

José Reinaldo de Lima Lopes

O Oráculo de Delfos

O CONSELHO DE ESTADO NO BRASIL-IMPÉRIO

2010

série
PRODUÇÃO CIENTÍFICA
Direito Desenvolvimento Justiça

 **Editora
Saraiva**


FUNDAÇÃO
GETÚLIO VARGAS

DIREITOGV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP

CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SACIUR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesso: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro

Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agrícola Dórea, 23 — Brotas

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro

Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro

Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Logoinha

Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Cordeiro do Bispo, 185 — Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro

Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marques de São Vicente, 1697 — Barra Funda

Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

ISBN 978-85-02-08297-7

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Lopes, José Reinaldo de Lima

O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista / José Reinaldo de Lima Lopes. — São Paulo: Saraiva, 2010. — (Série produção científica: Direito, desenvolvimento e justiça)

1. Brasil - Direito - História 2. Brasil. Conselho do Estado 3. O Estado 4. Brasil - Formas de governo 5. Liberalismo 6. Brasil - Poder judiciário 7. Brasil - Práticas políticas I. Título. II. Série.

09-04331

CDU-34(81) (091)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Século 19: Direito: História 34(81) (091)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Cunha

Editora Manuella Santos

Assistente editorial Daniela Leite Silva

Produção editorial Lígia Alves

Clarissa Baraschi Maria

Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy

Maria de Lourdes Appas

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Claudirane de Moura Santos Silva

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgatti

Ana Beatriz Fraga Moreira

Cecília Deus

Serviços editoriais Ana Paula Mazzocco

Carla Cristina Marques

Capa Andrea Vilela

Imagem Cristiano Mascara/SambaPhoto

Data de fechamento da edição: 1º/10/2009

Dúvidas?

Acesso www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

“Toda a série dos homens, no decorrer de tantos séculos, deve ser tida por um único e mesmo homem, que sempre subsiste e que aprende de contínuo” (Pascal).

“Dicebat Bernardus Carnotensis nos esse quasi nanos gigantium humeris insidentes, ut possimus plura eis et remotiora videre, non utique proprii visus acumine aut eminentia corporis, sed quia in altum subvenimur et extollimur magnitudine gigantea” (João de Salisbúria, *apud* Grossi, *L'ordine giuridico medievale*).

“Pigmaei gigantium humeris impositi plusquam ipsi gigantes vident” (Isaac Newton).

mesmo o princípio da legalidade estrita. As opiniões doutrinárias não podem e não devem ser usadas no lugar da lei. Esta sim é que precisa ser aplicada. Nos capítulos posteriores ficará mais claro como foi difícil para os juízes e tribunais se adaptarem a esse novo isolamento a que haviam sido submetidos. Certamente, a doutrina continuará a exercer um papel, continuará a fornecer as bases gerais sobre as quais a interpretação se apoiará, mas já não poderá dar o conforto de suas opiniões nos casos difíceis.

Com essas diferenças fundamentais, algumas diretamente vinculadas a valores novos (como a liberdade e autonomia dos sujeitos), outras vinculadas aos novos arranjos institucionais (independência do Judiciário e separação de poderes), a interpretação do direito no século XIX será desenvolvida no Brasil com o auxílio de uma instituição particularmente relevante, o Conselho de Estado.

A instituição: história e perfil de seu desempenho

“Quando, porém, tentei fazê-los entender que o Conselho de Estado não era um corpo judicial no sentido comum, mas administrativo, cujos membros dependiam do rei, de modo que o rei, depois de usar seus poderes soberanos para mandar um de seus empregados, chamado prefeito, cometer uma injustiça, podia então legitimamente ordenar a outro de seus empregados, chamado Conselho de Estado, que evitasse que o primeiro sofresse uma punição; quando eu expliquei como o cidadão, prejudicado pela ordem do príncipe, ficava limitado a pedir ao próprio príncipe que o autorizasse a obter justiça, recusaram-se a acreditar nesse absurdo e me acusaram ou de mentir ou de ser ignorante” (Alexis de Tocqueville, *A democracia na América*).

2.1 Um debate sobre a cultura jurídica do Brasil oitocentista

Onde estava a produção jurídica brasileira no século XIX? Quais as suas características principais? Qual era o traço marcante do pensamento legal do Brasil independente oitocentista? Que papel jogou o Conselho de Estado nessa cultura? Pretendo propor que houve uma cultura jurídica no Império, relativamente erudita e ao mesmo tempo seriamente voltada para a prática e para a constituição de um direito nacional e liberal, aplicada para pôr de pé um Estado e um ordenamento para o País. Essa cultura, visando a reforma das instituições e hábitos preexistentes teve no Conselho de Estado um importante sujeito.

