵³ A Carta portuguesa e a Constituição brasileira foram os únicos textos constitucionais da época que previram expressamente o Poder Moderador, amplamente criticado em ambos os países, pela “confusão entre funções do Executivo e funções do Moderador, e excesso de concentração de poderes na pessoa do monarca.”¹⁵⁴

Enfim, a categoria “conhecimento normativo”, elaborada por Thomas Duve, expressa maior elasticidade, maior abertura à circulação, e por que não dizer maior possibilidade de inclusão, para abranger diferentes sistemas jurídicos, já que desprovida de hierarquização do tipo centro-periferia, civilidade-rusticidade, Europa-América do Sul, dentre outras categorias fixas que representam em si a graduação discriminatória do pensamento jurídico.

Dizendo de outro modo, a noção de transnacionalidade que existe na história do direito global proposta por Duve, tecida pela trama das histórias localizadas, tendencialmente nos desloca de uma abordagem eurocêntrica, ou europeizante e hierarquizada da história e do pensamento jurídico para uma abordagem mais complacente com todas as possibilidades de experiências normativas. Duve enfatiza que, em termos de pensamento normativo, atualmente um conceito “fechado” de “Europa” como um espaço físico delimitado “não pode ser mais sustentado como uma categoria analítica frutífera”. Essa visão limitada reforça a imagem de unidade da cultura legal europeia pela justaposição “dentro” e “fora”, em que pese as diferentes experiências jurídicas dentro do próprio continente

152FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo; SORDI, Bernardo (org.). In *Storia e diritto: esperienze a confronto*, 2012, p. 424.

153HESPANHA, Antônio Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 154.

154HESPANHA, Antônio Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 220.

européu, como também as experiências diversas proporcionadas pela expansão colonial, estabilizando uma visão binária de “a Europa” e “o resto” que, ao fim e ao cabo, acaba por gerar uma “impotência analítica” quanto às “interconexões globais”, aos “entrelaçamentos culturais”, ou *entanglements*, e aos processos de tradução da normatividade.

Mais produtiva para as pesquisas de História do Direito, desenvolvidas na Europa ou fora dela, é a ideia da Europa como “um ponto de referência cultural” e não como um espaço físico delimitado.¹⁵⁵ Disso pode decorrer uma consequência importante, ao nosso ver: a possibilidade de vislumbrar a experiência constitucional brasileira referenciada em sua própria realidade de ex-colônia havida por três séculos como objeto de severa exploração, designada assertivamente por Darci Ribeiro como “a empresa Brasil”¹⁵⁶. Embora inserida num contexto transnacional, a experiência constitucional que aqui foi produzida pode ser lida fora da noção ‘periferia e centro’, para focá-la a partir de seu próprio eixo de possibilidades, necessariamente atrelado a uma realidade muito própria que, como vislumbrou Ricardo Marcelo Fonseca, pode até mesmo ter representado novas expectativas e viabilidades para a própria cultura geradora, agora reformulada, repensada e recomposta num ambiente diverso.¹⁵⁷

Nesta pesquisa, as categorias “direitos e liberdades”, como categorias essenciais ao constitucionalismo moderno, foram utilizadas como guias para a compreensão do pensamento constitucional que germinava no Brasil das primeiras décadas dos oitocentos. Para tanto, observou-se o termo “direito”, e outros termos a ele relacionados, como “liberdade”, “igualdade” e “Constituição”, em seus usos concretos, com o objetivo de obter pistas sobre o pensamento constitucional em formação. Como a natural movimentação histórica implica a alteração do conteúdo dos termos em diferentes contextos temporais¹⁵⁸, sua observação nas vivências práticas de um dado contexto temporal é indispensável à apreensão de conteúdo. No caso do termo “direito”, também do ponto de vista lexical pode compreender

155DUVE, Thomas. European Legal History: Concepts, Methods, Challenges. *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*. Frankfurt: Max Planck Institute For European Legal History, 2014, p. 37.

156RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. São Paulo: Global, 2015, p. 133.

157FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo; SORDI, Bernardo (org.). In *Storia e diritto: esperienze a confronto*, 2012, p. 424.

158KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.

significados contraditórios, um conjunto de “símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis”, como “justiça e injustiça”, “direito e dever”, “legal e ilegal”, tornando-se difícil defini-lo com rigor, do ponto de vista lexical. Assim, é sempre mais frutífero buscar os significados dos termos nos usos linguísticos, à vista da compreensão de que a língua é um “sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens”, podendo variar de comunidade para comunidade, e de tempo histórico para tempo histórico¹⁵⁹. Tratando-se do pensamento constitucional que se formava no Brasil, o exame de conteúdo de seus termos essenciais é mais eficazmente realizado na experiência concreta e histórica dos usos.

Ao tempo do processo de constitucionalização ocorreu uma ampliação do significado desses termos-conceitos, primeiro porque novos conteúdos passaram a integrar o eixo semântico de termos que já eram antigos, a fim de atender às necessidades de linguagem da realidade moderna e, segundo, porque seu conteúdo se elasticia na medida das tensões sociais e ambiguidades próprias da sociedade brasileira da época. Veja-se, por exemplo, que “liberdade” naquele momento histórico poderia significar autodeterminação no plano internacional em face aos demais Estados estrangeiros, ou poderia significar a liberdade do povo na construção do Estado ou da Nação. No plano do *status* pessoal, onde se viam com mais precisão os antagonismos entre continuidades e rupturas, liberdade poderia ter seu significado moldado pela convivência entre ideais liberais e preceitos do antigo regime, como religião católica e regime socioeconômico escravista. Mas poderia tomar também uma significação mais “radical”, como liberdade individual de todos os seres humanos de quaisquer raças, dos dois sexos, origens, condição social, religiosa e econômica, na conformidade de uma compreensão democrática que, embora não tenha prevalecido naquele momento, estava claramente no campo de disputa do conceito.¹⁶⁰

Na dicionarística o exame dos termos pode assaz ser eficaz como método de observação da movimentação histórica dos usos, evidenciando a necessidade de adaptação e transformação dos significados para atender à necessidade de designação de novas categorias da linguagem. No dicionário de Rafael Bluteau

159 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2019, pp. 11-17.

160 LYNCH, Christian. Liberdade In FERES JUNIOR, João (Org.) *Léxico da História dos Conceitos Políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 326.

(1712)¹⁶¹, “constituçam”, pode significar, dentre outros sentidos, “Estatuto. Regra”. “Ulpiano”. “Pio V”, que remetem ao *ius commune*, e a autoridades do direito romano e do direito canônico, compatíveis com o contexto temporal do início do século XVIII. A palavra “constituição” nesse dicionário toma, portanto, a ideia de “estatutos e regras civis e canônicas”¹⁶². Para a palavra *Direito*, em seu sentido jurídico, o dicionário também declina diferentes definições, a começar por *justiça, razão e equidade*, que remetem ao direito da tradição. Há prevalência de noções objetivas de direito, mas aparece a noção subjetiva em sua dimensão concreta, quando da referência ao direito que alguém possui numa “causa ou pleito”, inexistindo a noção de direitos individuais. A expressão “Jus humanum.” remete ao direito civil, que se contrapõe ao direito divino ou ao direito canônico. A “lei”, o “direito de império”, o “direito das gentes”, nascido da “razão natural” e “as constituições e ordenações, concernentes ao bem comum dos moradores da mesma cidade e da mesma terra”¹⁶³, que remetem ao direito do medievo e do antigo regime, também são significados atribuídos ao termo *Direito*. Conforme se infere, para atender à nova realidade da transição do direito da tradição para o direito moderno, o termo *direito* necessitou transformar-se e alargar-se semanticamente, a fim de abranger novas exigências de utilização, em diversos espaços públicos ou particulares, com ênfase para a inédita noção abstrata de direitos individuais.

Por meio da linguagem os novos significados materializam-se nos discursos, provendo-os de conteúdos compatíveis com o constitucionalismo liberal das primeiras décadas do século XIX. Nos próximos tópicos, o nascente pensamento constitucional brasileiro é captado pelas lentes das fontes históricas, a começar pelos anais da Assembleia Nacional Constituinte (1823), seguidos das publicações da imprensa periódica e das obras iniciantes da doutrina constitucionalista.

161BLUTEAU, Rafael. *Vocabulario Portuguez e Latino*. Coimbra, Lisboa: Lisboa Colégio das Artes, Pascoal da Sylva, Joseph Antonio da Sylva, Patriarcal Officina de Musica, 1712-1728, p. 456.

162BARBOSA, Samuel. Se revoltaram contra a Constituição actual do Estado: contingência e indeterminação do constitucionalismo no Reino do Brasil (1821-1822). DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, 2021, p. 20.

163“Justiça”. “Razão”. “Equidade”. “Ter direito para mandar”. “Habere jus imperandi”. “Ter por si o direito numa causa, num pleito”. “Ceder a alguém muito do seu direito”. “As leis”. “Jus, juris”. “O direito das gentes”. “É o que a razão natural faz comumente observar por todas as nações e povos do mundo”. “Jus gentium ou jus gentium commune”. “Jus humanum.” “O direito civil”. “As constituições e ordenações, concernentes ao bem comum dos moradores da mesma cidade e da mesma terra” (BLUTEAU, Rafael. *Vocabulario Portuguez e Latino*. Coimbra, Lisboa: Lisboa Colégio das Artes, Pascoal da Sylva, Joseph Antonio da Sylva, Patriarcal Officina de Musica, 1712-1728, p. 600.)

4.1 A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1823

Como asseverou Michel Foucault, por ocasião da mesa-redonda com juristas brasileiros, em 1973, na Puc-Rio, “como eu não me interesso pelos autores mas pelo funcionamento dos enunciados, pouco importa quem o disse ou quando foi dito.”¹⁶⁴ Essa confissão parece guardar alguma relação com a maneira pela qual nos propusemos a ler as fontes históricas, aqui especialmente os Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1823.

Em outra reflexão, reforçando sua convicção sobre o papel estruturante dos discursos, Foucault reafirma que a “realidade material de coisa pronunciada ou escrita” nos discursos autoriza que a proeminência não seja colocada sobre a autoria, mas sim deslocada para a temática, a ideia, a enunciação, com sua existência própria, transitória, “segundo uma duração que não nos pertence”¹⁶⁵.

Nesta mesma linha, a leitura das atas da assembleia constituinte não foi realizada com atenção à identificação do deputado que discursava, bastando aos propósitos desta pesquisa o conhecimento geral de que se tratavam de 89 representantes eleitos pelas províncias, dentre os quais havia políticos, desembargadores, médicos, militares, bacharéis, sendo vários em direito, graduados em Coimbra, funcionários públicos, membros da Igreja e proprietários de terras, que compunham um corpo capaz de representar os setores intelectuais, econômicos hegemônicos e as forças políticas do país.¹⁶⁶

Conseqüentemente, não foram consideradas diferenças regionais, político-partidárias, ideológicas, de formação intelectual ou profissional dos sujeitos das falas. Concebendo o discurso jurídico como estrutura com materialidade própria, atentou-se para a identificação da temática objeto do debate e para seu conteúdo. Observou-se também, em linhas gerais, o sistema de regras da produção discursiva naquele *locus* de representação política, sob a compreensão de que os discursos jurídicos, a partir de sua materialidade e concretude, são em si mesmos um “instrumento de ação sobre a realidade”¹⁶⁷.

164FOUCAULT, Michel. *A verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013. pp. 121-122.

165FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 8.

166HOMEM DE MELO, Francisco Inácio Marcondes. *A Constituinte perante a História*. Rio de Janeiro: Typographia da Actualidade, 1863, Biblioteca Digital do Senado Federal.

167GUANDALINI, Walter. Cidades Invisíveis no Império do Direito: Cautelas de Método para a História do Direito, *História do Direito: RHD*. Curitiba, v.3, n.5, jul.- dez. 2022, p. 16.

Antes de adentrar propriamente o conteúdo das Atas da constituinte, uma breve introdução se faz necessária a fim de contextualizá-la em sua historicidade. A Constituinte foi convocada por Decreto de 03 de junho de 1822, instalada aos 03 de maio de 1823 e dissolvida em 12 de novembro do mesmo ano. A primeira Assembleia Constituinte e Legislativa do Brasil atuou durante seis longos meses e foi palco de importantes debates sobre temas cruciais do movimento liberal, cujo enfrentamento era essencial à elaboração do documento constitucional brasileiro. Logo no início dos trabalhos, na sessão de 05 de maio uma comissão composta por sete integrantes, sob a relatoria do deputado Antonio Carlos de Andrada, foi nomeada para a elaboração do projeto de Constituição. Nos meses subsequentes, enquanto o projeto de Constituição era elaborado pela comissão, vários projetos de leis destinados à organização do país foram discutidos na Assembleia, marcando o relevante papel do poder legislativo num Brasil em processo de formação, carecido de medidas legislativas e executivas das mais variadas. Em muitas situações, era comum que a Assembleia encaminhasse ao governo ofícios provocando-o sobre a necessidade de realização de obras públicas ou ações de cunho administrativo.

Debates essenciais que abarcavam aspectos políticos, filosóficos e jurídicos, a partir de propostas levadas à Mesa pelos deputados, ou até mesmo trazidas pelo povo, por reclamações e representações, marcaram o germinar da liberdade de pensamento que se fundamentava na filosofia iluminista.

Transcorridos quatro meses, na sessão de 1º de setembro de 1823, o projeto de Constituição foi apresentado e encaminhado no mesmo dia para deliberação como urgente. Com quatorze títulos e 272 artigos, em geral prestigiaram-se os ideais iluministas, prevendo-se a garantia das grandes liberdades constitucionais, do direito de propriedade, da igualdade perante a lei, da abolição do confisco e da infâmia das penas, dentre outros, a tripartição e equilíbrio dos três poderes, a monarquia representativa. Foi reconhecida a legitimidade da dinastia de Bragança, a religião católica como religião do Império, indivíduos de religiões cristãs como sujeitos de direitos políticos e de cidadania, a liberdade individual de culto tolerada pelo Estado, e a unidade territorial¹⁶⁸. O projeto excluía das atribuições

¹⁶⁸Conforme o artigo 4º do projeto apresentado à Assembleia Constituinte, propôs-se a divisão do território em comarcas, e dessas em distritos e termos, em lugar de províncias, atentando-se para as divisões naturais e igualdade de população, sendo esta uma das diferenças substanciais em relação ao texto aprovado em 1824 (BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. 6 volumes, Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo quinto, p. 6).

imperiais o direito de dissolução da câmara, embora previsse a possibilidade de veto do imperador e uma rigorosa centralização político-administrativa.

Iniciadas em 15 de setembro, as discussões do projeto não chegaram a termo porque tensões acerca da organização dos poderes políticos, notadamente entre segmentos da constituinte e o imperador¹⁶⁹, cujo exame minucioso não é objeto deste trabalho, resultaram o mais indesejado desfecho: a dissolução da Assembleia em 12 de novembro de 1823, quando o edifício foi cercado pelas tropas imperiais.¹⁷⁰ Por mais que a constituinte não tenha concluído seus trabalhos, e o texto do projeto apresentado em 01 de setembro de 1823 não tenha sido adotado pelo Imperador, de seus discursos extraem-se divergências mas também valiosos consensos em torno de matérias fundamentais para a construção da nova ordem. Além disso, estudos realizados já na segunda metade do século XIX, em que historiadores fizeram comparações, artigo a artigo, entre o texto do projeto apresentado pela constituinte e o texto outorgado em 1824, concluíram que foram poucas e pontuais as diferenças entre ambos¹⁷¹. Em última análise, a grande maioria das disposições positivadas na Constituição outorgada foram objeto de debate na constituinte.

Arno Wehling em sua obra, recentemente publicada, sobre a Casa de Suplicação do Brasil, debruçou-se sobre as atas da constituinte e, encerrando a polêmica sobre eventual “mediocridade” ou irrelevância de seu conteúdo, ou dos autores dos discursos, concluiu:

A participação não apenas do segmento dos magistrados da Suplicação, mas a de diversos outros deputados demonstra que o debate se fundamentava num conhecimento razoável das questões filosóficas, políticas e jurídicas da época, bem como das condições do país. Ademais,

169CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Tradição e Modernidade na Constituição do Império: O Poder Legislativo. *Revista do IHGB- Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 185, n. 496, 2024, p. 231.

170À porta da assembleia, cercada de todos os lados, foram presos os deputados Antonio Carlos, Martim Francisco, Montesuma, Rocha e o padre Belchior Pinheiro de Oliveira. José Bonifácio havia sido preso em sua casa. No dia 20 foram todos desterrados para a França. O Imperador em pessoa, no paço da cidade, dirigira a execução dessas ordens”. (HOMEM DE MELO, Francisco Inácio Marcondes. *A Constituinte perante a História*. Rio de Janeiro: Typographia da Actualidade, 1863, p.16.)

171a) O projeto previa três poderes, nada prevendo sobre o poder moderador; b) No projeto o Imperador não poderia dissolver a câmara; c) No projeto há renúncia do herdeiro da Coroa ou Imperador do Brasil que aceitar a sucessão em coroa estrangeira; d) No projeto previu-se que aos ministros condenados o Imperador só pode perdoar a pena de morte; e) No projeto, a cidadania, dentre outros fatores, estava também relacionada à religião católica (HOMEM DE MELO, Francisco Inácio Marcondes. *A Constituinte perante a História*. Rio de Janeiro: Typographia da Actualidade, 1863.)

se comparado com o de outras assembleias em circunstâncias semelhantes, o nível daquele conhecimento não destoa.¹⁷²

A edição acessada nesta pesquisa foi publicada pela Editora Imperial em 1874, dividida em seis grandes tomos, cronológicos, que abrangem todo o período de funcionamento da Assembleia. Infere-se de sua leitura que à medida que as discussões acerca de questões estruturais do Estado eram superadas, novos temas ingressavam no centro dos debates, aparecendo em abundância enunciações sobre direitos naturais, liberdades e direitos civis e políticos. Assim, com o fito de precisar tanto quantitativa quanto qualitativamente a utilização do termo “direito(s)” no transcurso dos seis tomos, vislumbrou-se que a localização do termo no texto das atas, mediante busca direta textual¹⁷³ ensejaria que se esclarecesse: a) se o seu uso se concentrou em determinadas discussões específicas, determinadas sessões e determinado tempo ou, diversamente, se o uso do termo esteve disperso por todo o texto das atas e b) se os significados que o termo assumiu nos diversos contextos discursivos podem ser identificados com a semântica compatível com o constitucionalismo liberal. Assim, após a busca direta textual dos termos “direito/direitos”, obtiveram-se os resultados aproximados a seguir, conforme QUADRO 1.

QUADRO 1 - Quantidade aproximada de vezes em que foram utilizados os termos “direito” e “direitos”

Tomo 1º	Tomo 2º	Tomo 3º	Tomo 4º	Tomo 5º	Tomo 6º
213	245	121	191	269	357

FONTE: Anais da Assembleia Constituinte (1823).

Em seguida, a partir do resultado da busca direta, foi realizada nova leitura de cada trecho do texto, evidenciando-se um potencial semântico alargado dos termos buscados, abrangendo, ao menos, 08 (oito) principais significados: a) direitos individuais de natureza civil; b) direitos individuais de natureza política; c) direito no

¹⁷²WEHLING, Arno. *Do Antigo Regime ao Constitucionalismo. A Casa de Suplicação do Brasil, 1808-1829/1833*. Rio de Janeiro: Processo, 2024, pp.355-356.

¹⁷³Primeiramente salvaram-se digitalmente todas as Atas no formato .pdf. Após, utilizou-se a ferramenta de pesquisa do programa *Adobe Acrobat*, para efetuar a busca do termo selecionado. Com a cautela de que a ferramenta pode não retornar resultados exatos, em razão da alteração do padrão das letras no documento de origem ou na cópia digital, como também em razão de eventuais incorreções de grafia no documento de origem, concluiu-se que, se os resultados das buscas não foram exatos, ao menos podem ser avaliados como consistentes, relativamente às prévias leituras integrais dos textos.

sentido de soberania do Estado ou da Nação; d) direito no sentido de poder: do Imperador ou de sua dinastia ou dos demais poderes do Estado; e) direito no sentido objetivo; f) direito no sentido de impostos cobrados pelo Estado; g) direito no sentido de direitos naturais e h) direito como garantias processuais e judiciais.

Alguns desses significados foram utilizados com muito maior frequência como no caso dos “direitos individuais civis”. Para cada um dos oito significados mencionados, selecionaram-se alguns trechos exemplificativos, pois considerados relevantes à compreensão dos usos, que foram destacados nas citações de forma corrida, separados por ponto e vírgula, excluindo-se as expressões repetidas.

O termo “direito” e sua variação “direitos”, utilizado no sentido de direitos individuais de natureza civil, apareceu em quantidade bastante relevante, conforme as passagens a seguir selecionadas:

Leis civis prescrevendo os direitos e interesses dos cidadãos; direitos inalienáveis do homem; não há poder humano absoluto; ainda o soberano é sujeito às regras de justiça eterna, para garantir nossos direitos naturais é que nos reunimos em sociedades políticas e o direito de fazermos o que não faz mal aos outros é um desses direitos; em maneira que o limite da liberdade de cada um é a liberdade dos outros; estamos aqui para defender os direitos da humanidade; direitos do homem; as luzes estão mais difundidas hoje nas diversas partes do Brasil do que há alguns anos e que os povos atualmente conhecem melhor os seus direitos e garantias; ficam fortemente garantidos todos os imprescritíveis direitos dos cidadãos; direitos essenciais do homem; direitos e liberdade do cidadão oprimido¹⁷⁴; há cidadãos privados do mais precioso dos seus direitos: da sua liberdade e isto sem culpa legalmente provada. Estes papeis o dizem (...) Contra qualquer poder que abusa, ultrapassa os seus limites a nação deve usar da plenitude dos seus inalienáveis direitos; requerimento de Pedro da Silva Pedrosa, ex-governador das armas de Pernambuco, que se queixa de estar preso incomunicável na fortaleza de Lage há cento e seis dias numa mortífera masmorra, reclamando seu direito de viver enquanto não for condenado; Comissão é de parecer que se peça com urgência informações do governo a respeito desta queixa e circunstâncias de prisão, fazendo removê-lo da prisão terrível para outra em que, sem falta de necessária segurança, deixem de haver incômodos e flagelos do preso; sobre empregados públicos dos correios ou outros abrirem cartas de terceiros é crime. A falta de costumes que entre nós vulgarizou o privilégio de os empregados públicos atacarem impunemente os direitos de seus concidadãos; a nação deu-nos poderes bastantes e necessários para tratarmos de seus direitos e da sua felicidade; mostrar aos povos que conhecemos os seus direitos e que não nos acovardamos quando é preciso sustentá-los; direito da liberdade de imprensa; direito de petição contra o despótico procedimento; direito dos credores; direito de propriedade; não consistem a prática da justiça universal em ser igual para todos? Não foi o que disse o sábio Montesquieu? Protegendo tanto o credor quanto o devedor; aos olhos da lei todos são iguais; usem os credores do seu direito pelo meio da lei; Direito a uma boa educação.

(...) direitos característicos de um povo livre, de ser representado na assembleia, como parte do corpo social; direitos políticos de um distrito de se ver representado na Assembleia; direitos dos povos, formando a

174 Trata-se de referência ao exercício de liberdade de imprensa pelo redator de periódico.

representação nacional, todas as províncias; direitos dos representantes da nação brasileira em matéria de constituição¹⁷⁵; Toda autoridade política deriva a sua origem do povo e que só ele tem o direito inalienável de fazer as leis, destruí-las, ou modificá-las, direito que ele exerce pelos seus representantes¹⁷⁶.

Com o terceiro significado apurado, ou direito no sentido de soberania do Estado ou da Nação há poucas passagens localizadas, como a seguinte: “direitos inalienáveis e imprescritíveis que têm os povos de se declararem independentes”. Com o quarto significado, ou seja, direito no sentido de poder do Imperador ou de sua dinastia ou dos poderes do Estado:

terá o Imperador menos direitos de rejeitar uma Constituição indigna que qualquer cidadão?; direitos essenciais ao monarca sem cuja existência não pode haver monarquia; que os três poderes não possam arrogar direitos que não lhe compitam; direitos concedidos a um dos poderes tem por base uma divisão regulada de tal maneira que se não confundam no exercício, arrogando-se uns às atribuições dos outros; o governo exercendo os seus direitos; o objeto é da prerrogativa do poder executivo, visto que como a fonte da honra nos governos constitucionais tem o direito de prover ou demitir os empregados públicos.

Com o quinto significado, ou seja, direito no sentido objetivo, observam-se os seguintes trechos destacados:

é dos princípios elementares de direito público universal que a existência e estabilidade de uma nação depende de suas leis políticas nas quais se compreendem suas leis fundamentais e a forma do seu governo; direito público universal interno de cada Estado. Relativo as leis particulares de uma nação ou seja para determinar a forma de seu governo e de que maneira a soberania deve ser exercitada, ou seja, sobre as bases em que são firmadas suas leis fundamentais que formam sua constituição e pacto social em contraposição ao direito civil que regula os pactos e convenções contraídos entre os indivíduos da sociedade, o que mui clara e judiciosamente se acha explicado em todos os autores clássicos desta matéria; quantas coisas há que a lei não previne, mas que contudo são repugnantes aos princípios de eterna justiça e de eterno direito! Sim, muitas coisas que a lei não faz expressa menção e que contudo se acham encravadas na suprema lei de eterna justiça; Portugal carecia de todas as luzes maiormente de conhecimentos filosófico-jurídicos de direito público universal e eclesiástico e das gentes; direito das gentes- sobre os prisioneiros de guerra – que sejam bem tratados e guardados até que sejam remetidos por convenções particulares antes dos últimos tratados definitivos de paz quando se estipula a entrega recíproca.

Com o sexto significado, ou seja, direito no sentido de impostos cobrados pelo Estado há referências em menor número, dentre as quais a seguinte: à

¹⁷⁵Referência ao Poder constituinte originário.

¹⁷⁶Aqui o discursante menciona l’Abbé de Mably, autor de obra sobre “o governo e as leis da primeira república democrática e liberal do mundo”.

“facilidade de arrecadação dos direitos de entrada, chamados quintos”. Com o sétimo significado identificado, ou seja, no sentido de direitos naturais, selecionaram-se os seguintes trechos:

a proibição é um constrangimento à liberdade natural, e este só pode ser justo quando da ação que se proíbe poderia, não proibida, resultar dano à sociedade; não digo que em todas as leis se faça, porque algumas há de tal natureza que basta a enunciação do preceito, tais são as que se derivam dos princípios de direito natural; dir-se-ia mais feliz, Sr. presidente, o homem natural isolado e disperso pela superfície do globo, do que reunido em sociedade, debaixo da imaginária proteção de leis vãs e impotentes; nada é tão consentâneo e congênito com os direitos do homem do que a defesa de sua própria existência natural e civil.

A lei pátria por mera ficção do direito supõe transferida a posse natural e civil da herança a quem tem direito a ela, porém juriconsultos são quase unânimes em que o *ius hereditário* não é de direito natural, só de direito civil; mas é incontestável que o direito do credor emana do contrato, fundamento da civilização, que é de primário direito natural.

Com o oitavo significado, ou seja, no sentido de garantias processuais e judiciais, selecionaram-se os seguintes trechos:

direito de chamar em juízo; os empregados públicos devem ser julgados pelo direito preexistente à culpa; citem-se os devedores por carta precatória no caso de saber-se o lugar da sua existência; falta a audiência daquele que em virtude da lei tem o domínio e a posse nos bens da herança e ofende-se esse direito que lhe deu a natureza e a lei só para aproveitar ao credor, ainda sem as provas e sentença que o declare, depois da contradição que opuser o herdeiro; Nenhuma lei há que tolha ao ilustre deputado a ação de chamar a juízo um escritor pelo abuso que fez da liberdade de imprensa com injúria sua: tem para isso tão ampla faculdade como a teve o jornalista em escrever: cada um usa do direito que lhe é próprio; Direitos primordiais que são inerentes a natureza do homem cidadão, limitações justas da liberdade pessoal no caso de cometimento de crime, sofrer a pena com a menor perda da sua liberdade pessoal, princípios filosófico-jurídicos.

De todos os oito significados identificados nos usos das palavras “direito” e “direitos”, três tomam a palavra “direito” sob a acepção de “poder estatal”, relacionando o termo “direito” ao *ius imperium*, poder de sujeição dos elementos (pessoas, coisas, território) de seu espaço físico interno a seu domínio político-jurídico, o que inclui o poder de instituir e cobrar impostos, como também no sentido de soberania externa. Mas se extrai dos excertos destacados que prevaleceram, para o termo “direito/direitos”, significados condizentes com os valores do liberalismo político e jurídico do final do século XVIII e início do século XIX, evidenciando uso corriqueiro do termo direito(s) sob acepção de direitos individuais civis e políticos, direitos naturais, liberdades públicas e direito em sentido objetivo.

Autores clássicos desse período, filiados a uma vertente mais moderada do liberalismo constitucional, como Edmund Burke e Benjamin Constant foram mencionados algumas vezes no decorrer dos debates, assim como também, em uma frequência um pouco superior, Montesquieu. Essa vertente se destacou nos discursos, fundamentada em razões de prudência, equilíbrio e virtude, de que se utilizaram os parlamentares para contrapor um constitucionalismo mais radical, inspirado na primeira fase da Revolução Francesa, que também aparecia nos discursos, porém mais timidamente. O irlandês Edmund Burke e sua obra “Reflexões sobre a Revolução da França”, foram referenciados na defesa da liberdade da nação e do “espírito popular”, como fundamentos para o reconhecimento da autoridade católica no país¹⁷⁷ e na prudência contra as “perigosas inovações do estado”¹⁷⁸. Lembrou-se da contribuição de seus escritos e pronunciamentos no Parlamento britânico, para “salvar a Inglaterra do iminente perigo de cair no caos da Revolução Francesa”¹⁷⁹ e, sem atentar-se para a tradição luso-brasileira do *Civil Law*, afirmou-se que na criação de estudos de direito no Brasil dever-se-ia atentar para a relevância da jurisprudência, “como timbre do entendimento humano”, na aplicação do direito à “infinita variedade dos negócios humanos”¹⁸⁰, mencionando Burke em sua “reflexões”.

Constant foi referido, “entre os modernos” como exemplo de “circunspecção com que se deve tocar em um edifício social para reformá-lo”. O orador prossegue sustentando que seria preferível ser apaixonado por velhas instituições, desde que não impeçam as liberdades, a defender o radicalismo das inovações. Mas ressalta que entre os dois extremos sempre existe a prudência:

177BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 6 volumes, 1874, tomo sexto, p. 196.

178 Mencionando Burke, um deputado afirmou que “a sensibilidade faz às vezes loucos os homens que têm solicitude filial pela pátria: mas assim mesmo, a sua loucura é melhor que a infatuação dos intrépidos, que afetam nada temer das perigosas inovações do estado”. (BRASIL, Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. 6 volumes, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1874, tomo sexto, p. 61).

179BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 6 volumes, 1874, tomo sexto, p. 167.

180Aqui o Common Law, enraizado no historicismo inglês, foi lembrado a partir de discurso de Burke no Parlamento inglês, ao mencionar-se a necessidade de um “plano dos estudos de direito” no Brasil: “Sem dúvida convém reformar o plano dos estudos de direito; mas sempre serei de opinião do insigne parlamentar de Inglaterra Burke, o qual disse nas suas admiradas reflexões contra a revolução da França, que a jurisprudência é o timbre do entendimento humano, e a difícil arte de bem aplicar os princípios originais da justiça à infinita variedade dos negócios humanos” (BRASIL, Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. 6 volumes, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1874, tomo sexto, p.110).

(...) nos dois extremos, antes a taxa de apaixonado por antigas instituições que não forem incompatíveis com a liberdade que todos desejamos, do que a de inovar temerário e demagogo; que entre um respeito supersticioso e idólatra por antigas instituições e um furor temerário de inovações há um meio; este é o da circunspeção e da prudência, que eu muito desejo que seja adotado por esta assembleia, porque sou brasileiro e interessado como os que o são na glória dela¹⁸¹.

Na contraposição discursiva, dentre outras referências a teses revolucionárias, as falas de Mirabeau na Assembleia da França sustentaram discurso pelo fundamento de legitimidade do poder democrático, que tinha no povo o titular do poder constituinte originário. Sustentou-se que para Mirabeau a participação do monarca no trabalho legislativo só seria legítimo depois de elaborada a Constituição e para mantê-la, mas nunca antes dela¹⁸². Uma forte dose de iluminismo jurídico, particularmente forte na Itália da segunda metade do século XVIII¹⁸³, também se fez presente, inclusive com a citação de autores italianos como Filangieri e Beccaria¹⁸⁴, na seara do direito criminal e processual.

Mas categorias do direito do Antigo Regime, como a “boa razão” e “os princípios gerais de justiça, humanidade e moral universal” também eram objeto de menção, esses últimos como “princípios que certo farão a base da constituição liberal que estamos a fazer”¹⁸⁵, numa clara combinação de influências que, teoricamente, não poderiam conviver comodamente. Na prática, no entanto, a entrada em vigor de uma Constituição escrita e elaborada nos moldes liberais não impediu que a legislação do período colonial continuasse sendo aplicada e produzindo seus efeitos, como por exemplo as Ordenações Filipinas e a Lei da Boa Razão. A uma porque a Constituição não as revogou expressamente e a duas porque não havia no país legislação suficiente para supri-las. Essa conjuntura legislativa demonstra que um sistema variável e múltiplo de fontes do direito prevalecia no período. Mas mais que isso, a “boa razão” como fundamento de discernir, argumentar e raciocinar continuava presente no imaginário jurídico, tanto

181BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo quarto, p. 94.

182BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo segundo, p. 133.

183WEHLING, Arno. *Do Antigo Regime ao Constitucionalismo. A Casa de Suplicação do Brasil, 1808-1829/1833*. Rio de Janeiro: Processo, 2024, p. 37.

184BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo primeiro, p. 65.

185BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo quinto, p. 170.

que utilizada nos debates da constituinte, por, ao menos, oito vezes¹⁸⁶, durante o transcurso de seus trabalhos. Os debates demonstram que, embora não tenha sido utilizada como categoria prevalente, a “boa razão” persistia presente como elemento da argumentação jurídica.

Nos dois últimos tomos, a mais significativa quantidade de usos da palavra “direito/direitos” se deve às discussões sobre a extensão da cidadania, que renderam muitas controvérsias e disputas políticas, evidenciando que seriam zonas de profundas sensibilidades humanas e políticas no sistema que se pretendia implantar. Efetivamente, não há como examinar o estatuto constitucional do século XIX sem ater-se à escravidão como uma grave incoerência jurídica. Racionalmente, não havia como sustentar a maldição da objetificação humana advinda do trabalho escravo como uma realidade que ainda persistia nos oitocentos, mas no Brasil essas concepções opostas conviveram ostensivamente, nas ruas dos centros urbanos ou na privacidade das fazendas. Mas essa realidade contraditória não foi monopólio do sistema brasileiro. Na “era da liberdade”, nem todos gozavam de liberdade.

Mas esse modo de pensar concomitantemente a liberdade de alguns e a escravidão de outros não era exclusividade do Brasil. A Constituição liberal portuguesa de 1822, firmando compromisso com as “memórias hierarquizadas” que agora deveriam conviver com os princípios de um liberalismo igualitário, dava continuidade à desigualdade própria da sociedade de ordens, mantendo os direitos senhoriais, a desigualdade dos sexos, a relevância legal da religião, os títulos nobiliários e a escravatura.¹⁸⁷

Nos Estados Unidos a própria leitura constitucional e a ação política radical dos sulistas, contrariada pelo antiescravismo do norte, alimentaram uma política da escravidão, que reconfigurou a política nacional e reorganizou o comércio exterior, protelando a abolição até a 13ª Emenda Constitucional (1865), numa disputa que durou várias décadas. Juntos, o Brasil, os Estados Unidos e Cuba, os três maiores representantes da política escravista do século XIX, demonstraram que pactos sociais antiabolicionistas “num sistema-mundo organizado por direitos individuais”, exigem para se concretizarem uma “fonte de poder sistêmico- um dado estável do sistema internacional que aumenta o poder de barganha dos atores de determinada

186BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo segundo, p. 116; tomo quarto, pp. 43, 67, 119; tomo quinto, p. 43; tomo sexto, p. 169, 213.

187HESPANHA, Antonio Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 96.

jurisdição”, evitando seu isolamento político-econômico internacional. Essa situação foi sustentada nesses três países pela sua capacidade de construir relações econômicas entre si, passando a depender menos do mercado europeu, que desde 1815 havia se fechado para o mercado estadunidense, num sistema de “integração gradual dos espaços escravistas mais dinâmicos do capitalismo no século XIX”, que acabou criando um subsistema maior que os Estados constitucionais, que se justificava nas necessidades comerciais.¹⁸⁸

Se externamente existiu um pacto tácito com as demais nações escravistas do século XIX, que propiciava a parceria comercial e política necessárias à eficácia do regime, internamente a realidade pode não ter sido diferente. No início do século XIX, com o crescimento das cidades e a ascensão de um patriarcado urbano, a escravidão passou a fazer parte da vida urbana e social dos brasileiros de todas as classes sociais e de todas as profissões, espalhando-se pelo tecido social com certa naturalidade. Para todos, pequenos, médios e grandes senhores, ser proprietário(a) de escravizados era símbolo de *status*, mesmo para os recém-libertos, pois quem possuía um escravo já poderia ser considerado um proprietário¹⁸⁹.

Mas o mais provável é que o verdadeiro pacto, aquele que efetivamente representava as escolhas políticas feitas por uma minoria, tenha sido entabulado entre as elites políticas e o latifúndio escravista. Em verdade, a maior parte da sociedade, que era inclusive excluída da titularidade dos direitos políticos, era mera replicadora, em graduação ínfima, de práticas referenciadas no ambiente macro das grandes escolhas político-econômicas de uma economia agrária e latifundiária, baseada na mão de obra escravista. Num cenário em que não se poderia abrir mão do liberalismo econômico, que já dominava o Ocidente, as elites brasileiras entenderam, por bem, unir-se para garantir poucas perdas políticas e econômicas, por meio de um pacto que deveria atender a todas. Essa compreensão em torno de uma aliança entre os setores hegemônicos, aliás, já vinha se delineando no país muito antes da Constituinte. Tratando da Revolução Pernambuca (1817), Clóvis Moura salienta que o Governo Provisório instalado apressou-se a esclarecer à

188PARRON, Tâmis. A política da escravidão na Era da Liberdade: Estados Unidos, Brasil e Cuba, 1787-1846. 502 f. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, pp. 266, 453-460.