Desde muito cedo aparecem críticas à formação e cultura dos juristas brasileiros. Bernardo Pereira de Vasconcelos, em 1º de julho de 1834, comentando a falta de importância que no Im-

pério se dava à educação, dizia: "(...) e depois de proclamada a Independência o que nós temos feito por aumentar nossa civilização, e quais são as grandes providências que se têm dado? Estabeleceu-se dois cursos jurídicos que na verdade estão muito mal montados, que talvez seria melhor, no estado em que se acham, que não existissem" (Carvalho, 1999b, 224).

Uma afirmação corrente entre alguns dos autores mais importantes do Segundo Reinado insistia na inexistência de uma jurisprudência nacional e, conseqüentemente, na inexistência de orientação dos tribunais. Essa orientação chamava-se ainda normalmente de *doutrina*, visto que pela análise do caso concreto o tribunal ou autoridade fixava um entendimento da regra geral, uma interpretação doutrinária, como visto no capítulo anterior. Nabuco de Araújo (1813-1878)⁹² e Cândido Mendes de Almeida (1818-1881)⁹³, durante os debates sobre a reforma judiciária de 1871, expressavam exatamente essa ideia de ausência de jurisprudência. O Supremo Tribunal de Justiça nos seus 43 anos de existência, diziam ambos de formas um pouco diferente, fora in-

⁹² José Tomás Nabuco de Araújo foi advogado, ministro de Estado, senador e conselheiro de Estado. De grande cultura jurídica, preparou projetos e, segundo Paula Baptista (fato narrado por Joaquim Nabuco), "salvou" o Código Comercial de 1850 ao redigir os regulamentos que complementavam sua execução, inclusive os decretos sobre o funcionamento dos tribunais de comércio. Em 1872, diante da impossibilidade de Augusto Teixeira de Freitas continuar o trabalho de codificação do direito civil brasileiro, foi encarregado de fazer ele mesmo um projeto completo, que não chegou a vingar devido à sua morte em 1878. Começou a vida pública como muitos no Império, pela magistratura (promotor público e depois juiz de direito). Assumiu uma cadeira de deputado geral em 1843, presidiu a Província de São Paulo (1851-1852), foi nomeado senador em 1858.

⁹³ Cândido Mendes de Almeida, natural do Maranhão, também foi promotor e magistrado, diretor e chefe de seção do Ministério da Justiça, deputado geral (1843) e senador (1871). Católico ultramontano, defendeu os bispos (D. Vital e D. Macedo Costa) no processo em que foram condenados durante a chamada Questão Religiosa. Sua edição das Ordenações Filipinas tornou-se clássica, ao lado de seu manual sobre direito eclesiástico brasileiro.

capaz de fixar a doutrina nacional ou a jurisprudência orientadora. Na mesma linha ia Lafayette Pereira (1834-1917) poucos anos depois⁹⁴. E como primeira curiosidade convém lembrar que tanto Nabuco quanto Lafayette foram conselheiros de Estado e ambos serviram na seção de justiça do Conselho.

Como se sabe, o Supremo Tribunal de Justiça examinava os feitos na forma de *recurso de revista*. O recurso, previsto na Constituição do Império (art. 164), herdado das Ordenações Filipinas⁹⁵, fora admitido para que o Tribunal revisse os casos sob a alegação de *nulidade manifesta* (descumprimento de regras que garantissem o contraditório ou a *ordem do juízo* como então se dizia, o *error in procedendo*), ou *injustiça notória* (o descumprimento ou aplicação equivocada da lei material, o *error in judicando*). Uma vez concedida a revista — isto é, reconhecida a nulidade ou o erro do julgamento — o Supremo não tomava ele mesmo nova decisão, mas remetia o processo a uma das Relações do Império. Esta não estava obrigada a seguir o entendimento do

⁹⁴ Lafayette Rodrigues Pereira formou-se pela Faculdade de Direito de São Paulo, e começou a carreira como advogado em Minas Gerais (na então capital, Ouro Preto). Seguiu para o Rio de Janeiro, onde advogou com Teixeira de Freitas. Presidiu as províncias do Ceará e depois do Maranhão (1864-1866), foi ministro da Justiça, presidente do Conselho de Ministros (primeiro-ministro), senador (1880-1889) e conselheiro de Estado (1882).