189VELLOZO, Júlio César de Oliveira. O pacto de todos contra os escravos no Brasil Imperial “in” *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 03, 2019, p. 2155.

classe proprietária que não haveria abolição do trabalho escravo e que o direito de propriedade estaria protegido. De suas palavras pode-se resgatar essa perspectiva:

“Para salvarem a pele, tentaram uma aliança com o latifúndio escravista. Levantando a bandeira da inviolabilidade da propriedade privada- um dos postulados teóricos do liberalismo-, estenderam esse direito até a posse de outros seres (uma das características das sociedades escravistas), servindo, assim, à defesa da propriedade dos senhores de escravizados que era reconhecida no nosso país”¹⁹⁰

Na Assembleia Nacional Constituinte, desde o início dos debates acerca do estatuto jurídico dos escravizados e dos indígenas, houve certo consenso em torno do entendimento de que a abolição não deveria ser realizada de imediato. A população escravizada, portanto, não teria o *status* de cidadãos e não titularizaria direitos civis e políticos. Sobre os indígenas, do mesmo modo, existia um consenso no sentido de que, “não sendo civilizados e não reconhecendo o poder do Estado”, não integravam o pacto social. Nos debates, que foram enriquecidos pela participação de diversos deputados, em diferentes sessões sucessivas, os argumentos utilizados para sustentar ou questionar esses estatutos pessoais diferenciados eram de ordem política, econômica, jurídica, moral, religiosa ou humanitária, conforme a natureza das exposições. Alguns trechos foram selecionados:

Os índios não são súditos do Império, vivem em guerra aberta conosco; não podem de forma alguma ter direitos, poque não têm, nem reconhecem deveres ainda os mais simplices (sic) (falo dos não domesticados) logo: como considerá-los cidadãos brasileiros? Como considerá-los brasileiros no sentido político, e próprio de uma Constituição? Não é minha opinião que sejam desprezados, que não ponhamos os necessários meios de os chamar à civilização, o fato de nascerem conosco no mesmo território, a moral universal tudo nos indica este dever. Legislemos para eles porém nesse sentido: ponhamos um capítulo próprio e especial para isso em a nossa Constituição; sigamos o exemplo dos venezuelenses. Mas considerá-los já neste capítulo.

Enquanto (sic) aos crioulos cativos, Deus queira que quanto antes purifiquemos de uma tão negra mancha as nossas instituições políticas. Deus queira que em menos de um ano extirpemos do coração do estado cancro tão virulento e mortífero; mas enquanto não o fazemos de força havemos confessar que não entram na classe dos cidadãos, que não são membros de nossa política comunhão e portanto que não são brasileiros no sentido próprio, técnico das disposições políticas.

*São homens para não serem tiranizados, mas, permita-me o uso da expressão dos juriconsultos, bem que bárbara, mas é política, quanto ao exercício de direitos na sociedade são considerados coisa, ou propriedade de alguém, como tais as leis os tratam e reconhecem. Logo, como chamá-los brasileiros no sentido próprio? Como mencioná-los no código que temos a nosso cargo?*¹⁹¹

190MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. 6ª ed. São Paulo: Anita Garibaldi, 2020, p. 130.

Não convenho que passe a proposição proferida por um dos ilustres preopinantes que me precedeu e denominou os escravos coisas (...) Estão sujeitos a todas as leis penais e criminais bem como protegidos pelas mesmas leis para vingar seus direitos e conservar suas existências, logo não são coisas, pois a estas não competem direitos e deveres ¹⁹². Eu não me levanto tanto para falar sobre a matéria como para se conservar a ordem. Eu julgo conveniente que este artigo passe sem discussão, lembra-me que alguns discursos de célebres oradores da assembleia constituinte da França produziram os desgraçados sucessos da Ilha de S. Domingos (...) e talvez entre nós alguns Srs. deputados arrastados de excessivo zelo a favor da humanidade, expusessem ideias (que antes convirá abafar) com o intuito de excitar a compaixão da assembleia sobre essa pobre raça de homens que tão infelizes são só porque a natureza os criou tostados. ¹⁹³

Mesmo após o último alerta, que se referiu aos supostos perigos de ocorrerem no Brasil desdobramentos similares aos da revolução Haitiana, o que recomendaria “abafar o assunto” para não municiar revoltosos de argumentos, como teria acontecido na assembleia geral francesa, as discussões seguiram-se e o ponto chave a partir daí cingiu-se à concessão ou não do estatuto jurídico de cidadão aos libertos. Em um dos posicionamentos defendidos, o escravo que se liberta normalmente tem a seu favor a presunção de bom comportamento e cumprimento de suas obrigações e por tal motivo, adquirindo liberdade civil pelos títulos legítimos previstos, mereceria o “foro de cidadão” “sem precisar cumprir outros requisitos pois já trabalharam a vida toda” e compraram sua liberdade. Argumentou-se também que “escravos não são estrangeiros, não pertencem à sociedade alguma e não têm outra religião ou outra pátria que não a nossa”¹⁹⁴. Em sentido oposto argumentou outro deputado que não era possível que o simples fato de obter carta de alforria concedesse ao escravo o direito de cidadão, pois aqueles que vêm da Costa da África seriam pagãos ou idólatras e, portanto, não professando as comunhões cristãs, deixavam de cumprir condição prevista no projeto para o exercício dos direitos políticos.

Ficou claro que entre a liberdade dos escravizados e o direito de propriedade dos “senhores de terras” prevaleceria esse último. A liberdade como *status* pessoal de natureza civil era uma novidade do liberalismo, que não estava

191BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo quinto, p. 166.

192BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo quinto, p. 167.

193BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo quinto, pp. 203-204.

194BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo quinto, pp. 204-206.

sendo defendida pelas elites brasileiras com o intuito de criar instabilidades no sistema político-econômico, mas, pelo contrário, para institucionalizar como categorias estatais determinados direitos que na prática já estavam sendo exercidos. Por isso, tudo o que pudesse ser feito para evitar incertezas e oscilações no sistema que gerava impostos e mantinha a engrenagem estatal em funcionamento seria viabilizado. O direito de propriedade tomava, então, uma extensão tal que abrangia a pessoa dos escravizados, especialmente aqueles que por seu trabalho estavam ligados à terra. O sentido do “bem entendido” conceito de liberdade, foi “central no desenvolvimento do regime monárquico brasileiro”, uma liberdade cuja maior virtude era a moderação, pois a “liberdade exaltada”, fruto de um “grande abuso da palavra liberdade” já tinha produzido, na história recente, consequências maléficas e incontornáveis à segurança e ao equilíbrio do Estado e da sociedade civil¹⁹⁵. A liberdade “bem entendida” era aquela cujo significado se intercambiava com o conceito de propriedade e não representava ameaça à ordem e à segurança. Algumas passagens selecionadas nos discursos, assim demonstram:

Suprema lei da salvação do Estado. é a lei que nos inibe de fazer cidadão aos escravos, porque além de serem propriedade de outros, e de se ofender por isso este direito se os tirássemos do patrimônio dos indivíduos a que pertencem, amorteceríamos a agricultura, um dos primeiros mananciais da riqueza da nação, e abriríamos um foco de desordens na sociedade introduzindo nela de repente um bando de homens, que saídos do cativo, mal poderiam guiar-se por princípios de bem entendida liberdade.¹⁹⁶

(...) que nós devamos a admissão dos africanos em nossa família como compensação dos males que lhes temos feito é coisa nova para mim. Nós não somos hoje culpados dessa introdução de comércio de homens, recebemos os escravos que pagamos (...) damos-lhes o sustento e proteção compatível com o seu estado; está fechado o contrato. Que eles não são bárbaros, porque segundo relações históricas há entre eles já há sociedades regulares.

Enfim, senhores, segurança política e não filantropia deve ser a base de nossas decisões nesta matéria. A filantropia deitou já a perder florentíssimas colônias francesas. Logo que ali souu a declaração dos chamados direitos do homem, os espíritos aqueceram e os africanos serviram de instrumento aos maiores horrores que pode conceber a experiência a doces teorias filantrópicas.

Vejo nações alumiadas e também filantrópicas, como a dos Estados Unidos da América, embaraçadas com a questão do destino que se há de dar aos libertos (...) Vejo isto e não hei de temer pela nossa pátria?

195LYNCH, Christian. Liberdade In FERES JUNIOR, João (Org.) *Léxico da História dos Conceitos Políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 326.

196BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo quinto, p. 207.

Em junho de 1823, uma petição encaminhada à Assembleia demonstrou de forma concreta como liberdade individual e direito de propriedade poderiam chocar-se no sistema político-econômico que operava no Brasil. Inácio Rodrigues, pessoa escravizada, pleiteando por si e pelos demais escravizados urbanos que trabalhavam para pessoa de Agueda Caetana, dirigiu requerimento à Assembleia Nacional Constituinte e Legislativa, objetivando a liberdade de todos os requerentes. Argumentou que, vencidos na justiça de primeiro grau e na Casa de Suplicação, não tendo recursos para prosseguir na revista, viram na Assembleia um abrigo para o ideal liberal de liberdade, acreditando que aquela Casa poderia garantir-lhes esse direito. A solicitação rendeu discussões em diversas sessões da constituinte¹⁹⁷, levando os parlamentares ao debate de temas cruciais relacionados à liberdade civil, ao direito de petição e ao direito de propriedade que, ao fim e ao cabo, conseguiram contornar sem tomar uma decisão sobre a questão central do requerimento, pois concluíram não ser o seu julgamento atribuição da constituinte. Na sessão de 23 de junho ponderou-se que os requerentes não poderiam ser colocados em liberdade enquanto perdurava a revista na Casa de Suplicação e que sua liberdade seria uma verdadeira violação a uma das garantias concedidas aos cidadãos: a inviolabilidade do direito de propriedade.

Na sessão de 28 de junho foi publicado parecer determinando a remessa do requerimento ao governo, para que admitisse os requerentes a continuar no processo da revista, recomendando que se obrigasse Agueda Caetana, por termo, a não sevirá-los, não dispor deles e a conceder-lhes “os dias de estilo” para tratar de sua causa. Sendo pessoas “miseráveis”, deveriam ser atendidos pela Santa Casa de Misericórdia no que toca à sua defesa e à propositura da revista¹⁹⁸. Com esse posicionamento, os parlamentares demonstraram, na prática, noções acerca da garantia de amplo acesso à justiça e da garantia de sua gratuidade àqueles que não pudessem arcar com seus custos. Afinal, de nada valeria um sistema jurídico constitucional robusto em termos de direitos e liberdades se inexistisse direito de acesso a uma instância encarregada do exame e reparação de eventuais violações desses mesmos direitos. Como se vê, por um lado, a Assembleia não se aventurou a inovar, para o quê tinha em mãos um rico instrumental teórico de jaez liberal.

197BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo segundo, pp. 82,110, 148.

198BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo segundo, p. 151.

Deixou de firmar posicionamento contrário ao regime de escravidão e favorável à libertação dos requerentes; deixou de reconhecer a liberdade como direito essencial do homem de toda e qualquer raça ou cor, naturalmente constitucional, fundamentalmente inerente à condição mais primária humana. Optou por posicionamento intermediário, recomendando à requerida que se comprometesse a não maltratar os requerentes e ao governo que fossem adotadas todas as medidas necessárias à continuidade do pleito na seara judicial ordinária. No panorama da constitucionalização do país, o requerimento de Inácio Rodrigues evidenciava que o movimento se construiu com amplo apoio e expectativa dos vários segmentos sociais, desde as elites político-econômicas até o povo, alcançando a população escravizada. Para essa última e para os não-proprietários, pequenos comerciantes e prestadores de serviços, membros de uma classe social que surgia com o início da urbanização do país, a Constituição era uma expectativa de transformação, liberdade, igualdade e cidadania.

Quando dos debates do projeto de Constituição que foi apresentado à Assembleia pela comissão especial em 1º de setembro, a estruturação do artigo 7º num elenco de liberdades individuais, dispostos em seis incisos¹⁹⁹, e a enunciação mais especificada de cada inciso do artigo 8º ao artigo 28 rendeu algumas controvérsias, com várias propostas distintas de emendas. Propôs-se, por exemplo, uma emenda reconhecendo que há “direitos individuais além dos enumerados” e, contrariamente, sustentou-se que “uma constituição requer que seja explícito tudo o que se houver de jurar nela: de maneira que não seja nunca duvidosa a compreensão de seus artigos”²⁰⁰. Propôs-se também a supressão do artigo 7º, por corresponder supostamente a uma restrição de direitos individuais no corpo textual de uma Constituição liberal. Segundo o parlamentar opinante, na diferença entre o homem natural e o homem social, ou na diferença entre as liberdades naturais e as civis, estariam as “restrições que se impõem ao mesmo homem por convenção”. Em outras palavras, o homem social, sujeito do pacto social, pode fazer tudo o que a lei não proíbe, o que tornaria desnecessária e até mesmo indevida, por ser restritiva, qualquer enumeração de direitos:

199Art. 7º. A Constituição garante a todos os brasileiros os seguintes direitos individuais: com as explicações e modificações anexas: I- A liberdade pessoal; II- o Juízo por Jurados; III- A liberdade religiosa; IV- A Liberdade de indústria; V- a inviolabilidade da propriedade; VI- a liberdade da Imprensa.

200BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo sexto, p. 68.

Eu reputo desnecessária a enumeração que no artigo 7º vem feita dos direitos que pela constituição se hão de guardar aos brasileiros. A posição dessa suma teria talvez inocente lugar em uma obra didática; mas em uma constituição não se faz ela necessária na redação e por outra parte bem pode ser prejudicial, porque se pode aí concluir que somente esses direitos individuais hão de ser os guardados e não outros muitos, que todavia, não é nossa intenção excluir.

Concluo, portanto, que seria melhor evitarmos a suma desses direitos segundo vêm positivamente enumerados. A diferença entre o homem natural e o homem social, ou a diferença de liberdade de um e outro, é a soma das restrições que por direito se impõem o mesmo homem em convenção com os outros homens, a cuja sociedade pertence. O que cumpre, pois, saber-se essencialmente, é o que ele não pode fazer civilmente: que tudo o mais é direito, que indefinidamente, lhe deve ser garantido por uma constituição livre, porque está na compreensão da cláusula geral, com que primitivamente se associou com os mais homens, cujos direitos herdamos, e representamos.²⁰¹

Essa proposição, que não foi aprovada, continha a lógica de que tudo que não era proibido era permitido, sugerindo um liberalismo político talvez potencialmente subversivo para aquele momento pós-revolucionário, em que a liberdade defendida pelos moderados tinha uma feição mais montesquiana que rousseauiana. Em Montesquieu, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.”²⁰² Já em Rousseau a liberdade democrática pressupunha que “as cláusulas do contrato não precisariam ser formalmente enunciadas, posto serem determinadas pela natureza do próprio contrato”, quando exige de cada associado a entrega pessoal integral à formulação coletiva.²⁰³ Como se disse, a liberdade que ao final prevaleceu nas discussões da Assembleia, como fundamento do Estado, era uma liberdade menos democrática e mais moderada, conforme indicava Montesquieu: “A democracia e a aristocracia não são estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados”, embora nem sempre, apenas naqueles governos moderados em que não haja abuso de poder.²⁰⁴

Tanto no projeto de constituição apresentado pela comissão especial, quanto no texto positivado em 1824, a opção foi pela declaração de um rol de liberdades,

201BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 1874, tomo sexto, p. 39.

202MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 167.

203RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013, p. 247.

204MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 167.

garantias judiciais e direitos, mas as discordâncias reveladas nas discussões tiveram o mérito de oportunizar que as liberdades de pensamento e de expressão fossem colocadas em prática e que os fundamentos do liberalismo jurídico fossem testados, verdadeiramente colocados à prova num ambiente que, se não poderia ser considerado heterogêneo, era ao menos um tanto diversificado. Essas circunstâncias demonstram como o pensamento constitucional em formação ia consolidando seus axiomas, num *locus* oficial de poder no qual, pouco tempo antes, isso poderia parecer impensável.

Ainda sobre o artigo 7º do projeto de Constituição, objetou-se também à redação do inciso I, sob o argumento de que seria mais eficiente se os redatores tivessem optado por instruir, desde logo, “os povos” acerca do significado que se pretendia atribuir à expressão “liberdade pessoal”, cabendo à Constituição “dar um tipo ou padrão” do que se poderia considerar ofensivo à liberdade pessoal. No entendimento do parlamentar que apresentava a objeção, por mais que nos artigos seguintes existissem algumas especificações, a maioria das pessoas, desprovida de instrução,

“não têm uma ideia clara do que eles devem entender por sua liberdade pessoal, a fim de poderem defendê-la, trazendo-a sempre na memória, assim contra os ataques de seus concidadãos como das autoridades, quando elas passarem de tutelares a opressoras.”²⁰⁵

Em defesa do texto objetado, um dos redatores do projeto esclareceu que a comissão não pretendeu dar definição exata à expressão, justamente pela dificuldade de esclarecer-se com exatidão uma expressão que, em sua simplicidade e ordinariedade, dispensa qualquer definição.

Uma outra categoria dentre as liberdades públicas que propiciou intensos debates e foi enfrentada pelos constituintes na linha dos relevantes antagonismos, foi a liberdade religiosa. No texto Constitucional outorgado a liberdade religiosa está prevista no art. 179, inciso V, assim redigido: “ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública.” Esse artigo deve ser lido em conformidade com o artigo 5º que determinava a religião católica como religião oficial do Estado, permitindo todas as demais “com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo.” Dito de outra forma, todas as demais religiões eram toleradas

²⁰⁵BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 6 volumes, 1874, tomo VI, pp. 38-39.

pelo Estado, desde que praticado em ambiente particular, sem qualquer espécie de exposição ou ostentação pública. Disso decorre o direito à convicção religiosa íntima, sobre a qual ninguém seria punido, perseguido ou limitado em seus direitos, mas não o amplo direito a práticas religiosas diversas que, se exteriorizadas publicamente, seriam consideradas ilícitas.

Nas discussões da Constituinte, ficou claro o intuito dos conservadores de preservar a sociedade brasileira do “contágio de outras doutrinas”, preservando a doutrina e a moral católicas do enfraquecimento e da decadência no Brasil. O temor era de “abalo do edifício social” e de “imensas desordens” que poderiam se seguir da abertura religiosa. Sustentou-se também que o juramento dos constituintes no sentido de guardar a religião católica era incompatível com a liberdade religiosa²⁰⁶. Por isso, uma das proposições que ganhou força foi a da restrição dos direitos de cidadania- políticos somente aos católicos.

Em contraposição, uma corrente mais liberal, fundada “nas luzes do século”, acreditava que o Brasil deveria seguir em matéria religiosa os passos das “nações mais civilizadas, como França e Estados Unidos, enfatizando-se que “até mesmo Portugal em tempos escuros” já havia admitido as sinagogas dos judeus, não havendo razão para que o Brasil adote posição “menos justa e menos liberal”²⁰⁷.

Em geral nos debates procurou-se diferenciar convicção íntima ou liberdade de consciência de liberdade religiosa. Para essa corrente que prevaleceu, a “relação da criatura com o Criador está fora do alcance político”, sendo “direito tão sagrado que nem deveria estar no catálogo de direitos garantidos”, mas “já que a sociedade chegou a esta desgraça, uma vez que até se tem usurpado o domínio do pensamento é preciso com cuidado estabelecer este direito”.²⁰⁸

Embora a racionalidade liberal fosse o guia da transição constitucional, com a fundamental contraposição entre o direito divino e o direito humano, construído pelo homem e para o homem, o elemento religioso como base da sociedade, claramente, persistia no imaginário coletivo de todas as classes sociais, indissociável da tradição, das crenças e do arranjo socioeconômico patriarcal do colonialismo. Possivelmente como legado do Iluminismo católico lusitano, a doutrina

206BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 6 volumes, 1874, tomo VI, p. 48.

207BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 6 volumes, 1874, tomo VI, pp. 50-51.

208BRASIL. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 6 volumes, 1874, tomo VI, p. 42.

católica de algum modo colaborava na “regulação” dos discursos sobre as liberdades, conformando-os nos limites do que se compreendia por ordem²⁰⁹. Como já se afirmou aqui, por diversos motivos estava instalado no país o alerta da moderação e da liberdade regulada, que acabou influenciando as mentalidades inclusive no aspecto da liberdade religiosa. Era necessário blindar a sociedade brasileira de influências religiosas e doutrinas cujas crenças não pudessem ser controladas por uma certa patrulha da conduta, dos bons costume e da moral, que começava a se desenvolver nos ambientes urbanos como dispositivo de poder disciplinar²¹⁰.

Se por um lado, ideias iluministas inspiraram a Carta Imperial, por outro a realidade marcada por estruturas socioeconômicas arcaicas, fundadas no latifúndio monocultor, no regime patriarcal, nas tradições católicas profundamente arraigadas e na exploração escravista do trabalho de africanos também parece ter encontrado seu espaço nos debates e nos argumentos dos membros da Assembleia Constituinte. Mas a grande tarefa constitucional a que se propuseram os construtores do Estado brasileiro evidenciava estar sendo feita. A Constituição firmava a organização e estruturação do Estado e o início da regulação jurídica da vida dos brasileiros a partir de uma nova matriz política e filosófica. O Direito que instituíam os poderes era o mesmo que também limitava sua ação sobre os interesses individuais, sobretudo dos proprietários, fundando em terras brasileiras a grande dicotomia moderna, modulada na relação entre direito e poder.

4.2 PERIÓDICOS DO PERÍODO IMPERIAL (1823-1832)

4.2.1 O Spectador Brasileiro

A imprensa no período imperial desenvolveu-se rapidamente. Diferente do período de seu pai, ao tempo de D. Pedro I tipografias e livrarias disseminam-se

²⁰⁹“Nessa perspectiva, a ordem era condição da liberdade, e a garantia dessa última era o fundamento ético da primeira. A fórmula da ordem tal como se apresentou no Brasil Imperial ganha sentido pela direta relação com as condições objetivas da sociedade da época, marcada pela herança colonial e pelo problema agudo da escravidão. Nesse sentido a ordem representava as condições ideais da sociedade, mas sua realização não levava em consideração quaisquer definições ou princípios abstratos.” (MONTEIRO, Claudio Antonio Santos. Ordem. In FERES JUNIOR, João (Org.) *Léxico da História dos Conceitos Políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 353).

²¹⁰GUANDALINI JR, Walter. *História do Direito Administrativo Brasileiro: formação (1821-1895)*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 152-156.

pelas províncias, especialmente nos locais em que havia maior concentração de atividades urbanas. No Rio de Janeiro, em 1808 contavam-se apenas duas livrarias e uma tipografia; em 1829 contavam-se nove livrarias, sete tipografias e uma fundidora de tipos, que em sua maioria se voltam à produção de jornais, porque “o mercado livreiro ainda era dominado pelas edições portuguesas e francesas”, e também “dada a emergência do periodismo político e de seu papel de relevo na formação da opinião pública durante o Primeiro Reinado.”²¹¹

Naquele período era comum o estabelecimento no país de livreiros e tipógrafos estrangeiros, atraídos por um mercado totalmente novo, ainda inexplorado, que comportava novos investimentos e se mostrava financeiramente muito promissor. Muitos traziam consigo edições originais de obras clássicas estrangeiras para comercialização, num mercado intelectual restrito, mas ávido por novidades. Em 1824 o francês Pierre Plancher chegou ao Rio de Janeiro, fundando no mesmo ano o jornal *O Spectador Brasileiro*. Mais tarde, em 1827, fundou um gênero inédito no país: *O Jornal do Commercio*, que adquiriu notoriedade pela qualidade da impressão e conteúdo relacionado às atividades comerciais, o que incluía legislação comercial, movimento dos navios e esboços estatísticos²¹². Além disso, obteve autorização da Coroa para impressão e publicação de textos oficiais, concorrendo nesse campo com a Imprensa Régia. Quando de sua chegada ao Brasil, Plancher trouxe consigo uma coleção de livros que incluía autores como Mirabeau, Montesquieu, Condillac, Constant, Blackstone, Guizot, além de outros liberais e revolucionários, e passou a comercializá-los, propiciando a circulação de informações de cunho teórico e filosófico de interesse do liberalismo político.²¹³

O periódico *O Spectador Brasileiro* foi lançado em 28 de junho de 1824. Em meio a notícias estrangeiras, muito comuns, há passagens que interessam mais diretamente à realidade brasileira, incluindo comparações entre o Brasil e outros países da América do Sul. Em sua primeira edição, abordou temas que giravam em torno do direito natural de autodeterminação dos povos, do direito das gentes, da legítima insurgência e “vingança” em face da submissão aos “maquinadores de nossa ruína”, reivindicando “nossos direitos” enquanto povo autônomo:

211DEAECTO, Marisa Midori . Um editor no quadro político do Primeiro Reinado: o caso Pierre Seignot-Plancher. *Caminhos da História*, v. 1, 2006, p. 149.

212DEAECTO, Marisa Midori . Um editor no quadro político do Primeiro Reinado: o caso Pierre Seignot-Plancher. *Caminhos da História*, v. 1, 2006, p. 149.

213DEAECTO, Marisa Midori . Um editor no quadro político do Primeiro Reinado: o caso Pierre Seignot-Plancher. *Caminhos da História*, v. 1, 2006, p. 153

direitos do homem político; o Código da Natureza, as convenções primordiais estabelecidas entre as Nações, o direito indisputável dos povos para consigo mesmos são os vossos escudos; aqueles que nos chamam insurgentes não conhecem os princípios de direito das gentes: abramos este código à vista da Europa, a vista dos maquinadores de nossa ruína, vejam eles a justiça com que nós entramos na gloriosa vingança dos nossos direitos tão longo tempo subnegados; firmeza dos povos decididos a reivindicação dos seus direitos.

Ao final dessa edição, na seção chamada “Escravos Fugidos e anúncios de interesse” consta a oferta de “aluguel de um escravo cozinheiro” e o anúncio de “fuga de um moleque moçambique, zaimbo das pernas” para o caso de quem o “prender” o conduzir ao endereço indicado.

Nas edições de 01 e 02 de julho de 1824, novamente há referências aos “invioláveis direitos das gentes” e passagens que expressam preferência do redator a um certo liberalismo que podemos chamar de moderado e ao sistema monárquico constitucional que, sendo adotado no Brasil, estaria sendo aplaudido pela Europa que nos observa, sob o argumento de que há um tipo de despotismo muito mais preocupante conforme demonstraria a história. Em destaque nos trechos seguintes:

Liberdade procura um centro para se não confundir com a licença; marcha diante dos passos da razão, porque há um despotismo muito pior: a história dos últimos tempos mostra; um direito reconhecido e incontestável porque nasce das primeiras convenções sociais de toda nação: pátria rumo à liberdade.

A Europa vê entre nós um Trono em pé, um Imperador em harmonia com a Nação, uma Lei verdadeiramente Monárquico-Constitucional.

Na edição de 02 de agosto de 1824, classificando como “nojento” o “Manifesto e Proclamações publicados em Pernambuco pelo miserável demagogo Carvalho”²¹⁴, afirma o redator que se viu na obrigação de também publicá-lo em seu periódico, eis que o mesmo conteúdo teria sido publicado no oficial *Diário Fluminense*, junto do qual se posicionava politicamente, admitindo que “se custa a adivinhar o que mais predomina, se a estupidez do espírito ou a negra perversidade do coração.” O manifesto, publicado em sua integralidade, é das poucas passagens do periódico em que se observam alusões às categorias da modernidade, como

²¹⁴O editor refere-se à Confederação do Equador e ao seu Presidente Manoel de Carvalho Paes de Andrade, que redigiu o manifesto publicado em Pernambuco aos 02 de julho, exortando as demais províncias a aderirem ao movimento, cujo grito era federativo, sendo a República o provável objetivo final. O movimento já tinha o apoio do Rio Grande do Norte, da Paraíba e do Ceará. Os revolucionários resistiram às Forças Imperiais até novembro de 1824, quando seus líderes foram executados, incluindo Frei Caneca.

“Lei”, “Constituição”, “pacto social” e “imprescritíveis e alienáveis direitos de Soberania”, referindo-se à soberania popular e à dilaceração da Assembleia Constituinte pelo Imperador, enaltecendo o sistema americano e propondo o desprezo de “instituições oligárquicas, só cabidas na encanecida Europa.”

Em geral, o periódico mantém a linha da moderação quanto aos princípios que regem o sistema de governo e a organização administrativa do país, e a linha mais liberal no que toca às práticas comerciais, exatamente na continuidade da trilha percorrida no período joanino. Exalta o “comércio aberto para todas as nações, sob a base da reciprocidade” e a circulação de capitais, conforme interessa ao capitalismo europeu. Revela entusiasmo pela monarquia constitucional e critica à insurgência de “filhos da pátria”, os pernambucanos da Confederação do Equador, movimento a que alude com a expressão “terror”. Assevera na edição de 08 de julho que “se os antigos tivessem descoberto o sistema monárquico-constitucional com as garantias próprias deste sistema não se lembrariam de criar essas democracias.” Em 22 de outubro ressalta a credibilidade ostentada pelo Brasil na Europa, diante da estabilidade do Estado e de suas instituições, conferindo garantias aos capitalistas europeus:

Graças a sábia e liberalíssima Constituição do nosso Dom Pedro, ao mesmo passo que oferece aos capitalistas da Europa a salutífera publicidade nas operações fiscais dos Governos Constitucionais representativos, apresenta-lhes também aquela estabilidade que só se encontra nas instituições monárquicas (...) que falta pois à Colômbia para gozar na Europa do mesmo conceito que o Império do Brasil? A estabilidade nas suas instituições. Aquele precioso dogma do Direito de sucessão de uma família colocada em cima de todos para bem e ventura de todos.

O periódico foi de certa forma longevo, durando até 23 de maio de 1827. Plancher, como exilado da França em razão de publicações sediciosas²¹⁵, encontrou espaço e apoio político no Brasil, razão pela qual aparentemente se manteve fiel a D. Pedro I, deixando o Brasil somente em 1832, pouco depois da abdicação e crise do Primeiro Império, quando vendeu sua tipografia.

Como se observa dos excertos destacados, prevaleceu no *O Spectador Brasileiro* uma expressa retórica conservadora e monarquista. Um historicismo calcado na tradição da dinastia Bragança e na estabilidade das instituições, apresenta-se como panorama para um liberalismo que se sustenta quase que unicamente na liberdade de comércio e, conseqüentemente, na propriedade. O

²¹⁵DEAECTO, Marisa Midori. Um editor no quadro político do Primeiro Reinado: o caso Pierre Seignot-Plancher. *Caminhos da História*, v. 1, pp. 153, 2006.

discurso de apoio à emancipação política do país e ao monarquismo constitucional é também ao mesmo tempo marcadamente anti-republicano e anti-democrático, além de radicalmente crítico ao contexto revolucionário interno. Não se observa no discurso uma camada dotada de expressão jurídica mais robusta, que se distinga na transversalidade do cenário político, por vezes facilmente observada em outros periódicos, podendo-se concluir, até mesmo por sua condição de estrangeiro exilado, sem vínculo afetivo estável com o Brasil, que o desgaste político fatalmente decorrente da adesão a uma linha mais progressiva não interessava particularmente ao proprietário do periódico.

4.2.2 Typhis Pernambucano

Reconhecendo que a coleta de dados de fontes que expressam posicionamentos antagônicos e supostamente inconciliáveis pode representar uma incursão mais rica e aprofundada no tempo histórico, selecionou-se o *Typhis Pernambucano* como fonte de pesquisa, considerando que o periódico analisado no item anterior expressou-se em crítica radical à Confederação do Equador, movimento constitucional propagado por este periódico. As edições deveriam ser selecionadas de modo a garantir a contemporaneidade em relação às edições do *Spectador Brasileiro* que foram examinadas. Numa feliz coincidência, o *Typhis* funcionou de dezembro de 1823 a dezembro de 1824, ou seja, praticamente no exato mesmo período das edições selecionadas de *O Spectador*.

Repise-se, entretanto, que o antagonismo das fontes não possui como escopo a apreensão dos componentes políticos da contrariedade de pensamento. Na conformidade do que já foi esclarecido no primeiro capítulo, o intuito é procurar um substrato de espessura jurídica em quaisquer e diversos cenários políticos, perquirindo investigativamente o pensamento constitucional brasileiro em formação num amplo espectro da realidade. Esse modo de proceder permite potencialmente a verificação acerca da existência de uma camada jurídica, de índole constitucional, autônoma em relação aos confrontos de ordem política. Por outro lado, no periódico analisado no item anterior, foi possível inferir que a eventual camada de significação jurídica manifestada era rarefeita e escassa, o que, em qualquer periódico, pode configurar um possível resultado de pesquisa.

Na análise do *Typhis Pernambucano* não há de se deixar de mencionar Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, fundador e redator do periódico, revolucionário que acreditava numa República Federativa para o Brasil e que se insurgiu contra a dissolução da Constituinte, em novembro de 1823, fundando o periódico no mês seguinte.

Em suas primeiras edições, o *Typhis* se ocupa dos fatos que envolveram a dissolução da Assembleia Constituinte, aprofundando-se na análise do Decreto Imperial dissolutório e no segundo decreto, que buscou justificar os fundamentos do primeiro. Em sua edição de 25 de dezembro de 1823 expressou a compreensão dos direitos políticos, identificados no controle dos atos do governo, como “direitos naturais” ou “primários” de um povo:

É um direito natural e inalienável de qualquer cidadão, seja qual for a forma de governo em que se vive, o exame e o juízo dos fatos públicos, sem que sirva de égide a alguém a graduação, a classe, a hierarquia e a autoridade; e este direito é tanto mais sagrado quanto a ação praticada toca os direitos primários de um povo, de uma nação; e s.m.i. se acha tão penetrado dessa verdade, que no dia 13 fez baixar o seu segundo decreto, em que declara que a qualificação de perjura, que o primeiro impôs à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, não se devia entender da totalidade da representação nacional do generoso povo brasileiro, sim da facção dominante do Congresso.

Nas edições subsequentes, permanecem eloquentes as críticas ao sistema monárquico e à ausência de legitimidade constitucional, sob o foco da ausência de representatividade popular na Carta outorgada. Soberania popular, pacto social, liberdade religiosa, constitucionalismo como “princípio deste século”, “liberdade constitucional”, no sentido da liberdade de um povo elaborar seu próprio documento constitucional e soberania do Estado em face aos demais Estados, pouco importando a esses o regime de governo adotado. Na edição de 01 de julho de 1824 manifesta que um pacto social verdadeiramente constitucional deve ser expressado pelos próprios indivíduos em sociedade, asseverando:

Sendo o fim de toda a reunião dos homens em sociedade a conservação dos direitos naturais, civis e políticos, estes direitos devem ser a base do pacto social; e o seu reconhecimento e declaração devem preceder à Constituição, a qual lhes serve de fiador.

Nessa mesma edição, estão transcritos em trinta e dois artigos, os dispositivos que formam as Bases para a Formação do Pacto Social, consoante proposto na Confederação do Equador. Direitos naturais, civis e políticos do homem são reconhecidos como liberdade, igualdade, segurança, prosperidade e resistência à opressão. A liberdade é identificada na Lei, como expressão da vontade geral e

declarada nas suas variadas formas: liberdade de pensamento, de imprensa, de indústria e comércio, de locomover-se. Garantias processuais criminais estão inscritas contra a arbitrariedade e a culpa presumida. O regime de trabalho escravo é proibido, pois “a pessoa não é uma propriedade alienável” e a soberania reside no povo inteiro e os limites das funções públicas devem ser claramente determinados pela lei. No último dispositivo, correspondente ao trigésimo segundo, está previsto o poder constituinte ilimitado, tão veementemente combatido na Restauração pós-revolucionária, ante os excessos que retiravam do Estado o atributo da estabilidade institucional:

Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar a sua Constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar às suas leis as gerações futuras, e toda a herança nas funções é absurda e tirânica.

As fontes consultadas demonstram o apoio a um liberalismo que se aproxima de sua vertente revolucionária francesa originária, ainda que na França de 1824 grande parte do idealismo da Revolução já tivesse caído por terra. Isso resta muito claro no excerto acima, em que o individualismo revolucionário parece confrontar qualquer elemento estabelecido historicamente, ao atribuir à geração presente o direito inafastável de refutar o direito, as leis, as formas, as instituições que tenham sido fruto da escolha das gerações anteriores, circunstância que, em grande parte, foi responsável pela ausência de estabilidade institucional na França. O pacto social como elemento prévio à Constituição e ao Estado demonstra a adesão ao contratualismo, como dispositivo que se agrega ao individualismo e ao voluntarismo.

A noção subjetiva e abstrata dos direitos individuais resta bem expressa nas linhas do periódico. Os direitos, aliás, são a pedra de toque do sistema de pensamento constitucional adotado pelo *Typhis*, que se inclina para um contratualismo rousseauiano. Como as “Bases” foram uma proposta não concretizada, seus dispositivos não fizeram parte das experiências reais do constitucionalismo brasileiro, ficando no campo dos ideais. Por outro lado, a experiência francesa demonstrou que dificilmente seria possível sua materialização fora de uma estrutura estatal forte, que mantivesse a segurança e a coesão social, numa sociedade de classes e, ainda, no caso do Brasil, de raças, de latifúndios e de uma extensão geográfica continental. Por tais razões, imagina-se que, nesse

projeto, haveria de existir um elemento estatalista garantidor da estabilidade institucional e social, ainda que a ilimitação do poder constituinte pudesse representar uma ameaça perene.

4.2.3 O Observador Constitucional

Na província de São Paulo, apesar de sua importância no cenário nacional, a imprensa periódica chegou somente no final da década de vinte. Em 1826 havia acontecido a abertura da primeira legislatura do Império, ampliando o debate político nas esferas oficiais de poder, mas também fora delas. *O Observador Constitucional* foi fundado em 1829 pelo médico italiano Líbero Badaró. Antes dele, existia em São Paulo *O Farol Paulistano*, fundado em 1827. Ambos os periódicos eram partidários de um discurso liberal identificado como moderado, o que significava equilibrar a soberania monárquica com os demais poderes do Estado, com a representatividade política e com a garantia dos direitos dos cidadãos. Faziam oposição ao Imperador, posicionamento mantido ao menos até a abdicação, quando o cenário político se complexifica²¹⁶.