⁹⁵ Ord. III, 95. Para uma história do recurso, ver Tucci, 1987, p. 167-184. Inicialmente fora previsto como *recurso de revista de justiça*, quando se alegasse falsidade no processo ou peita do juiz. Depois transformou-se em *recurso de graça especial*, quando se alegasse nulidade manifesta (procedimental) ou injustiça notória (material e mérito). Serviu de instrumento de centralização monárquica, como mostra Tucci. Melo Freire o comenta em suas *Instituições* (1860, p. 199-203). Lembro aqui a ideia de Tocqueville, expressa principalmente no seu *O Antigo Regime e a Revolução* (1979, esp. p. 88-89) segundo a qual muitas das criações da revolução liberal burguesa nada mais eram que continuidade de inovações gestadas ou mesmo tentadas nas décadas finais do Antigo Regime. A cassação — e nossa revista — vem nessa linha de continuidade de centralização.

Supremo e cada uma delas (quatro relações até 1874, doze a partir de então) decidia como bem entendesse.

Havia no Brasil uma doutrina difundida e de base constitucional, segundo a qual a Constituição previra apenas dois graus de jurisdição: a primeira instância e um grau de recurso para as Relações (em princípio). Considerava-se que o envolvimento do Supremo nos casos seria uma espécie de terceira instância, não aceitável em termos constitucionais. Essa doutrina fora expressa de forma lapidar por Paula Baptista em 1855, mas era já referendada pelos homens de Estado na primeira década do Segundo Reinado. Dessa forma, o Supremo não tomava conhecimento de qualquer caso e quando o fazia por jurisdição recursal era apenas para conceder ou negar revistas. Com isto, era ainda mais isolado de possíveis conflitos políticos. Pelo menos, é assim que se lê no relatório do Ministro da Justiça Manoel Galvão para o ano de 1845 apresentado ao Corpo Legislativo. De fato, o art. 158 da Constituição dispunha que haveria no Império tribunais de segunda e última instância. O art. 164 dispunha que na capital haveria um tribunal, dito Supremo, que concederia revistas dos casos julgados pelos tribunais de segunda instância. A interpretação de que falo dizia que os tribunais da relação eram as últimas instâncias, não competindo, portanto, ao Supremo substituir-se a eles. Dizia o ministro à Assembleia Geral:

“As suas [do Supremo Tribunal de Justiça] decisões não ligam em caso algum as relações revisoras. Bem que não esteja convencido da necessidade e conveniência de se lhe conferir atribuição de julgar as causas que sobem ao seu conhecimento por via de recurso de revista, o que, *além de tudo mais, seria contrário à regra constitucional de serem as causas decididas definitivamente nos tribunais de segunda instância*, todavia é minha opinião que este tribunal deve ser dividido em duas seções, exercendo cada uma delas as atribuições designadas na lei de 18 de setembro de 1828, e que quando a relação revisora não se conformasse com a decisão do tribunal supremo, em virtude da qual fora concedida a revista, pudesse a parte re-

correr novamente para o mesmo tribunal, reunidas ambas as seções; e uma vez que se mandasse julgar o feito novamente, esta decisão obrigara a relação a alterar o seu primeiro julgamento” (grifei).

Entretanto, já em 1843, na sessão de 1^a de julho como deputado geral, Nabuco de Araújo apresentara projeto para reformar o Supremo Tribunal de Justiça, justamente porque, a seu ver, o sistema de recursos implantado até então impedia que se tivesse uma jurisprudência. A jurisprudência tornara-se impossível

“porque o tribunal que é o primeiro na hierarquia, e cujas decisões deviam ter autoridade, decide de um modo, e as relações podem decidir de outro e contrariá-lo. Ora, ninguém desconhece a necessidade de uma jurisprudência no meio das controvérsias a que dá lugar a legislação. Os juizes que examinam o feito para conceder a revista estão certamente habilitados para reparar a injustiça e nulidade que acharam, o trabalho é o mesmo. O espírito de imitação nos fez transplantar lá da França esta forma de julgamento defeituosa e contra a qual se alevantam os clamores e as vozes de muitos jurisconsultos dessa nação”.

Essa opinião manteve-a também como Ministro da Justiça, anos mais tarde. Ouça-se sua queixa no seu relatório de Ministro da Justiça à Assembleia Geral para o ano de 1852:

“Este tribunal carece de reorganização para que possa preencher o fim de sua instituição: constituído como está, ele é antes um simulacro do que a realidade de supremo. Urge mais que todas as reformas, que vos têm sido indicadas, aquela que consiste em serem havidos por supremos e definitivos os seus acórdãos quando versarem sobre nulidades. É uma anomalia que os tribunais inferiores possam julgar em matéria de direito o contrário do que decidiu o primeiro tribunal do império. Sobreleva à subversão as ideias de gerarquia, infringidas por esse pressuposto, a desordem da jurisprudência, que não pode existir sem uniformidade, e aonde se acham arestos para tudo. A jurisprudência

dência, para que possa suprir e auxiliar com seus ares-tos e estilos a legislação, que não previne tudo, deve sair desse estado de incerteza e controvérsia em que se acha abismada; fora para desejar que o supremo tribunal, pelo que meio que vos indico, se tornasse o centro regulador da jurisprudência, imprimindo-lhe a uniformidade de que ela carece, dominado destarte o espírito de sofisma que põe em dúvida as disposições as mais expressas, as doutrinas mais inconcussas”.