O periódico mantinha uma seção chamada “Teoria do Governo” em que explicava de modo acessível ao leitor não especialista aspectos da organização do poder e dos direitos dos cidadãos, transparecendo a intenção de munir o público de conhecimentos de ordem jurídico-política, contribuindo para os debates públicos e a formação de opiniões. Na edição de 20 de novembro de 1829 foi publicada nessa seção uma explanação acerca da teoria do Poder Constituinte. Segundo esclarecido pelo redator, a função do Estado é satisfazer com segurança o desenvolvimento das faculdades físicas, mentais e morais dos indivíduos. Estes, sob a forma de Nação, compõem a autoridade constituinte ou Soberania Nacional, de onde emanam as Leis Constitucionais. A autoridade constituída ou Soberania Constituída é superior aos indivíduos que compõem a associação, mas é limitada pela Autoridade Constituinte da Soberania Nacional, que lhe fixa os contornos e as funções, bem como a maneira de fazer as leis secundárias, ou ordinárias, que devem estar em conformidade com as Leis Constitucionais. Embora um pouco confuso, o texto publicado demonstra que, passados cinco anos da entrada em vigor da Constituição Imperial, a matéria

216OLIVEIRA, Carlos Eduardo França. O Farol, o Observador e a Voz: O debate sobre a Federação e a Reforma Constitucional na Imprensa Paulista (1830-1832). *Almanack*, n. 20, dez. 2018, p. 138.

da organização do Estado, de seus poderes, e da titularidade do poder Constituinte ainda se apresentava relevante como tema de circulação e de interesse social. Ao final do artigo, vê-se a defesa da legitimidade da Constituição Imperial enquanto Lei emanada da Nação, fazendo-se constar que o texto constitucional foi levado pelo Imperador à avaliação das Câmaras, onde foi aprovado, sem alterações.

Na edição de 27 de novembro de 1829, publicou-se na íntegra o texto do decreto de 31 de outubro daquele mesmo ano, editado com fundamento no dispositivo constitucional (art. 179, inciso XXXV) que previa a possibilidade de dispensa por tempo determinado de formalidades que garantiam a liberdade individual, por ato especial do Poder Legislativo, em casos de rebelião ou invasão de inimigos, em proveito da segurança do Estado, ficando responsáveis por eventuais abusos as autoridades que tiverem mandado executar as medidas preventivas. O decreto foi direcionado à província do Ceará, sobre a qual havia sido noticiada uma reunião de homens armados com intuítos absolutistas, que rapidamente se espalhava pelo interior. Votada a questão no Conselho de Estado, foi examinada com prudência, por revelar a excepcionalidade da suspensão de direitos constitucionais. Com votos contrários e outros favoráveis, venceu esse último entendimento, sendo assinado pelo ministro da justiça o decreto que determinou:

(...) no caso de se ter desgraçadamente realizado tão detestável projeto, se suspendam provisoriamente na sobredita Província, por tempo de seis meses (se antes se não tiver conseguido o restabelecimento da ordem, e a perfeita tranquilidade dela) os parágrafos quarto, sexto, sétimo, oitavo, nono e décimo do citado artigo, para que sem as formalidades nele marcadas, se possa proceder contra quaisquer pessoas complicadas nesse delito, ficando todos os mais em seu inteiro vigor.

Em seguida à publicação do texto, o periódico “oferece ao público considerações”, concluindo que, em comparação com decretos anteriores de suspensão de direitos, severamente criticados, o governo teria “tomado o justo caminho que convém a um governo monárquico representativo”, reconhecendo que naquele caso, ante a situação concreta retratada, a suspensão de que trata o dispositivo constitucional teria cabimento. Tece críticas, no entanto, ao objeto da suspensão, que recaiu sobre o inciso 4º e os incisos 6º ao 10º do art. 179, enfatizando que a Constituição permitia a suspensão de “formalidades que garantam a liberdade individual” mas não das liberdades, ou dos direitos, em si, entendendo que o objetivo do dispositivo constitucional seria “assegurar-se mais facilmente da pessoa do criminoso, e para julgá-lo mas prontamente (...) mas não que se lhe tire

um direito antes de sentenciá-lo.” Alerta também que para casos de eventuais arbitrariedades na aplicação do dispositivo excepcional, “deixam-se os recursos ao Poder Moderador que saberá acudir com paternal remédio aonde o arbitrário tenha excedido as necessidades de precaução.” Em verdade, considerado a falta de determinação sobre quais formalidades seriam passíveis de suspensão, tanto no inciso mencionado quanto em qualquer outro artigo da Constituição, abriu-se com maior facilidade a possibilidade de uso político do dispositivo como instrumento de controle social e manutenção da ordem pública, num quadro de revoltas populares e insurgências. Além disso, a interpretação do dispositivo permaneceu em disputa por todo o período em que foi aplicado, provocando muitos debates no parlamento e órgãos do executivo entre 1824 e 1842.²¹⁷

As edições subsequentes do periódico durante os anos de 1829 e 1830 mantiveram a mesma linha constitucional liberal e crítica, porém ponderada e racional, sobre matérias de interesse da cidadania, da liberdade, da igualdade e da organização dos poderes. Ao final de algumas edições há pensamentos reflexivos, estimulando a vigilância dos cidadãos em relação ao Estado, a defesa da Constituição, citação de Benjamin Constant, alertando sobre o estabelecimento da tirania quando as Constituições não são estáveis. Mas elementos da cultura arcaica, hierárquica, escravista e exploratória ainda se encontravam potencialmente presentes. Ao final da edição de 12 de fevereiro de 1830, logo abaixo da divulgação de uma obra jurídica liberal, publicada por José Maria Avellar Brotero, Lente do curso jurídico de São Paulo²¹⁸, encontra-se o aviso de fuga de um escravo, redigido conforme a compreensão do ser humano de cor negra como extensão do direito constitucional de propriedade:

“um preto, por nome Francisco, de estatura ordinária, corpo algum tanto grosso, dentes abertos na ordem inferior, rosto algum tanto redondo, foi com camisa e calça de algodão, surtum²¹⁹ de baeta azul, manta de cobrir-se e mais alguma roupa, e vivia de cortar capim; quem o achar e dele fizer entrega a seu Senhor, ou em Casa do Cap. Mor Eleutherio da Silva Prado, além dos agradecimentos, em que se lhe fica, receberá boas alviçasas.

Em sua historicidade *O Observador Constitucional* foi considerado dos mais liberais do país, assim como outros que lhe foram contemporâneos, como o Diário

217COSTA, Vivian Chierigati. Suspensão de Garantias na Monarquia Constitucional Representativa Brasileira (1824- 1842). DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros – IEB/USP, 2021, pp. 84, 99.

218Ver item 3.3 infra.

219Identificou-se o uso modificado e coloquial do termo Francês “surtout”, roupa que se veste sobre as outras.

de Pernambuco, A Malagueta e A Abelha Pernambucana. Como o seu nome indica, *O Observador* parece ter cumprido a missão de observar o cenário constitucional do país, numa redação que em linhas gerais abordava com minudências alguns temas seletos do constitucionalismo que estava se consolidando. O homicídio de seu redator e fundador, Líbero Badaró, em circunstâncias não totalmente esclarecidas, em 21 de novembro de 1830, gerou grande comoção e revolta. A última edição do ano de 1830 publicou na seção “Correspondências”, uma carta anônima apontando “mágoa” e “rancor” pelo “assassinato e perda de um verdadeiro liberal”, “intrépido defensor dos direitos do cidadão”, clamando por “vingança” e execução das “Leis penais” sem a moderação que seria um “ultraje à Nação inteira.”

4.3 A NASCENTE DOUTRINA CONSTITUCIONALISTA

Ainda que o conhecimento jurídico possa ser encontrado, como já se demonstrou, no seio das estruturas sociais, em diversas formas de manifestação do pensamento circulante, não resta dúvida de que o saber especializado do jurista, nesta pesquisa observado sob a perspectiva histórica, permite uma maior aproximação do pensamento jurídico de um dado contexto. Os juristas colaboram para o nascimento da ciência jurídica, como “construtores de pensamento” ou, nas exatas palavras de Paolo Grossi, como *costruttori di pensiero* que, pela instrumentalização técnica de seu conhecimento, revelam todo um aporte de cultura e ideologias, expressão fiel de uma civilização, contribuindo para o prestígio da ciência jurídica.²²⁰

Neste trabalho, o recorte temporal fixado encontra-se no âmbito de uma fase nominada por Marcelo Continentino como fase da “apologia à Constituição”²²¹, identificada como a primeira fase do pensamento constitucional brasileiro que, para o autor, iria de 1827 a 1850. Para ele, afora o caso de Frei Caneca, reconhecidamente crítico da Constituição Imperial e especificamente do poder moderador, os demais publicistas que se debruçaram sobre o texto de 1824 até as

220FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023, pp. 1048-1049.

221CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 236.

décadas de 1850-1860, apresentaram uma doutrina de caráter laudatório e elogioso ao texto em geral e à arquitetura constitucional dos poderes em específico. A primeira obra considerada de Direito Constitucional escrita no país, de autoria de José Paulo Figueirôa Nabuco de Araújo, *Diálogo Constitucional Brasiliense* (1827), realizava “meras transcrições do teor literal do texto da Constituição sem que lhe sigam quaisquer reflexões, críticas ou análises de maior profundidade jurídica, política ou filosófica”²²².

Em 1825, José da Silva Lisboa já havia escrito *Constituição Moral e Deveres do Cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da constituição do Império*, obra de cunho filosófico cujo intuito, conforme declinado desde logo no prefácio, era a “promoção da virtude pública e particular” e a preparação de “todas as classes de cidadãos” para a consciência de seus deveres, numa exortação ao “progresso da retidão e da moralidade do povo”, através de máximas cristãs, políticas, militares, e reflexões filosóficas.²²³ Nas páginas finais da obra, a escravidão é censurada como motivo de desonra para o Brasil. O autor menciona críticas tecidas em periódicos ingleses e nos *Relatórios da Sociedade Africana de Londres* considerando os “horrores do tráfico de escravatura, contra a fé dos Tratados, e Honestidade pública”, causando espanto que no Diário Fluminense se tenha “pretendido alucinar os espíritos, procrastinando para indefinida época (...) a final abolição (...).²²⁴” A abolição é sustentada a partir de razões de cunho moral, filantrópico e cristão, não por argumentos de matriz jurídica. A igualdade, erigida à categoria de direito essencial do homem, por disposição constitucional, não é utilizada para a composição de um raciocínio minimamente jurídico que fundamente a abolição. Mais que isto, os direitos naturais do homem, tantas vezes mencionados em diversos *locus* de expressão e de discussão, no Brasil que recebia “as luzes” europeias ainda antes do início do século, sequer são aventados como óbices à escravidão, malgrado reconhecida a humanidade da população negra.

222CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 238.

223LISBOA, José da Silva. *Constituição Moral e Deveres do Cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1825.

224LISBOA, José da Silva. *Constituição Moral e Deveres do Cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1825, Apêndice, p. 86.

Ricardo Marcelo Fonseca afirma que naquele ambiente inaugural era certo que “não havia propriamente a circulação de direito culto no Brasil neste período e nem tampouco a existência de focos que ensejassem uma disseminação cultural eficaz.”²²⁵ Somente após a instalação dos cursos de Direito em São Paulo e Olinda, conforme determinado pela Lei de 11 de Agosto de 1827²²⁶ é que efetivamente começa a desenvolver-se uma doutrina jurídica no país, a partir das reflexões de juristas, escritores, mas principalmente professores, que comumente publicavam sob a forma de manuais as aulas que ministravam nas faculdades. Conforme determinado pela Lei que instituiu os cursos jurídicos, no primeiro e no segundo ano uma disciplina chamada *Análise da Constituição do Império*, estava entre as ministradas, e ladeava Direito Natural, Público, Direito das gentes e Diplomacia. No segundo ano era acrescida a disciplina Direito Público Eclesiástico. Direito Constitucional ainda não era, portanto, um ramo do saber jurídico, como o eram Direito Civil, Direito Criminal, Direito Mercantil e Marítimo e a disciplina chamada *Teoria e prática do processo adotado pelas leis do Império* que, acrescentando-se ainda Economia Política, compunham a grade geral dos cinco anos de curso.

Em 1829 José Maria Avellar Brotero, lente do primeiro ano do Curso Jurídico de São Paulo, lançou a obra *Princípios de Direito Natural*. São estudadas categorias, a maioria delas subdividida em várias classificações, divisões e ordens teóricas, como: “Natureza”; “Deus”, no sentido de princípio do universo e origem do homem; “Direito”; “Obrigação”; “Obrigação Moral Passiva”; “Lei”; “Lei no sentido moral”; “Ignorância”; “Erro”; “Ação”; “Imputação”; “Direito de necessidade”; “estado natural”; “estado social”; “Virtude”; “Direito Natural”; “Justiça”; “Consciência”, no sentido de razão; “Evidência”; “Propriedade”; “Mútuo”; “Comodato”; “Casamento”; “Divórcio”, “Igualdade entre os cônjuges”; “Homem”, seu corpo, saúde, qualidades do espírito;

225FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023, p. 1015.

226Lei de 11 de Agosto de 1827- Cria dois Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Dom Pedro Primeiro, por Graça de Deus e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos subditos que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a Lei seguinte: Art. 1.º - Crear-se-ão dous Cursos de sciencias jurídicas e sociais, um na cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda, e nelles no espaço de cinco annos, e em nove cadeiras, se ensinarão as matérias seguintes: 1.º ANNO 1ª Cadeira. Direito natural, publico, Analyse de Constituição do Império, Direito das gentes, e diplomacia. 2.º ANNO 1ª Cadeira. Continuação das materias do anno antecedente. 2ª Cadeira. Direito publico ecclesiastico. 3.º ANNO 1ª Cadeira. Direito patrio civil. 2ª Cadeira. Direito patrio criminal com a theoria do processo criminal. 4.º ANNO 1ª Cadeira. Continuação do direito patrio civil. 2ª Cadeira. Direito mercantil e marítimo. 5.º ANNO 1ª Cadeira. Economia politica. 2ª Cadeira. Theoria e pratica do processo adoptado pelas leis do Imperio.

“imortalidade da alma”; “diferentes variedades de homens”, situando-os no que nomina “cinco raças”: “caucasiana, Mongols, Negra, Americana, Malayo”, que ao final, citando a obra de Blumenbach- *L'Unité de Genre Humain*, e mencionando a Fisiologia e a Zoologia, conclui serem da mesma espécie, à qual se aplica a mesma lei da natureza, tendo todos “iguais direitos, iguais obrigações, iguais ofícios”²²⁷.

Voltando-nos a “Direito”, foco desta pesquisa, o termo é destrinchado pelo autor em diferentes acepções:

1º no sentido metafórico significa uma linha reta, uma norma fácil e breve de conseguir qualquer fim; 2º toma-se por tudo que é bom e conveniente: toma-se no mesmo sentido da ciência de Jurisprudência, isto é, a aptidão da razão em conformar as suas ações com a determinação, ou proibição da Lei. Tem mais duas significações próprias em Jurisprudência, e as quais quase sempre são usadas; e vem a ser: 1º a faculdade moral, que o homem tem de obrar, ou deixar de obrar, qualquer ação, isto é, a faculdade moral cultivada pelo conhecimento da própria razão; 2º o vocábulo *direito* se usa tomar pela mesma Lei, ou por um complexo de Leis, e neste sentido é que nós o devemos agora tomar, por exemplo; Direito Natural complexo de Leis da Natureza; direito civil pátrio, complexo das Leis da nossa Nação; direito Eclesiástico, complexo das Leis que regulam a Igreja. Conforme a Direito (sic), *id es* a Lei. Direito, Obrigação, Lei, Ofício são correlativos, isto é, não podem existir uns sem que existam os outros.²²⁸

O termo “Direito” está relacionado a “direitos essenciais do homem e que formam o seu estado moral”, chamados na obra também de “Direitos sagrados do Homem”: Liberdade, Igualdade, Propriedade e Segurança²²⁹, asseverando que são atributos interligados, de tal maneira que, inexistindo um não existem os outros, ou seja, “o homem sem igualdade não tem liberdade, sem propriedade não pode conservar-se e aperfeiçoar-se”, “sem segurança não pode existir”.

Para o autor, as Leis se dividem em divinas e humanas, sendo aquelas provenientes da vontade de Deus, a “Natureza Naturante”, que determina as Leis naturais e o Direito Natural. Já as Leis humanas são “constituídas e ditadas” pela “Soberania dos homens” ou “Soberania das Nações”. São as leis civis, que “ordenam o que é justo e proíbem o que é injusto, isto é, que tendem fazer a felicidade do homem social e que tendem a conservar ao mesmo homem social os seus direitos naturais.”²³⁰

227BROTERO, José Maria de Avelar. *Princípios de Direito Natural*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829, p. 122.

228BROTERO, José Maria de Avelar. *Princípios de Direito Natural*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829, pp. 12-13.

229BROTERO, José Maria de Avelar. *Princípios de Direito Natural*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829, p. 330.

230BROTERO, José Maria de Avelar. *Princípios de Direito Natural*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829, p. 52.

O termo “Constituição” é utilizado na obra em sentido coloquial ou no sentido de “Constituição Natural” ou “primitiva”, mas não em sentido jurídico-positivo. O autor sustenta que na Terra a sociedade é tão antiga quanto o homem, porém a sociedade natural era diferente da atual sociedade civil. Assevera que sendo o homem a mais perfeita obra do “Autor da natureza”, um ser dotado de razão, não pode ter sido destinado a um estado selvagem ou de violência, mas sim, desde sempre, a um estado de sociedade natural, na qual não existiam leis, senão as da natureza, vínculos, senão os da amizade e da família, nem penas, nem cargos civis, nem nobres e plebeus, nem desigualdades, salvo as das forças do corpo. Os membros dessa sociedade eram soberanos, pois não tinham ainda renunciado a sua independência natural, nem depositado suas “forças particulares” e a “guarda de seus direitos” sob a confiança de um ou mais homens; também não haviam atribuído às Leis sua proteção, sua vida e seus bens, pois cada homem possuía leis gravadas em seu espírito e em seu coração, cada homem era delas intérprete, aplicador, juiz, árbitro. Porém, essa sociedade não durou muito tempo, porque se existia igualdade moral, foi a desigualdade física que determinou a violência, a tirania, a submissão de uns sobre outros, gerando a desordem, determinando a necessidade de uma “força pública” superior à força de cada particular, regida por uma “razão pública”, composta pela união da vontade das forças particulares, que interpretasse e desenvolvesse a Lei natural, fixando direitos, deveres e obrigações, como base da segurança e paz de todos os indivíduos, única finalidade para a qual abriram mão de sua soberania individual, “objeto único e universal da Legislação”.²³¹

Há, portanto, a adoção da teoria individualista e a crença num contratualismo, não exatamente rousseauiano, porque não teria sido a propriedade, mas a superioridade de força física, que teria determinado o fim do estado de paz e equilíbrio natural e a necessidade da constituição da sociedade civil. Tecnicamente, não se fala em Direito Constitucional nem em teoria da Constituição, até porque se trata de uma obra de Direito Natural, mas os fundamentos dos direitos individuais civis e políticos estão estampados num jusracionalismo bem caracterizado, originado em princípios de direito natural. A limitação dos poderes públicos a uma “razão pública” voltada ao ser humano e a sua felicidade, como finalidade previamente estabelecida e precípua da engrenagem chamada “sociedade civil” está evidenciada

²³¹BROTERO, José Maria de Avelar. *Princípios de Direito Natural*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829, pp. 167-168.

nas 455 páginas da obra. Além disso, a tríade liberal “liberdade, segurança e propriedade” era sustentada como fundamento do Direito e da legislação, para o bem e felicidade dos indivíduos.