O preço desse mecanismo de isolamento em particular, ou seja, a jurisdição recursal restrita à forma da revista — da cassação do acórdão sem proferir julgamento sobre o feito, sem substituir-se ao tribunal cujo acórdão se cassava ou revia — foi alto. Durante todo o Segundo Reinado discutiu-se uma reforma que desse mais poderes ao Supremo, pelo menos para uniformizar a jurisprudência e se não julgar em última instância pelo menos determinar aos tribunais de segunda instância a maneira correta de entender a lei.

Nabuco (1997, p. 869) queixava-se outra vez do mesmo tema, durante a discussão da reforma judiciária de 1871, da

“anomalia que consiste em poderem os tribunais revisores decidir, em matéria de direito, o contrário do que decide o Supremo Tribunal de Justiça, invertida assim a hierarquia judiciária, e provindo daí a incoerência da jurisprudência, a incerteza dos direitos dos cidadãos e a fraqueza do império da lei, aplicada por modo vário e contraditório. Essa anomalia cessará desde que o Supremo Tribunal conhecer definitivamente da nulidade do processo e da nulidade da sentença; obrigada a Relação revisora a conformar-se com o Supremo Tribunal de Justiça sobre o ponto de direito por ele julgado”.

O senador Cândido Mendes nos seus diversos pronunciamentos sobre a reforma judiciária de 1871 enfatizava que “temos magistrados, mas não temos Poder Judiciário”, um poder anulado diante dos outros, que deveria ter sido o guarda da Constituição, a exemplo do que era nos Estados Unidos a Suprema Corte, mas que devido à cópia do modelo francês nossa Lei Fundamental

havia desprezado⁹⁶. Ora, o modelo francês, criticado por Cândido Mendes, implicava que o Tribunal não poderia interferir na interpretação geral da lei (matéria do Legislativo), nem em declaração de sua inconstitucionalidade. Nosso modelo também tinha semelhanças — embora não identidade — com o sistema francês porque em França havia o recurso de *cassação*.

Alguns anos mais tarde, já no final do Império, Lafayette Rodrigues Pereira (1889, p. XV) dizia:

“O Supremo Tribunal de Justiça, como se acha constituído, é impotente para fixar a inteligência prática das leis. Falta-lhe a faculdade de *cassação*: as suas decisões, mesmo do ponto de vista da doutrina, podem ser anuladas pelas Relações revisoras. Daí essa variedade e contradições perpétuas nos julgados de nossos tribunais”.

Lamentação repetida em outros termos no seu *Direito das cousas*:

“Jurisprudência brasileira, pode-se dizer sem temeridade, ainda não a temos. A coleção dos julgados dos nossos tribunais não oferece consistência para formação de uma jurisprudência. Caracteriza-os a mais assombrosa variedade na inteligência e na aplicação do direito. Não exprimem tendência alguma, nem o predomínio do rigor científico, nem o afrouxamento da equidade prática” (Pereira, s/d, p. IX).

Esses três personagens, Nabuco, Cândido Mendes e Lafayette, de grande cultura jurídica e simultaneamente de grande influência política, reconhecem o mesmo mal. A cultura jurídica dos

⁹⁶ Os veementes pronunciamentos de Cândido Mendes de Almeida fazem-se a esse respeito sobretudo na sessão de 30 de junho de 1871. Seus adversários eram Zacarias de Góes e Vasconcelos e Nabuco de Araújo, que tinham por modelo o parlamentarismo e não o sistema norte-americano. Só nos Estados Unidos, insistia Cândido Mendes, o Poder Judiciário tinha cumprido totalmente sua vocação, pois era um aperfeiçoamento da experiência inglesa (cf. Almeida, 1982, p. 91 e s.).

três não pode ser colocada em dúvida. Nabuco (1813-1878), político e estadista, mas também jurista e advogado ativo e militante no foro da Corte, era reconhecido a ponto de ser encarregado de redigir o Projeto de Código Civil imediatamente após a impossibilidade de Teixeira de Freitas. Teve também intensa atividade legislativa como diretor do Ministério da Justiça e mais tarde como ministro. Foi ele o encarregado da regulamentação do Código Comercial, e de sua pena saiu o Regulamento dos Tribunais de Comércio. Cândido Mendes de Almeida (1818-1871) fora diretor do Ministério da Justiça e seus pareceres encontram-se inclusive em manifestações da seção de justiça do Conselho de Estado, tendo deixado pelo menos três obras de grande repercussão na vida jurídica brasileira: (1) uma versão atualizada das *Ordenações Filipinas* (1870), que circulou largamente no Brasil sob o título de *Código Philipino* ao lado de um volume chamado *Auxiliar jurídico*, (2) uma versão atualizada e acrescida de anexos do *Tratado de Direito Mercantil* do Visconde de Cairu (1874), acompanhada de um extenso volume de história do comércio e do direito comercial em Portugal, e (3) uma compilação organizada das fontes do *Direito público eclesiástico brasileiro* (1866). Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917) continua conhecido até hoje pelos seus dois tratados de direito civil (direito das coisas e direito das pessoas), tendo também sido ministro da Justiça e influente político e começara sua carreira de advogado na banca de Teixeira de Freitas.

Naturalmente, o recurso de revista na forma como existia tinha também defensores, entre eles Rego Barros (1874), Ribas (1968 [1866]) e Paula Baptista (1890). O argumento de Paula Baptista, já mencionado antes no relatório do Ministro da Justiça de 1845 e acatado por Rego Barros, era de ordem constitucional e dizia que o Superior Tribunal de Justiça ao conceder revista era e deveria ser “estranho aos interesses das partes, ou ao *jus litigatorum*” (Paula Baptista, 1890, p. 361). O Supremo deveria decidir de forma “quase intuitiva” e visando apenas o “interesse da ordem pública”. Eram as *violações manifestas das leis* o que deveria prevenir, não *interpretações possíveis* nos casos concretos. Segundo Paula Baptista, constitucionalmente havia ape-

nas duas instâncias: o juiz de primeiro grau e um tribunal de apelação. O Supremo não poderia ser uma terceira instância, ou seja, não poderia decidir a causa tomando o lugar dos juízos anteriores. O tribunal revisor estava na mesma posição do tribunal que recebesse a apelação pela primeira vez, pois o que o Supremo fazia no recurso de revista era anular a segunda decisão (a da apelação). Com isso garantia-se a independência do Judiciário (ao se garantir a autonomia das Relações), da qual o Supremo era também o guardião. Inconstitucional seria dar-lhe uma competência que invadisse a esfera dos tribunais de apelação (as Relações dos distritos). Por isso, concluía Paula Baptista, estava errado Pimenta Bueno ao dizer que o Supremo brasileiro era o transplante imperfeito e pouco estudado de instituições estrangeiras (Paula Baptista, 1890, p. 161-162). Tratava-se, portanto, de instituição própria e compatível com nossa Constituição.

Rego Barros admitia exatamente os mesmos argumentos⁹⁷. Se o Supremo passasse a decidir as questões diretamente, converter-se-ia, ao fim, em “juiz arbitrário e soberano de todas as questões e de tudo quanto em outras instâncias inferiores se houvesse decidido”. Seu poder seria incontrastável, sem limites, embora tão falível quanto o de qualquer outro julgador. Se, porém, fosse conservado acima da matéria a ser decidida, seu controle imporá limites aos juízes inferiores, sem, no entanto, usurpar-lhes a jurisdição nem concentrar em si todo poder interpretativo. O argumento, como se vê, tinha caráter político-constitucional.

Em resumo, havia uma clara consciência dos problemas em torno do Supremo, da jurisprudência, do recurso de revista e de sua inserção constitucional, bem como da repercussão desses problemas na cultura jurídica do Brasil.

⁹⁷ Rego Barros vai usar este modelo para criticar o contencioso administrativo brasileiro. Para ele, não era o caso de abolir o contencioso, mas de aperfeiçoá-lo, dando ao Conselho de Estado uma função semelhante à do Supremo nos casos de revista. O Conselho deveria exercer uma revista sobre os atos dos ministros, remetendo os atos anulados a outro ministro para providenciar a respeito.

Estudiosos contemporâneos, como Alberto Venâncio Filho (1982) e Sérgio Adorno (1988, p. 145, 150 e 236), dão conta da debilidade, se quisermos, da produção jurídico-intelectual do Brasil independente, especialmente do Brasil pré-1870. Reconhecem, porém, como não poderia deixar de ser, que os bacharéis desempenharam papel fundamental na política brasileira, ou, se quisermos, na construção de um Estado nacional. Nesses termos, sugerem que a produção brasileira foi essencialmente política, não propriamente dogmática ou técnico-jurídica. Os dois autores parecem indicar uma espécie de contradição: de um lado, dizem, a produção intelectual dos juristas brasileiros seria pequena, de menor relevância; de outro lado, o Estado imperial foi constituído essencialmente por bacharéis. Em outras palavras, os operadores da cultura jurídica tiveram uma importância prática muito grande, mas sua cultura teria sido menor.