A avaliar-se pela obra de Brotero, infere-se que no final da década de 20 dos oitocentos um sistema de pensamento constitucional brasileiro estava sendo construído e disseminado para os discentes das turmas dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda que, ou puderam sorver diretamente os conteúdos das aulas do lente, ou ao menos tiveram acesso ao *Compêndio* publicado. Fundamentos do individualismo contratualista liberal e, mais precisamente, de um liberalismo jurídico estavam semeados na terra onde mais tarde brotaria a ciência do Direito Constitucional brasileira. Interessante observar ainda a extensão que uma obra jurídica desse porte pode ter alcançado na sociedade brasileira daquele momento histórico, para além do ambiente acadêmico das faculdades de direito. Ao final da edição de 12 de fevereiro de 1820, o periódico *O Observador Constitucional* publicou um aviso indicando dois endereços comerciais em que “Os *Compêndios de Direito Natural do Doutor Brotero*” estariam à venda. A suposta familiaridade do leitor do periódico, não necessariamente versado na ciência jurídica, com o autor e o título da obra é denotada da singeleza do “Aviso”. Do mesmo modo, a divulgação indica de algum modo o interesse do público pelo conteúdo da obra, demonstrando a particularidade da relevância de uma cultura constitucional e jurídica em certos ambientes do país, certamente os mais letrados e elitizados.

Já na década de 30, uma obra jurídica, em especial, representa a tendência de aproximação entre a cultura jurídica e a sociedade. Português e professor de Filosofia em Coimbra, Silvestre Pinheiro Ferreira, acusado de jacobinismo, refugiou-se no Brasil em 1810, ministrando aqui um curso de Filosofia.²³² Foi também colaborador do *Jornal O Patriota*, de enfoque literário, mercantil e político, publicado pela Imprensa Régia, entre fevereiro de 1813 e dezembro 1814²³³.

Em 1834 Silvestre Pinheiro Ferreira publica em Lisboa e no Rio de Janeiro, pela tipografia de Plancher²³⁴, o *Manual do Cidadão em um Governo Representativo ou Princípios de Direito Constitucional, Administrativo e das Gentes*, em três tomos.

²³²Informações extraídas do Arquivo Nacional. <https://mapa.an.gov.br/index.php/assuntos/79-producao/70-biografias/451-silvestre-pinheiro-ferreira>, acesso em 06.03.2025.

²³³Informações extraídas da Biblioteca digital Luso-Brasileira. <https://bdlb.bn.gov.br/acervo/handle/20.500.12156.3/41443>, acesso em 06.03.2025.

²³⁴Ver item 3.2.1.

O Tomo Primeiro chamado “Direito Constitucional” possui 356 páginas, divididas tematicamente em chamadas “Conferências”. Trata-se de uma republicação do *Curso de Direito Público interno e externo*, de 1830. A obra está organizada em perguntas e respostas

A obra adota o formato de diálogo, com perguntas seguidas de respostas concisas e diretas, esclarecendo estar “destinada para guiar os leitores de todas as classes na inteligência do sobredito código geral”. Os temas são classificados em conferências, permitindo “o alcance de todas as compreensões, (...) particularmente a instrução da mocidade.”²³⁵ A leitura de seu conteúdo revela um material de finalidade bastante prática e formativa sobre os principais pilares do Estado liberal, como direitos individuais e organização dos poderes, com a indicação detalhada das atribuições de cada um deles, para compreensão do público em geral.

A terceira conferência trata da liberdade individual, a quarta conferência trata do direito de segurança pessoal, a quinta conferência trata do direito de propriedade, a sexta dos direitos e dos poderes políticos. Na sétima conferência é esclarecido o significado do “Poder Eleitoral”, como “a função ou direito de eleger e nomear para os cargos civis e políticos, e designar os cidadãos que por seus serviços se fazem beneméritos das recompensas nacionais, tudo na conformidade das leis.” É exposta uma noção de representatividade política e de separação entre os âmbitos público e privado, esclarecendo-se que “empregos da competência dos poderes eleitoral, legislativo, judicial e conservador” devem ser providos por via de eleições nacionais.

Principalmente depois da década de 40 novas obras de Direito Público e propriamente de Direito Constitucional ou de Filosofia do Direito Constitucional foram publicadas no Brasil, porém fora do recorte temporal da pesquisa, razão pela qual não foram objeto de análise. Uma delas merece especial alusão por ser a principal expressão do Direito Público brasileiro no século XIX, realizando uma análise detalhada da teoria do direito público e um exame específico do texto da Constituição Imperial. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* de José Antônio Pimenta Bueno, publicada em 1857 é considerada a primeira obra brasileira de Direito Constitucional.

Mas na primeira década já poderia ser evidenciado nas obras um novo formato de redação de textos jurídicos, mais tendencialmente afinado com o

²³⁵ FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *Manual do Cidadão em um Governo Representativo ou Princípios de Direito Constitucional, Administrativo e das Gentes*, Tomo I, Paris: Rey e Gravier, 1834.

tratadismo, em seu estilo de exposição sistemática e dedutiva. O estilo próprio do *ius commune*, “casuístico e prudencial dos escolásticos”, que se baseava em comentários de casos concretos, decisões e problemas particulares perdia espaço para a utilização de um estilo tratadista, raciocínios abstratos e métodos mais aproximados com os matemáticos, precisos e demonstrativos, aprofundando a aproximação entre direito e economia.²³⁶

4.4 O MODELO BRASILEIRO DE FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS

É necessário reconhecer que a história do pensamento jurídico brasileiro é muito diversa da europeia. Nossa história tem peculiaridades próprias, como “a presença e dizimação dos indígenas, a tragédia da escravidão africana, eliminada tão tardiamente, a formação cultural elitista e a imensa riqueza e diversidade regionais”²³⁷. Mas desde quando as ideias passaram a circular no mundo, é comum que bases teóricas e filosóficas criadas em realidades diversas transitem entre as diferentes culturas, produzindo suas marcas. Essas bases teóricas alienígenas “podem ter imenso valor heurístico quando houver alguma intercambialidade entre tais realidades”²³⁸, já que, postas em contato, as culturas travam seus diálogos e podem receber interferências múltiplas e recíprocas, como demonstrado na pesquisa. Esses paradigmas orientaram a investigação e possibilitaram chegar-se a uma conclusão sobre um possível modelo brasileiro de fundamentação de direitos, o que diz muito sobre nosso pensamento constitucional. Afinal, não há que se falar em constitucionalismo moderno sem um modelo institucional de garantia de direitos.

As fontes selecionadas neste capítulo remontam aos discursos da Constituinte de 23 e a partir dela seguem um percurso situado nos limites do primeiro Reinado, correspondendo ao primeiro constitucionalismo brasileiro. As fontes selecionadas no primeiro capítulo situam-se entre o período imediatamente anterior e o período imediatamente posterior à emancipação política, quando o movimento de constitucionalização já se delineava como proposta efetiva de

236 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 134.

237 FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023, p. 1055.

238 FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023, p. 1055.

estruturação do Estado-nação. Vista em toda a sua extensão, a década 1821-1831 não é usualmente reconhecida como relevante em termos de produção de “conhecimento normativo”²³⁹ constitucional. Mas esta pesquisa procurou demonstrar que, se matérias de jaez constitucional eram objeto de debates na imprensa, em órgãos oficiais de poder e em obras filosóficas ou doutrinárias que começavam a ser publicadas no Brasil, se esses debates tinham por fundamento teorias, filosofias e doutrinas jurídicas, sementes de cultura jurídica constitucional já estavam germinando e um pensamento constitucional se encontrava em desenvolvimento.

Como “nenhum processo de construção da ordem jurídica se faz no vácuo ou do zero, independente de experiência anterior”²⁴⁰, é necessário reconhecer a rica experiência constitucional do período Imperial, desde seu início, como pedra fundamental de uma história que só faz sentido se contada em sua integralidade. Desperdiçar parte de nosso substrato histórico, pressupondo sua irrelevância é deixar de observar que somente uma conjuntura de fatores, situada numa história de longa duração, pode explicar as construções jurídico-políticas de um fenômeno complexo como o constitucionalismo moderno²⁴¹.

A pensar-se em um constitucionalismo emanado do Estado, na conformidade das instituições e princípios da modernidade jurídica, o marco inicial de nossa história constitucional são os atos que compõem o processo de elaboração do texto de 1824, incluindo as atividades da Assembleia Constituinte que, embora dissolvida, existiu como organismo constitucional oficial. Esse processo culminou com a entrada em vigor da Constituição outorgada. Sem prejuízo, todo o arcabouço anterior, que remonta ao período colonial, de algum modo informou a construção de nossa cultura jurídica moderna, sendo relevante às nossas escolhas constitucionais. Para usar uma expressão de Wehling, a sociedade europeia das grandes e intensas mudanças do século XVIII é aquela da “interpenetração de dois mundos” em que convivem “a emergência do novo e a resistência do antigo, numa tensão

239DUVE, Thomas. *Legal History as a History of the Translation of Knowledge of Normativity and Legal Theory Research Paper Series*. Frankfurt: Max Planck Institute for Legal History, n. 2022-16, 2022.

240CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 505.

241CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 505.

permanente.”²⁴² No Brasil não foi diferente: certas características do antigo persistiram em meio às rupturas do novo, gerando uma realidade multifacetada e, de certo modo, complexa.

Verdadeiro caldeirão de ingredientes, que se foram agregando no tempo e que cozinham no calor das experiências reais por nada menos que três séculos, formaram um substrato histórico denso, intermediado por processos de traduções culturais. Influências, crenças religiosas, tradições, culturas de diferentes origens, teorias, fundamentos filosóficos e características naturais e geográficas se entrelaçaram gerando resultados multidimensionais cujos processos de tradução cultural não podem ser apreendidos de modo automático e definitivo.

Assim, é pouquíssimo provável que se possa falar no enquadramento direto e uniforme da vivência constitucional brasileira em um dos modelos teóricos de direitos e liberdades de base europeia que foram descritos no capítulo anterior, até porque o diálogo que se trava entre linguagens de diferentes tradições jurídicas, e que se realiza por meio das traduções culturais, inexistem sem negociações e perdas.²⁴³ Ao mesmo tempo, é muito provável que no modelo de direitos e liberdades aqui gestado sejam localizados elementos e características dos modelos guias, que se juntaram e se alinharam na construção de um modelo propriamente brasileiro.

A pressupor-se o puro transplante de institutos, de modelos e de pensamento jurídico de uma dada realidade à outra, certamente uma forte dose de anacronismo poderia evidenciar um método falho de aproximação entre culturas distintas, precisamente porque diálogos culturais são objeto constante de traduções e adaptações no tempo e no espaço. Trata-se, obviamente, de um problema teórico, que Fonseca compreende deva ser enfrentado

evitando-se algumas usuais posições extremas, como entender que as culturas podem ser puramente ‘transferidas’ de um lugar para outro, no tempo e no espaço, sem perdas ou modificações, ou então que as culturas locais se manifestam com autêntica ‘pureza’ e originalidade, sendo infensas a quaisquer influências externas que, em alguns casos, são imediatamente identificadas como formas de colonização ou de dominação malvadas e nocivas.²⁴⁴

242WEHLING, Arno. Ilustração e política estatal no Brasil, 1750-1808. *Humanidades: revista de la Universidad de Montevideo*, ano 1, p. 61–86, 2001, p. 5. Disponível em: <https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistahumanidades/article/view/6>.

243FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023, p. 1044.

Se é certo que nem sempre influências provenientes de culturas hegemônicas são nocivas às culturas locais, por outro é importante considerar que elas podem, com alguma frequência, envolver processos de dominação e subordinação, quando a cultura receptora é considerada insignificante no contexto global de um dado tempo histórico. No Brasil de 1821-1831, a linguagem utilizada nas fontes históricas para tratar do tema dos direitos era referenciada na cultura jurídica europeia, precisamente nas revoluções burguesas. Grandes nomes da filosofia e da política, como Montesquieu, Rousseau, Constant, Burke, Mirabeau, como também grandes eixos das teorias contratualistas, emprestaram seus axiomas à argumentação brasileira do período. A lógica *jusracionalista* foi traduzida para a realidade discursiva brasileira, passando a integrar o imaginário intelectual.

Culturas dos povos originários e dos povos africanos escravizados foram desconsideradas no processo de constitucionalização, por serem entendidas como “não civilizadas”, “inferiores” ou “irrelevantes” no panorama do constitucionalismo liberal, civilizado, moderno e racional, projetado em todo o Ocidente. Na “era da igualdade e da liberdade”, a plataforma constitucional que se implantava no Brasil não valorizava as diferenças, nem a pluralidade de experiências. O discurso pressupunha como sujeito constitucional a pessoa do sexo masculino, da raça branca, que professava a religião católica e que demonstrava determinada condição econômica, sendo considerada assim habilitada a emprestar sua capacidade intelectual à tomada de decisões políticas sobre os destinos do Estado nacional.

Na Assembleia Constituinte de 23, regida pelos signos da liberdade e da igualdade, em nenhum momento dos debates, nos mais de 06 meses de atuação, qualquer aspecto dos direitos individuais da mulher foi objeto de apreciação ou discussão. Aqui não produziu eco o manifesto “A Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”²⁴⁵, escrito por *Olympe de Gouges* em 1791, em meio à Revolução Francesa. Na Assembleia Constituinte de 23 discutiu-se sobre o regime de escravidão, decidiu-se que a garantia do direito de propriedade, claramente estendida à pessoa do escravizado, e a imprescindibilidade de manutenção da

244FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023, p. 1039.

245O documento foi apresentado à Assembleia-Geral mas não chegou a ser adotado, em razão de divergências da autora com o líder revolucionário Robespierre, o que levou à sua morte na guilhotina. O documento propunha, por exemplo, a igualdade política, igualdade no casamento e direito da mulher sobre sua própria pessoa, no âmbito de um amplo rol de dispositivos.

estabilidade da economia agrária, dentre outros fatores, não autorizavam a imediata abolição da escravatura.

Debateu-se também sobre o estatuto dos indígenas, decidindo-se que por sua condição de “não civilizados” não integravam o pacto social. Nos debates, escravizados e indígenas foram expressamente excluídos do estatuto jurídico de cidadãos, não alcançando a condição de sujeitos de direitos civis. Porém nada se falou sobre a mulher, que sequer foi mencionada como possível titular de direitos individuais, os chamados “direitos do homem”. A mulher era, de fato, pessoa inexistente na esfera pública e, na esfera particular mantinha posição de inferioridade em relação ao homem, seu marido ou, se não fosse casada, qualquer parente próximo, como pai, se fosse vivo, irmão maior de idade, até mesmo bem mais novo, ou cunhado.

Conforme as normas sociais que vigiam quando do início da urbanização do país, nas primeiras décadas do século XIX, o único espaço devido às mulheres consideradas “honestas”, por cumprirem rígidos códigos de conduta moral e religiosa, era o interior dos sobrados urbanos onde residiam as famílias. O patriarcado brasileiro estava migrando das fazendas para os sobrados, onde a mulher era “trancada” e “conservada longe da rua”. Podia deixar a residência somente para ir à missa, não lhe sendo permitida a saída nem mesmo para fazer compras²⁴⁶.

Outorgada a Constituição em março de 1824, o texto, em geral, não apresentou muitas diferenças substantivas em relação aos debates registrados pela Constituinte. Assim como os indígenas e os escravizados, as mulheres não ocuparam nenhum espaço no texto da Constituição Imperial, embora sobre aqueles se tenha ao menos o registro histórico das prováveis razões da exclusão nas atas da constituinte que, no fim, representavam o pensamento prevalente no cenário nacional. Visto sob o prisma da literalidade, esse panorama demonstra que, no período formativo do pensamento constitucional brasileiro, o horizonte foi de lacuna, de profunda mudez constitucional quanto aos direitos das pessoas do sexo feminino.

Mas se a mulher não integrava nenhum dispositivo expresso da Constituição jurídica do Estado, integrava a constituição social ou empírica, numa condição hierarquizada e inferiorizada. Motivações naturais comuns, como “a história, a cultura, a terra, o sangue, o contágio psíquico coletivo e a imitação” são capazes de

246FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. São Paulo: Global Editora, 2004, p. 139.

gerar, na constância e na regularidade, uma normalidade experiencial do agir, “sem que seja preciso que os membros da comunidade tenham consciência disso”, materializando-se na infraestrutura social a “força normativa do normal fático”.²⁴⁷ Diga-se o mesmo em relação ao negro escravizado, ao indígena, à mulher negra escravizada e à mulher indígena, essas duas últimas duplamente invisibilizadas, cujos estatutos pessoais regulavam-se pela força normativa da normalidade fática, “expressão de uma juridicidade naturalmente radicada na profundidade do social”, que não deixa de pertencer à categoria constitucional”²⁴⁸. No ambiente histórico em que o monismo estatal pretendia demarcar um espaço de exclusividade, esta constatação representa a mais pura marca da inscrição jurídica na experiência real, transparecendo o convite a repensar-se, dentre os mitos da modernidade, o da redução do direito à simples expressão da vontade potestativa, assim como a tendência da modernidade jurídica de limitação das fontes do direito.²⁴⁹

Por outro lado, é possível pensar-se o silêncio constitucional sob o ângulo da eloquência, a partir da consideração de que, sendo interpretada em seu contexto sistêmico, a ausência de disposição expressa não conduz exatamente a um vazio de conteúdo, mas, ao contrário, a uma disciplina normativa implícita no texto. Assim, do contexto normativo, infere-se que mulheres, indígenas e pessoas escravizadas não estavam ausentes da constituição juridicamente organizada, até porque os silêncios acabavam por autorizar práticas excludentes, discriminatórias e mesmo violentas, muitas vezes agasalhadas pela legislação ordinária. No que tange aos direitos das mulheres, por exemplo, quando a Constituição silenciava deixava um “espaço aberto para a reinvenção de novas formas de subordinação”, o que podia ser observado tanto no direito civil quanto no criminal²⁵⁰, levando à constatação de que não se tratava de mera continuidade do antigo, mas de instauração de uma nova ordem de exclusões.

247HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre JOU, 1968, pp. 297-298.

248CAZETTA, Giovanni. La Nominazione delle Cose. *Sapere Giuridico e Forme Dell'Esperienza. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Firenze: Giuffrè, n. 52, 2023, p. 7.

249CAZETTA, Giovanni. La Nominazione delle Cose. *Sapere Giuridico e Forme Dell'Esperienza. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Firenze: Giuffrè, n. 52, 2023, p. 6.

250CAUFIELD, Sueann; SCHIETTINI, Cristina. Os efeitos do Silêncio: Desigualdades e Direitos das Mulheres sob duas Constituições oitocentistas. DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, 2021, p 262. .

Silenciosa ou eloquente, a nova ordem representava a ressignificação do conteúdo das desigualdades, sua “reinstitutionalização por um direito positivo cada vez mais abundante” que se servia de uma argumentação jurídica em processo de remodelação, mais legalista ou “apoiada em outras reservas de saber, como a medicina, a higiene, a economia”, no intuito de atender aos postulados do direito moderno, sem que a argumentação jurídica de matiz tradicional fosse abandonada²⁵¹. Além disso, grande parte da legislação ordinária de origem lusitana, anterior à Constituição, continuou em vigor após 1824, como as Ordenações Filipinas e a Lei da Boa Razão. Nas matérias em que a Constituição silenciava não havia, em princípio, que se falar em incompatibilidade entre as normas ordinárias e a Constituição Imperial, acarretando o prolongamento no tempo da cultura da desigualdade e da exclusão e o seu enraizamento social, cada vez mais profundo.