Na opinião de Adorno, a academia de São Paulo não foi capaz de “constituir um efetivo quadro de juristas”, mas foi “celeiro do mandarinato imperial de bacharéis” (1988, p. 236). Ele também dá conta de que grandes jurisconsultos do Império não foram membros do corpo docente da Academia de São Paulo, de onde provinham (Adorno, 1988, p. 133), deixando em aberto para pesquisas esse aspecto da vida jurídica nacional. Venâncio Filho chama de “desalentador” o quadro do ensino jurídico, informando que “a atividade magisterial era para poucos deles uma atividade importante, e, terminado o concurso para lente substituto a maioria deles se voltava para as atividades da política, da magistratura ou da advocacia” (Venâncio Filho, 1982, p. 116). Os dois livros, deve-se ressaltar, não pretendem ser histórias gerais da cultura jurídica brasileira, nem mesmo histórias do pensamento jurídico nacional. Restringem-se a estudos sobre as academias de direito no Império. A obra de Adorno pretendia “reconstruir, *sob a ótica sociológica*, o processo de formação cultural e profissional dos bacharéis em São Paulo” (1988, p. 19, grifos meus), e o problema central a ser esclarecido é um aspecto do liberalismo brasileiro que, segundo ele, apresentava uma contradição entre o modelo pensado e afirmado, e a prática judiciária (Adorno, 1988, p. 73). O clássico livro de Venâncio Filho concentra-se sobre o ensino

jurídico, colocando-o em suas várias etapas “dentro de seu contexto histórico”, visando apreender a “peculiaridade física e espiritual da civilização brasileira (...) ligando sempre a realidade social ao fato educacional” (1982, p. XV-XVI). Por isso mesmo não tiveram por objetivo levantar como se fazia o direito brasileiro, o que se discutia, quem participava do debate nacional. Não pretenderam ver como se realizava a cultura jurídica, mas como se realizava o ensino e a atividade discente e docente nas escolas.

Creio, por isso mesmo, que se deve entender as afirmativas com o grão de sal necessário, de modo a procurar-se a cultura jurídica justamente onde ela foi feita, ou seja, na prática cotidiana do aparelho de Estado e nos costumes locais, nas *working rules* de grupos determinados (como os comerciantes, banqueiros, comissários de café, famílias). Não seria adequado, a meu ver, generalizar as conclusões dos ensaios. Talvez não seja o caso de ultrapassar os limites da constatação sociológica, segundo a qual as Faculdades de Direito eram uma espécie de criadouro de agentes do Estado, para daí derivar a ideia de que a produção brasileira foi menor. Naturalmente, de um país recém-saído do estatuto colonial, no qual não se haviam constituído escolas superiores (exceto o modelo dos *colégios dos jesuítas* e mais recentemente o famoso *Seminário de Olinda*), de estrutura agrária e de base escravista, não é descabido dizer que sua cultura jurídica tem papel subalterno quando comparada com as sociedades *polidas* da cristandade europeia. Ao mesmo tempo, porém, é certo que as fontes (debates parlamentares, relatórios de ministros e decisões do Conselho de Estado) sugerem um grau sofisticado de argumentação se não em todos pelo menos em numerosos textos da elite imperial.

2.2 A cultura jurídica internacional em contraponto com o Brasil

A crítica feita pelos dois autores também pode sugerir, conforme o leitor, que o *jurista* de quem falam é o jurista acadêmico, dedicado em tempo integral ou dedicado majoritariamente ao ensino e à pesquisa do direito. Em poucas palavras, parece que o jurista ideal é o professor da nova universidade alemã do século

XIX, a universidade de Berlim, idealizada por Humboldt, a qual gerou o modelo novo do pensador acadêmico. Ora, essa imagem não parece totalmente adequada se levarmos em conta algumas características do direito e de seu ensino em outras partes do mundo à mesma época, ou seja, talvez não seja conveniente estabelecer a crítica do modelo brasileiro a partir de um modelo — a academia alemã — que ainda não era o único nem mesmo o hegemônico sequer no âmbito do direito continental.

A título de comparação, tomemos a vida dos juristas do século XIX em França. Ela é ainda uma vida híbrida: parte do tempo dedicam-se à academia, parte do tempo são chamados a exercer funções de governo ou de legislação e parte do tempo gastam na advocacia. Os juristas formavam-se até então “em família” ou “no Palácio” (Royer, 2001, p. 469), isto é, ou em casa ou na prática. As escolas de direito restabelecidas em 1804 e transformadas em faculdades em 1808 (Royer, 2001, p. 468) tinham funções bastante restritas se pensarmos em uma cultura jurídica de caráter acadêmico ou científico, ou mesmo de erudição, como hoje se dá na maioria das escolas de direito ocidentais⁹⁸. O ensino se desdobrava em cinco cursos: direito civil, direito natural e de gentes, direito romano, direito público e legislação criminal e processo. O método era, por definição, o exegético. O quadro só se altera, segundo Royer (2001, p. 468), quando na Terceira República se introduzem novas disciplinas (economia política) e se abrem novas faculdades, além de novas escolas (a Escola Livre de Ciências Políticas em 1872) e as faculdades católicas (1875).

Grandes nomes do direito francês eram distantes da universidade, ou porque ali não estudaram, ou porque ali não ensinaram. O grande André Dupin (1783-1865), algumas vezes citado nas opiniões dos conselheiros do Brasil imperial, aprendera direito com seu pai, e fizera carreira como advogado, magistrado e político, sem ter sido professor. Troplong (1795-1869), comenta-

⁹⁸ Para uma visão geral do ensino do direito no período do consulado em França ver o texto de Hayem (2004), no qual há referência às duas academias não universitárias em que se ensinava e discutia o direito.

dor por excelência do Código Civil, foi autodidata, que depois de exercer a profissão chegou à Corte de Cassação. Louis Marie de Cormenin, uma espécie de pai fundador do direito administrativo francês (1788-1868), também não foi acadêmico, mas advogado e auditor do Conselho de Estado napoleônico, político eleito diversas vezes deputado, só em 1848 seria designado professor da Escola de Administração (uma escola profissional), sem abrir mão de sua atividade política nem de seu posto no Conselho de Estado. Também Cormenin é citado em nosso Conselho e talvez seja o mais repetidamente citado, embora nossos conselheiros citem poucos doutrinadores⁹⁹. E o que não dizer de Jean-Baptiste Sirey (1762-1845)? Considerado um dos mais ativos artesãos e analistas do novo direito francês (Pacteau, 2002, p. 87), destacou-se como ativo membro da vida política, mas não como professor; deu início à publicação anotada da jurisprudência da Corte de Cassação e do mesmo Conselho de Estado. Finalmente, vale a pena citar Désiré Dalloz (1795-1869), inicialmente simples advogado e em seguida advogado na Corte de Cassação, engajou-se na política como deputado e dedicou-se à publicação anotada dos códigos, da legislação e de repertórios de legislação, doutrina e jurisprudência.

Olhando para a tradição de outras duas nações constitucionais e constitucionalizantes dos anos de 1800 a figura não é tão diferente. Na maior parte do século XIX não se exigia nos Estados Unidos, ou mesmo na Inglaterra, um curso acadêmico universitário específico para o exercício da advocacia, de modo que as escolas que formam os juristas são escolas profissionais ou técnicas, antes que colégios ou faculdades superiores integradas à universidade. Nos Estados Unidos, o sistema de ensino do direito era de “aprendizado”, ou seja, prático, como o de qualquer

⁹⁹ Filhos que eram de seu tempo, citam pouco os doutrinadores, preferindo argumentar com a lei, a constituição e os princípios que dão sentido ao direito positivo. É muito mais comum citarem a legislação comparada do que doutrinadores estrangeiros. Mesmo a legislação comparada não é citada com a abundância com que nos acostumamos hoje.

profissão mecânica (Hurst, 1967). Só após o término da Guerra Civil em 1865 começaram a surgir escolas de direito dentro das universidades (ressalvado, na palavra dos historiadores americanos, o caso muito particular de Harvard). Foi por meio dessas novas escolas que a elite econômica e financeira conseguiu formar grupos socialmente exclusivos, já que por causa de suas condições de vida podia dispor de tempo e dinheiro para formar seus filhos em universidades. Concentrando-se no nordeste do país (a Nova Inglaterra), veio a formar em 1878 a *American Bar Association*, impondo progressivamente nas duas décadas finais do século seu próprio estilo de educação acadêmica, o qual se tornou hegemônico¹⁰⁰.

Na Inglaterra até o final do século XIX a educação jurídica acadêmica não gozava de prestígio. Os esforços para torná-la objeto de estudo universitário iniciaram-se na Universidade de Londres em 1828, mas nunca passaram de um esforço isolado. Somente no final do século, sob a influência de Maitland, Dicey, Anson e Pollock, o estudo do direito firmou-se como disciplina academicamente séria e relevante (Baker, 2002, p. 171).