No pensamento constitucional ocidental que preponderava no século XIX, havia pessoas contempladas e pessoas invisibilizadas, por uma política hegemônica estruturante da sociedade e do próprio Direito. O liberalismo do século XIX estruturou-se no sujeito constitucional “proprietário, de cor branca, do sexo masculino e de religião católica” em torno do qual se sustentavam os direitos individuais e as liberdades públicas. No Brasil, essa plataforma se arraigou às vicissitudes socioeconômicas nacionais colaborando para que elas se perpetuassem e para que não houvesse uma ruptura significativa.

Fonseca, baseando-se nas indagações sugeridas por Peter Burke para a compreensão dos mecanismos e interesses envolvidos na apropriação da cultura jurídica estrangeira, enfatiza que é necessário perguntar quem a traduz, com que intenção, de que maneira e com que consequências²⁵², pressupondo-se que a atividade de tradução cultural pode evolver também, além da perda e da negociação, a manipulação. No caso do Brasil, não é difícil evidenciar que a manutenção da ordem preexistente, do *status quo* econômico e social, fundado nas relações sociais hierárquicas entre os indivíduos e no regime de produção de riquezas baseado na escravização humana, era a genuína intenção do legislador constituinte, do setor público em geral, das elites políticas e econômicas e de D.

251DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, 2021, p. 15.

252FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023, p. 1042.

Pedro I quando outorgou o texto de 24. Foi desse modo que se operou a elaboração do pensamento constitucional brasileiro hegemônico, fundado numa plataforma conceitual de matriz europeia destinada a criar e a fazer girar as instituições nacionais²⁵³ de um Estado que haveria de se modernizar para acompanhar a trajetória das nações centrais, criando um espaço de relação com elas.

Uma outra leitura essencial a ser feita é a de que o constitucionalismo brasileiro já nascia sob a bagagem experiencial e intelectual do fracasso do radicalismo revolucionário que foi posto em prática e sucumbiu na Europa, tornando os discursos aqui mais moderados. Como resultado, ressignificações, transformações e um modelo brasileiro formado por elementos novos e mesclas de elementos do chamado Antigo Regime são observados com clareza.

Na França, Sieyès, o grande cabeça da revolução e teórico da soberania popular, já havia amenizado seu discurso nos anos finais do movimento revolucionário. Clamando por prudência, reconciliação, calma e liberdade, alterava seu discurso: “A soberania, entendida como um poder supremo que dominaria e abarcaria tudo, não existe.”²⁵⁴ Os revolucionários moderados voltavam a poder falar e agir sem sentir medo, porque Sieyès confirmava que os tempos haviam mudado: “se o movimento rápido e violento é necessário para fazer uma revolução, é a calma e a prudência que a terminam.”²⁵⁵

Por isso, no Brasil o contratualismo individualista não poderia ser radicalizado. Como expressão de prudência política, em lugar da soberania popular deveria ser adotado o fundamento monárquico de legitimidade do poder, na linha da experiência restauracionista europeia do primeiro quartel do século XIX. Naquele momento, a democracia revolucionária, transmutada em tirania jacobina, servia de alerta à Europa e às Américas²⁵⁶, e as elites brasileiras demonstravam, pelos

253 FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023.

254 BREDIN, Jean-Denis. *Sièyes – La Clé de la Révolution Française*. Paris, Éditions de Fallois, 1988, p. 196.

255 BREDIN, Jean-Denis. *Sièyes – La Clé de la Révolution Française*. Paris, Éditions de Fallois, 1988, p. 330.

256 Sobre a fragmentação do pensamento liberal em diferentes linhagens no primeiro quartel do século XIX, no escopo de garantir a estabilidade das instituições e os direitos civis, ver DIJN, Annelien de. *French Political Thought from Montesquieu to Tocqueville. Liberty in a Levelled Society?* Cambridge University Press, 2008 e PRUTSCH, Markus J. *Making Sense of Constitutional Monarchism in Post- Napoleonic France and Germany*. Hampshire: Palgrave macmillan, 2013.

discursos que aqui circulavam e pelas escolhas políticas que realizavam, estar muito atentas.

Em alguma medida o Brasil inclinou-se para um modelo estatalista liberal, no propósito de garantir um Estado forte e centralizado o suficiente para conter o avanço de revoluções e insurgências populares. O intuito era evitar que o direito de resistência fosse exercido com tal banalidade que resultasse a tirania da maioria, o que poderia levar a um absolutismo democrático. A ideia deveria ser aprender a modular princípios abstratos, como sugeriu o próprio Rousseau em *Considerações sobre o governo da Polônia*.²⁵⁷

A presença do Imperador em todos os poderes do Estado, como primeiro representante da Nação, inviolável, sagrado e irresponsável bem demonstra essa opção. O artigo 11 da Constituição Imperial dispunha que a Assembleia Nacional e o próprio Imperador são representantes da Nação Brasileira. Já o artigo 98, que instituiu o poder moderador, define o Imperador como Chefe Supremo da Nação, seu primeiro representante e delegado privativo do poder moderador, chave de toda a organização política.

Conforme a modelagem de Fioravanti, descrita no capítulo 3 desta pesquisa, o estatalismo liberal do século XIX aproximou-se do historicismo contrapondo-se ao individualismo radical da Revolução. No Brasil, diferentemente do que ocorreu na França revolucionária, não havia sistema político ou regime opressor anterior a ser derrubado, salvo a dominação colonial de Portugal, que já havia sido superada pela emancipação política. O sistema brasileiro de pensamento constitucional e o modelo de direitos e liberdades não havia que confrontar tradições e traços culturais coloniais, porque eles foram, ainda que em parte, adotados pela própria Constituição, tanto que a escravidão e o regime patriarcal mantiveram-se como sistemas de hierarquização de pessoas e de produção de riquezas.

Além disso, o reconhecimento da dinastia Bragança e a opção pela monarquia hereditária criavam uma linha paralela de poder em relação a Portugal sem desvincular-se totalmente das origens históricas lusitanas. A conveniência da inclinação ao historicismo pode ser constatada também na manutenção dos laços com a Igreja Católica e na instituição do catolicismo como religião oficial do Império. O estatalismo liberal brasileiro, enfim, agregava evidentes traços de historicismo.

257 LYNCH, Christian. *Fundações do Pensamento Político Brasileiro: a construção intelectual do Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2024, p. 193.

No estatualismo liberal a tensão ínsita ao constitucionalismo revolucionário, na qual os direitos naturais estão em oposição ao poder político, mas, ao mesmo tempo, são garantidos por meio dele, foi superada. A dualidade passou, porque em seu lugar há agora “um monólito”, que é o Estado nacional soberano, que não consente a existência de sujeito político soberano que não seja ele mesmo. Esse Estado não tolera nenhuma alteridade.²⁵⁸ Desse modo, foi na superação da dualidade entre direitos individuais e o poder do Estado que o Brasil encontrou seu modelo. Nele, a balança parece ter pesado para o lado estatal, o lado que se tornou mais forte e que poderia garantir a ordem que interessava aos setores econômicos e políticos hegemônicos. A dimensão prudencial da política, que foi ignorada pela França revolucionária, não poderia sê-lo no Brasil, pois aqui o sonho de Mably não seria realizado: o poder executivo não seria aniquilado pela soberania do povo.²⁵⁹

Além disso, no aspecto da extensão da igualdade como direito natural e atributo essencial do ser humano, seria preciso muita coragem política para que a elite brasileira lançasse mão dos equipamentos proporcionados pelas chamadas “luzes do século” para seguir mais adiante do que efetivamente foi na concretização de uma sociedade efetivamente mais igualitária, rompendo com o regime escravista e com as demais práticas coloniais excludentes, porém optaram por mantê-las, talvez porque inexistia maturidade institucional e econômica suficientes ao rompimento drástico, que sempre trazia consigo a ideia de potencial abalo da estabilidade das relações sociais e econômicas, e mesmo das instituições de Estado.

258FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Edizione digitale, 2015, p. 188.

259LYNCH, Christian. *Fundações do Pensamento Político Brasileiro: a construção intelectual do Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2024, p. 193.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como recomendou Marc Bloch, se a história renunciar a seus “falsos ares de arcanjo”, ela pode nos ajudar a curar o grave defeito das paixões e nos direcionar à “vasta experiência de variedades humanas”, que nada mais é que “um longo encontro dos homens”. Para ser proveitoso para a ciência e para a vida, esse encontro precisa ser fraternal.²⁶⁰

No decorrer desta pesquisa, sob as lentes das fontes históricas viram-se bem de perto longos encontros de homens, e também de tradições, culturas, linguagens jurídicas e coloquiais, costumes, crenças, expectativas, pavores, desconfianças, dúvidas e certezas. Esses encontros multifacetados, fortuitos ou programados, demonstraram que fundar um país não é construção simples, nem se obra do dia para a noite.

Se a construção é complexa e demorada, tanto mais difícil é compreendê-la. Em razão disso, foi preciso primeiramente lançar-se à compreensão das variedades dos encontros, ainda que em suas zonas obscuras ou de clareza relativa²⁶¹. Como elementos estruturantes da edificação observou-se que as experiências foram interconectando-se aos poucos para erigir o grande edifício do Estado brasileiro. Porém, ao final dessa trajetória prolixa e diversificada detectou-se que a construção não estava integralmente acabada, mas pronta para receber inéditos elementos e sediar outros novos encontros.

Como parte da “vasta experiência de variedades humanas”, para que serviram os direitos declarados na Constituição de 1824? Qual o impacto da Constituição de 1824 no sentido de influenciar ou plasmar uma nova linguagem de direitos e de contribuir para a formação do pensamento constitucional brasileiro?

No escopo de compreender se existia efetivamente um pensamento constitucional na primeira década após 1824 e, em existindo, como se manifestava, como se estabelecia e de que sistema ou modelo constitucional havia recebido contribuições teóricas, alçou-se a uma zona um tanto obscura, caracterizada pela escassez de produção doutrinária que, somente após a criação dos cursos jurídicos, começou muito lentamente a aumentar no país. Percebeu-se, no decorrer da

260BLOCH, Marc. *Apologia da História ou o Ofício de Historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 128.

261BLOCH, Marc. *Apologia da História ou o Ofício de Historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 62.

pesquisa, no entanto, que o eixo central do Estado liberal e do constitucionalismo moderno, em torno do qual giram todos os demais pilares do liberalismo, não foi introduzido no país pelo Direito positivo, nem pelas obras doutrinárias. Erigida pela filosofia liberal como alicerce da limitação do poder do Estado, a cultura dos direitos e liberdades finca raízes no Brasil no final do século XVIII, como consequência das influências iluminísticas, ainda incipientes mas capazes de gerar uma abertura para novas ideias políticas e jurídicas.

Mais à frente, a vinda da família Real e o início da urbanização do país, na primeira década dos oitocentos, foram eventos deflagradores de um processo de contaminação pelo “novo” que não teria mais volta. Na década de 20, a Revolução Constitucionalista do Porto foi outro evento disruptivo, que colocou o Brasil, como país integrante do Reino Unido, frente a um processo de constitucionalização do qual deveria tomar parte. A noção de identidade nacional e de representatividade política dava seus primeiros passos rumo à elaboração de um projeto constitucional próprio.

A análise de conteúdo do material de imprensa que circulou a partir do início da década de 20, selecionado propositalmente entre veículos de diferentes matizes políticas, demonstrou que um pensamento vinculado ao tema “direitos e liberdades” já era realidade efetiva no espaço de circulação de ideias da sociedade brasileira. Como esclarecido no trabalho, a leitura das fontes foi feita com o intuito de identificar a existência de uma camada de significação jurídica, destacando-a de sua ambientação política. Esse método possibilitou inferir que, para além dos diferentes vieses políticos, que se colocavam contra ou a favor dos ideais modernos, era possível identificar a juridicidade numa espessura autônoma, que se manifestava por intermédio do germinar de uma linguagem constitucional dos direitos e liberdades.

Assim, em sendo o periódico mais liberal, caso em que o discurso se assenta sobre um substrato mais moderno e referenciado nas Constituições revolucionárias, ou sendo o periódico conservador, apoiador do reformismo joanino e crítico da revolução, caso em que o discurso individualista liberal sustenta-se no direito de propriedade, na liberdade de indústria e comércio, enquanto as demais liberdades estão moduladas por padrões de moderação, equilíbrio e ordem, em ambos as discussões sobre direitos e liberdades apresentaram-se como dimensões do real em processo de consolidação na cultura brasileira.

A análise de conteúdo das atas da Assembleia Nacional Constituinte e Legislativa de 1823 foi realizada desse mesmo modo, procurando isolar o conteúdo dos discursos dos elementos que não foram considerados importantes à pesquisa, como a autoria das falas, a inclinação política e ideológica e a origem regional dos parlamentares, na linha de uma compreensão foucaultiana da autonomia material discursiva²⁶². O resultado foi a demonstração de que os parlamentares se inclinavam para o modelo institucional que preconizava um núcleo rígido de direitos essenciais do homem. Nesse ponto, efetivamente o texto de 1824 consagrou um amplo rol de direitos, liberdades e garantias processuais-penais, erigidos à categoria de matéria substancialmente constitucional e submetida a procedimento especial de reforma (art. 178).

Os discursos também evidenciaram que, alertada pelos excessos do jacobinismo revolucionário, a Constituinte brasileira acreditava numa terceira via constitucional, mais moderada e prudente que a revolução, porém mais moderna que o regime colonial. Uma forma política de governo equilibrada era a crença predominante dos parlamentares, que mencionavam Edmund Burke como referencial crítico da Revolução Francesa e Benjamin Constant como artífice de uma arquitetura de poder que garantiria a almejada estabilidade institucional. Elementos discursivos de modelos historicistas e estatelistas dos direitos e liberdades eram recrutados pelos parlamentares para construir o projeto da edificação constitucional brasileira, demonstrando que a ruptura abrupta com o passado histórico não era desejada e que o poder seria legitimado pelo princípio monárquico.

O pensamento liberal convivia com temores e supostas ameaças de revoluções escravas ou populares que poderiam gerar insegurança social, instabilidade política, tirania do povo e desintegração do território. Alinhadas com o pensamento restauracionista monárquico da Europa continental, que recomendava a virtude da moderação como antídoto ao radicalismo revolucionário, as elites brasileiras forjaram uma arquitetura institucional apropriada a essa finalidade, sem abrir mão dos direitos e do regime constitucional. O individualismo contratualista, consectário da soberania popular, foi substituído pelo princípio monárquico de fundamento de legitimidade do poder, nos moldes do estatalismo historicista europeu do século XIX.

262FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

Assim, a partir dos modelos paradigmáticos de Maurizio Fioravanti, utilizados como guias analíticos da pesquisa, é possível concluir que o constitucionalismo brasileiro nasceu sob os influxos do estatalismo-historicista e anti-contratualista. Os discursos da Constituinte de 23 deixaram claro que o tom da liberdade no Brasil do século XIX não era o tom radical da revolução, a liberdade de todos e todas indistintamente, mas sim a liberdade moderada, que assegurava o funcionamento do regime econômico, dependente de mão de obra escrava, e garantia a estabilidade das instituições sociais, religiosas e familiares.

Discursos mais radicalizados, como o observado nas edições de *O Typhis Pernambucano*, representante de uma vertente de pensamento constitucional que almejava o rompimento da ordem de dominação e vislumbrava a Constituição como espaço aberto para a transformação social, a liberdade e a igualdade de todos, foram mais rarefeitos, excepcionais e não prevaleceram no contexto social e político.

O resultado disso foi uma Constituição jurídica lacunosa quanto aos estatutos jurídicos de determinadas categorias de pessoas, totalmente excluídas da literalidade do texto constitucional. Mulheres, negros escravizados e indígenas integravam, no entanto, a Constituição social, numa condição de inferioridade tão historicamente arraigada e eficazmente normalizada, que era dotada de uma normatividade intrínseca, capaz de confrontar a tese do centralismo monista das fontes do Direito.

A modernidade jurídica nasce assim: ambígua, voltada para o futuro mas recheada de elementos do passado, aos quais se apegava por meio de elementos culturais e que remontam à antiga tradição. Do mesmo modo, o pensamento constitucional nasceu marcadamente antagônico, especialmente nos países de passado colonial. No Brasil, categorias essenciais da modernidade, como direitos, liberdade, propriedade e igualdade apresentavam variações semânticas inconciliáveis, tanto no plano fático, quanto no próprio plano normativo, que remetiam para significações opostas, como ausência de direitos, escravidão, concentração fundiária e desigualdade.

Por tudo isso é que o trabalho de recomposição do pensamento constitucional brasileiro não prescinde do período imperial. Em seu marco zero o constitucionalismo pode ser observado no momento mais vivo e genuíno, ainda sem a contaminação das expectativas frustradas e dos reveses políticos. Aliás, as fontes

históricas do período pré-constitucional demonstraram ser as mais fartas no uso da linguagem de direitos e nas expectativas sobre um futuro constitucional e civilizacional promissor, que assegurasse a ordem, que garantisse às elites a limitação do poder estatal e que colocasse o Brasil no cenário econômico internacional.

Com a entrada em vigor da Constituição, os discursos estiveram mais impregnados da crítica política e de expressões de descontentamento com as escolhas políticas de D. Pedro, como a dissolução da Assembleia, a outorga constitucional e a arquitetura de poder que privilegiava a pessoa do Imperador. Mas ainda assim a linguagem de direitos persistia nos veículos de imprensa, ao longo da primeira década, como elemento constante de uma cultura que já se integrava à sociedade, assim como começava a se estabelecer mais claramente no âmbito da doutrina jurídica.

Assim, nos arredores de 1824 detectou-se uma importante chave para a compreensão da cultura brasileira dos direitos e liberdades, com as falhas e especificidades que a caracterizam. Essa chave não abre todas as portas para a compreensão do tema, mas é capaz de destravar uma singular via, passível de colaborar na compreensão. Pesquisar o período da modernidade jurídica efetivamente pode nos proporcionar o benefício da maior proximidade temporal com o passado e, portanto, do mais factível destravamento das vias que seguem seu curso, às vezes descontínuo e sinuoso, até o presente. Nas precisas palavras de Stolleis:

(...) incontáveis similaridades das relações jurídicas contemporâneas com as do passado, talvez muito mais do que suponhamos, pois as constelações fundamentais da vida humana que necessitam ser reguladas juridicamente seguem aproximadamente as mesmas. As figuras jurídicas que se utilizam desse modo não são descobertas de novo uma e outra vez, mas se transformam com a experiência, vagarosamente e em pequenos passos, também porque as sociedades humanas, por inércia ou por economia, costumam mudar só o imprescindível²⁶³

A Constituição de 1824 representa um esboço de compreensão da sociedade brasileira recém-saída do regime colonial mas que carregava consigo, de diferentes modos, em suas diferentes estratificações sociais, os valores religiosos, morais, políticos e econômicos praticados naquele regime e que não foram superados pelo estatuto constitucional. Se os direitos são reconhecidamente fruto de

²⁶³STOLLEIS, Michael. *Escrever História do Direito: reconstrução, Narrativa ou Ficção?* São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 66.

luta, a Constituição sintetiza a luta travada entre elementos conservadores e liberais de uma mesma sociedade. Talvez por isso as novas categorias de direitos tenham vindo acompanhadas de resistências expressas, ou tacitamente inferíveis do texto constitucional. Ideias emancipatórias ladeavam-se com expressões da sobrevivência de antigos institutos, como a escravidão, o patriarcado e o latifúndio rural.

Mas o projeto normativo de ordenação da sociedade foi responsável pelo nascimento e pelas transformações do Direito brasileiro na linha do tempo, como produto direto da alteração e da intensificação das comunicações sociais e políticas. Dizendo de outro modo, a necessidade de transformações institucionais estava nas raízes do projeto jurídico e político de Estado da sociedade hegemônica, o que atribuía fundamento de legitimidade à Constituição e ao direito moderno burguês. Contudo, quando foi lançado à história, o próprio Direito passou a transformá-la, como protagonista de seu campo e das permanentes movimentações sociais que ele mesmo passava a desencadear.

Se o constitucionalismo e o Direito monista foram instrumentos do Estado capitalista e do próprio capitalismo, ao mesmo tempo o Direito instituído, positivado, articulou um núcleo de direitos e liberdades que serviriam também “às causas antagônicas ao próprio regime econômico”²⁶⁴, como embriões que poderiam gerar novas compreensões sobre igualdade e liberdade, franqueando um terreno propício a outras possíveis abordagens e à extensão da noção de sujeito de direito a novas categorias de pessoas. Como o próprio conceito de modernidade, o conceito de Constituição é ele mesmo um conceito internamente contraditório, capaz de abrigar em seu âmago conteúdos concorrentes ou opostos.

Essas constatações nos advertem sobre os riscos de reduzir a história constitucional a determinados períodos, ignorando partes de um percurso que necessita urgentemente ser observado em sua integralidade. A compreensão do pensamento constitucional brasileiro, para ser efetiva, não pode se conformar com o ofuscamento de conteúdos essenciais, que revelam as idiossincrasias de um povo e de sua longa história de lutas, resistências e contradições.

A Constituição Imperial notabilizou-se como documento que estruturou o Estado liberal e colocou o país na senda capitalista, mas, concomitantemente, refletiu tensões internas e antagonismos que abriram novos horizontes à experiência

²⁶⁴GOMES, David Francisco Lopes. Sobre o conceito moderno de Constituição: proposta de uma nova abordagem. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFRGS. Porto Alegre: Ed. digital, vol. XIII, n. 1, pp. 124-148, 2018.

jurídica. Enquanto força ativa, a Constituição jurídica oportunizou o redirecionamento do horizonte de expectativas a partir do prisma da modernidade e consagrou a batalha semântica como elemento permanente de uma ordem inacabada e dinâmica. Nas próximas décadas essa movimentação iria dar corpo ao movimento abolicionista e à luta pela ampliação da cidadania, conferindo aos termos “liberdade” e “igualdade” novos significados.

REFERÊNCIAS

FONTES

BLUTEAU, Rafael. *Vocabulario Portuguez e Latino*. Coimbra, Lisboa: Lisboa Colégio das Artes, Pascoal da Sylva, Joseph Antonio da Sylva, Patriarcal Officina de Musica, 1712-1728.

BRASIL. *Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte do Império do Brazil*, 1823. Rio de Janeiro: Typographia Imperial, 6 volumes, 1874.

BRASIL. Projeto de Constituição, apresentado pela Comissão de Constituição da Assembleia Constituinte do Império do Brasil, 1823.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, 1824.

BRASIL. Lei de Regência, 1831.

BRASIL. Lei de 07.11.1831.

BREASIL. Lei nº 16, 1834.

BRASIL. Lei nº 4, 1835.

BRASIL. Lei nº 3.310, 1886.

BROTERO, José Maria de Avelar. *Princípios de Direito Natural*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império (1857)*, in: KUGELMAS, Eduardo (org.). José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente. São Paulo: Editora 34, 2002.

COSTA, João Severiano Maciel da. *Memória sobre a necessidade de abolir a introdução dos escravos africanos no Brasil, sobre o modo e condições com esta abolição se deve fazer e sobre os meios de remediar a falta de braços que ela pode ocasionar*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1821, Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *Manual do Cidadão em um Governo Representativo ou Princípios de Direito Constitucional, Administrativo e das Gentes*, Tomo I, Paris: Rey e Gravier, 1834.

FLORESTA, NÍSIA. *Opúsculo Humanitário (1853)*. Coleção Escritoras do Brasil, Vol. III. Brasília: Senado Federal, 2019.

HOMEM DE MELO, Francisco Inácio Marcondes. *A Constituinte perante a História*. Rio de Janeiro: Typographia da Actualidade, 1863, Biblioteca Digital do Senado Federal.

LISBOA, José da Silva. *Observações sobre a Franqueza da Indústria, e Estabelecimento de Fábricas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1999.

LISBOA, José da Silva. *Constituição Moral e Deveres do Cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1825.

O CONCILIADOR DO REINO UNIDO, periódico, 1821.

O OBSERVADOR CONSTITUCIONAL, periódico, 1829-1839.

O REVÉRBERO CONSTITUCIONAL FLUMINENSE, periódico, 1821-1822.

O SPECTADOR BRASILEIRO, periódico, 1824.

O TYPHIS PERNAMBUCANO, periódico. Joaquim do Amor Divino Caneca, 1823-1824.

PINTO, Luiz Maia da Silva. *Dicionário da Língua Brasileira*. Ouro Preto: Typographia de Silva, 1832.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Representação à Assembleia Geral Constituinte Legislativa do Império do Brasil sobre a Escravatura*. Paris: Firmin Didot, 1825, Biblioteca Digital do Senado Federal.

SILVA, Antonio Moraes. *Dicionário da Língua Portuguesa recopilado de todos os impressos até o presente*. Lisboa: Typographia de M. P. Lacerca, Tomos Primeiro e Segundo, 1823.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARROSI, João Paulo. A Concretude do Conceito: notas para uma aproximação entre história do direito e história dos conceitos. *Nova História Brasileira do Direito: ferramentas artesanais*; FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Curitiba: Juruá, p. 99-110, 2012.

BARATA, Cipriano. (2008) [1823-1824 e 1834], Sentinela da Liberdade e outros Escritos (1821-1835). Organização de Marco Morel. São Paulo, EDUSP.

BARBOSA, Samuel. Se revoltaram contra a Constituição actual do Estado: contingência e indeterminação do constitucionalismo no Reino do Brasil (1821-1822). DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, 2021.

BARRETO, Vicente. *Ideologia Liberal no Processo da Independência do Brasil (1789 — 1824)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1973. BARRETO, Vicente. PAIM, Antônio. *Evolução Histórica do Liberalismo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

BLOCH, Marc. *Apologia da História ou o Ofício de Historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002.

BONAVIDES e ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BREDIN, Jean-Denis. Sièyes – *La Clé de la Révolution Française*. Paris, Éditions de Fallois, 1988.

BUENO, José Antônio Pimenta. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império (1857), in: KUGELMAS, Eduardo (org.). José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente. São Paulo: Editora 34, 2002.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

BURKE, Peter. *A Arte da Conversação*. São Paulo: Editora da UNESP, 1995.

BURLAMAQUI, Jean-Jacques. *The Principles of Natural and Politic Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006.

CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. MELLO, Evaldo Cabral de (org.). São Paulo: Editora 34, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem. Teatro de Sombras*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

CAUFIELD, Sueann; SCHIETTINI, Cristina. Os efeitos do Silêncio: Desigualdades e Direitos das Mulheres sob duas Constituições oitocentistas. DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, pp. 246-265, 2021.

CAZETTA, Giovanni. La Nominazione delle Cose. Sapere Giuridico e Forme Dell'Esperienza. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Firenze: Giuffrè, n. 52, p. 1-23, 2023.

CLAVERO, Bartolomé. *Instituição Histórica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONDORCET, Marquis de Jean-Antoine-Nicolas de Caritat. *Esquisse D'Un Tableau Historique Des Progrès de L'Esprit Human (1793-1794)*. Paris: Librairie philosophique J. Vrin., 1970.

CONSTANT, Benjamin. *A Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos*. São Paulo: Edipro, 2019.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Tradição e Modernidade na Constituição do Império: O Poder Legislativo. *Revista do IHGB- Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 185, n. 496, pp. 229-252, 2024.

COSTA, Pietro. Semantica e storia del pensiero giuridico. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, Giuffrè, n. I, p. 45-87, 1972.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: uma introdução histórica. PIETRO, Costa; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo, Martins Fontes, pp. 95-198, 2006.

COSTA, Pietro. O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COSTA, Vivian Chierigati. Suspensão de Garantias na Monarquia Constitucional Representativa Brasileira (1824- 1842). DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, pp. 81-100, 2021.

DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, 2021.

DANTAS, Monica Duarte. Administração de Justiça, ordem do processo e embates políticos no Império do Brasil (1826-1832). In: BARBOSA, Samuel (org.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, 2021.

DEAECTO, Marisa Midori . Um editor no quadro político do Primeiro Reinado: o caso Pierre Seignot-Plancher. *Caminhos da História*, v. 1, pp. 149-162, 2006.

DIJN, Annelien de. *French Political Thought from Montesquieu to Tocqueville. Liberty in a Levelled Society?* Cambridge University Press, 2008.

DIPPEL, Horst. Modern Constitutionalism. An introduction to a history in need of writing. *The legal History Review*, n. 73, p.153-169, 2005.

DUVE, Thomas. *Legal History as a History of the Translation of Knowledge of Normativity and Legal Theory Research Paper Series*. Frankfurt: Max Planck Institute for Legal History, n. 2022-16, 2022.

DUVE, Thomas. European Legal History: Concepts, Methods, Challenges. *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*. Frankfurt: Max Planck Institute For European Legal History, pp. 29-66, 2014.

DUVE, Thomas. Historia del derecho como historia del saber normativo. *Revista de Historia del Derecho*, n. 63, pp. 1-60, jan./jun. 2022.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Real Academia Espanola, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRONE, Vincenzo. *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*. Bari: Laterza e Figli, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Edizione digitale, 2015.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Editorial Trota, 2016.

FIORAVANTI, Maurizio. I legislatori ed i giudici di fronte alla costituzione. *Estudos de história e historiografia do direito em homenagem ao professor Antonio Manuel Hespanha*; SOUZA, André Peixoto (org.). Curitiba: Intersaberes; Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 243-259.

FLORES, Joaquin Herrera. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Esquartejar ou controlar? A formação da área penal no Brasil. *História do direito: entre rupturas, crises e descontinuidades*; WEHLING, Arno; SIQUEIRA, Gustavo; BARBOSA, Samuel. (Orgs.). Belo Horizonte: Arraes editora, v. 1, pp. 88-100, 2018.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. La cultura jurídica brasileira del siglo XIX entre hibridismos y tensiones em la tutela de los derechos: algunas hipótesis de trabajo. *Forum Historiae Iuris- Erste europaische Interntezeitschrift für Rechtsgeschichte*, v. 1, p. 1-15, 2014.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Para uma possível teoria da história dos direitos humanos. *Pensar (UNIFOR)*, v. 16, pp. 273-290, 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo; SORDI, Bernardo (org.). In *Storia e diritto: esperienze a confronto*, pp. 415-424, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures. *História do Direito – Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito – IBHD*, n. 1, v. 1, pp. 351-362, jul/dez 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX “in” *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, pp. 257-293, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A delicada costura de um legado analítico do Antigo Regime à era do Constitucionalismo. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 47, Giuffrè Editore, 2018.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 52, Giuffrè Editore, 2023.

FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. São Paulo: Global Editora, 2004.

GARRIGA, Carlos; SLEMIAN, Andréa. “Em trajes brasileiros”: Justiça e Constituição na América Ibérica (1750-1850). *Revista de História*, n. 169, São Paulo, pp. 181-221, julho/dezembro 2013.

GOMES, David Francisco Lopes. Sobre o conceito moderno de Constituição: proposta de uma nova abordagem. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD/UFRGS*. Porto Alegre: Ed. digital, vol. XIII, n. 1, pp. 124-148, 2018.

GOMES, David Francisco Lopes. *A Constituição de 1824 e o problema da Modernidade: o conceito Moderno de Constituição, a História Constitucional Brasileira e a Teoria da Constituição no Brasil*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

GONZAGA, Tomás Antônio. *Marília de Dirceu*. São Paulo: Martin Claret, 2022.

GRINBERG, Keila. *Interpretação e Direito Natural: Análise do Tratado de Direito Natural de Tomás Antônio Gonzaga*. *Revista de História Regional*, v. 2, n. 1, 2007. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/rhr/article/view/2025>. Acesso em: 15 jan. 2025.

GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paolo. *Absolutismo Jurídico ou Da Riqueza e da Liberdade do Historiador do Direito*. *Revista Direito GV*, v.1. n.21, pp. 191-200, junho/dezembro 2005.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. *Pensiero Giuridico (Appunti per una ‘voce’ enciclopedica)*. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 17. Milano: Giuffrè Editore, 1988.

GUANDALINI JR, Walter. Cidades Invisíveis no Império do Direito: Cautelas de Método para a História do Direito. *História do Direito: RHD*. Curitiba, v.3, n.5, pp.10-22, jul.- dez. 2022.

GUANDALINI JR, Walter. *Guia Prático de Pesquisa em História do Direito*. São Paulo: Almedina, 2024.

GUANDALINI JR, Walter. *Raízes Históricas do Direito Administrativo Brasileiro: Fontes do Direito Administrativo na Doutrina Brasileira do século XIX (1857-1884)*. Curitiba: Apris, 2019.

GUANDALINI JR, Walter. A Tradução do Conceito de Direito Administrativo pela Cultura Jurídica Brasileira do século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 74. Belo Horizonte: UFMG, pp. 473-498, jan./jun. 2019.

GUANDALINI JR, Walter. Chave ou Fecho? O debate jurídico erudito sobre a responsabilidade do Poder Moderador. *Quaestio Iuris*, v. 9, n. 2, Rio de Janeiro: UERJ, pp. 1031-1059, 2016.

GUANDALINI JR, Walter. *História do Direito Administrativo Brasileiro: formação (1821-1895)*. Curitiba: Juruá, 2016.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre JOU, 1968.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESPANHA, António Manuel; GUANDALINI JR, Walter. A motivação das decisões sobre Revista nas primeiras décadas dos Supremos Tribunais de Justiça no Brasil e em Portugal. *Revista da Faculdade de Direito- UFPR*, v. 65, n. 1, pp. 185-224, jan/abr. 2020.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2019.

HESPANHA, António Manuel. *Hércules Confundido*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

HESPANHA, António Manuel. Por que é que existe e no que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, n. 35, anno 2006, págs. 59/81.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

LEFEBVRE, Georges. *1789: o surgimento da revolução francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2024.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2019.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Monarquia sem Despotismo e Liberdade sem Anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836)*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Alameda, 2014.

LYNCH, Christian Edward Cyril. "Nós nascemos ontem": elementos para o Estudo de um Constitucionalismo Periférico. *Teoria Constitucional Brasileira- 200 anos de disputa*; GLEZER, Rubens; LYNCH, Christian; VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.), Avaré-SP: Contracorrente, pp. 57-166, 2024.

LYNCH, Christian. *Fundações do Pensamento Político Brasileiro: a construção intelectual do Estado no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2024.

LYNCH, Christian. Absolutismo Político e Liberalismo Econômico: O Reformismo Ilustrado de José da Silva Lisboa (1800-1821). *Revista IHGB*. Rio de Janeiro, a.181 (483), pp. 47-74, maio/agosto, 2020.

LYNCH, Christian. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 2, pp. 974-1007, 2017.

LYNCH, Christian. Liberdade In FERES JUNIOR, João (Org.) *Léxico da História dos Conceitos Políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, pp. 323-339, 2014.

MEDINA, Diego Lopez. Por que falar de uma 'Teoria Impura do Direito' para a América Latina?" *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito da UFRGS*, v. 11, n.1, pp. 3-49, 2016.

MONTEIRO, Claudio Antonio Santos. Ordem. In FERES JUNIOR, João (Org.) *Léxico da História dos Conceitos Políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, pp. 341-357, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. 6ª ed. São Paulo: Anita Garibaldi, 2020.

NABUCO, Joaquim. (1983) [1888], *Discursos Parlamentares*. Introdução de Gilberto Freire. Brasília, Câmara dos Deputados (discursos de 7/5/1888 e 8/8/1888).

NEVES, Lucia M. Bastos Pereira das, NEVES, Guilherme Pereira das. *Constituição*. In: FERES JUNIOR, João (Org.) *Léxico da História dos Conceitos Políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

OLIVEIRA, Almir de. *Gonzaga e a Inconfidência Mineira*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1948.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo França. O Farol, o Observador e a Voz: O debate sobre a Federação e a Reforma Constitucional na Imprensa Paulista (1830-1832). *Almanack*, n. 20, pp. 132-153, dez. 2018.

PAES, Mariana Dias. *Direito e Escravidão no Brasil Império*. DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/USP, pp. 182-203, 2021.

PARRON, Tâmis. *A política da escravidão na Era da Liberdade: Estados Unidos, Brasil e Cuba, 1787-1846*. 2015. 502 f. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PRUTSCH, Markus J. *Making Sense of Constitutional Monarchism in Post-Napoleonic France and Germany*. Hampshire. Palgrave macmillan, 2013.

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro: A experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana*. Dissertação. (Mestrado). Universidade de Brasília, 2017.

RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. São Paulo: Global, 2015.

ROCHE, John P. *Tribunais e Direitos Individuais: o judiciário americano em ação*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

RODRIGUES, Jaime. *Liberdade, humanidade e propriedade: os escravos e a Assembléia Constituinte de 1823*. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n. 39, p. 159-167, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. A origem da desigualdade entre os homens. São Paulo: Penguin Classics e Companhia das Letras, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. São Paulo: Edipro, 2015.

SCHWARZ, Roberto. *Ao Vencedor as Batatas*. São Paulo: Duas Cidades/ Ed. 34, 2012.

SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa: poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do antigo regime à modernidade. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, n. 473, ano 178, pp. 327-424, jan-mar/2017.

SEELAENDER, Airton. A “Polícia” e as Funções do Estado: Notas sobre a “Polícia” do Antigo Regime. *Revista da Faculdade de Direito- UFPR*, n. 49, pp. 73/87, 2009.

SILVA, Virginia Rodrigues da. *O Revérbero Constitucional Fluminense, Constitucionalismo e Debate Político na Imprensa à Época da Independência*. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História- ANPUH, São Paulo, 2011.

SONTAG, Ricardo. Curar todas as moléstias com um único medicamento: os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890). *R. IHGB*, a.177(471): 45-72, abr./jun. 2016.

SPINOSA, Alberto. Interpretazione conforme a codificazione. Brevi note sulla valenza costituzionale del Codice Civile ottocentesco. *History and Law Encounters, Lezioni per pensare da giurista IV*; POLI, Elisabetta Fusar; PALETTI, Federica (org.), Torino: G. Giappichelli Editore, pp. 83-100, 2024.

STOLLEIS, Michael. *Escrever História do Direito: reconstrução, Narrativa ou Ficção?* São Paulo: Contracorrente, 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Edipro, 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*, NY, 1988.

ULLMANN, Walter. *The Individual and Society in the Middle Ages*. Baltimore, Maryland: Johns Hopkins University Press, 2019.

VELLOZO, Júlio César de Oliveira. O pacto de todos contra os escravos no Brasil Imperial, *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 2137-2160, 2019.

WEHLING, Arno. *Do Antigo Regime ao Constitucionalismo. A Casa de Suplicação do Brasil, 1808-1829/1833*. Rio de Janeiro: Processo, 2024.

WEHLING, Arno. O Direito Constitucional como engenharia social no Brasil da independência. *Métis: História e Cultura*, v. 11, n. 21, 2012.

WEHLING, Arno. Ilustração e política estatal no Brasil, 1750-1808. *Humanidades: revista de la Universidad de Montevideo*, ano 1, p. 61–86, 2001. Disponível em: <https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistahumanidades/article/view/6>.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. *A Magistratura Brasileira no século XIX*.