Certo, pois, que a vida acadêmica no Brasil era passageira tanto para os alunos quanto para os professores. Como o magistério era uma função pública entre muitas, já que o modelo brasileiro de escola superior era napoleônico, isto é, uma carreira de Estado, o cargo de lente para os professores poderia bem ser um cargo de Estado (um *emprego* público como se dizia então) como outro qualquer, não havendo no Brasil oitocentista nenhuma tradição prévia de vida universitária. Assim, os professores da academia de São Paulo e Olinda transitavam da escola para a administração da província e vice-versa. Como vimos, o mesmo se dava

¹⁰⁰ Para duas visões distintas quanto aos propósitos, embora concordando quanto à observação de que as escolas de direito vinculadas às universidades, acadêmicas portanto, foram um fenômeno tardio no século XIX norte-americano, ver Friedman (1985, p. 606 e s.) e Purcell, Jr. (2000, p. 16-18). Para confirmar a formação tardia da tradição acadêmica norte-americana e sua irrelevância em praticamente todo o século XIX, ver Hurst, 1967.

em outras partes¹⁰¹. Mas será que isto realmente impediu o surgimento de uma cultura jurídica (uma *alta* cultura, se quisermos)?

A meu juízo isto não foi obstáculo a que houvesse, fora dos estritos muros da academia, um pensamento jurídico, nem que dentro da academia se produzisse alguma coisa. Convivemos tradicionalmente com juristas fora de posições de cátedra há muito tempo no Brasil (e fora do Brasil): Rui Barbosa não foi professor, nem Pimenta Bueno, Visconde do Uruguai, Teixeira de Freitas, ou Nabuco de Araújo; não o foi tampouco décadas depois João Mangabeira. Foram, porém, juristas e deixaram sua marca nas doutrinas nacionais. Escreveram comentários à legislação, manuais práticos, textos de polêmica, leis e projetos de lei e reforma de leis, regulamentos e decretos.

Essas duas constatações de pensadores brasileiros — a dos oitocentistas, dizendo que faltava uma orientação geral à prática brasileira, debitando-a a mecanismos institucionais deficientes, e a novecentista, debitando-a à falta de uma cultura jurídica independente da política — podem ser consideradas tanto complementares quanto antagônicas. Complementares se entendermos que as duas compartilham a ideia de que algo falta no pensamento jurídico brasileiro; antagônicas se levarmos em consideração que a primeira não vê a falta de cultura, mas a falta de orientação

¹⁰¹ Cf. a observação de Vicente Pereira do Rego sobre a universidade francesa, de modelo napoleônico: “Há em França uma instituição encarregada da educação e instrução públicas, que se denomina *universidade*, e que considerada em sua organização pode ser definida: *o governo aplicado à direção universal da instrução pública*; ou *o corpo do magistério instituído por lei para dar em nome do Estado o ensino público* (Pradier, Laferrrière). O corpo universitário de França, presidido pelo Ministro da instrução pública, compõe-se d’inspetores gerais, d’inspetores d’academia e primários; de reitores e professores encarregados do ensino, etc.” (1860, p. 61). A universidade é um órgão do Estado, um órgão a mais que se ocupa de educação. Por que não se daria o mesmo com as escolas superiores no Brasil? Aliás, as escolas superiores e as instituições de ensino, como o *Colégio Pedro II*, figuravam adequadamente nos relatórios do Ministério do Império.

pelas instituições, enquanto a segunda sugere a falta mesma de uma alta cultura jurídica. A primeira diagnostica uma falha institucional, na organização do próprio Estado brasileiro. A segunda diagnostica uma falha sociopolítica na própria estrutura das relações sociais.

As afirmações a respeito de nossa incipiente cultura jurídica sugerem-nos então uma questão: como pôde haver um Estado de bacharéis sem que houvesse uma grande cultura jurídica? O bacharelismo não é, por certo, garantia de cultura, ou de alta cultura jurídica. Pode-se, porém, fazer legitimamente a pergunta sobre a inexistência mesma de uma cultura jurídica, quando o Império foi, por assim dizer, um resultado de burocratas e burocratas juristas? Uma visão mais ou menos geral pode indicar duas ordens de resposta: primeira, pode-se conceder que faltava à cultura brasileira *originalidade* jurídica. A ideia de constituição não nascera aqui, tampouco a de um poder moderador, muito menos a de codificação ou mesmo dos institutos dentro de cada ramo do direito. O que parecia original era, muitas vezes, sobrevivência adaptada de práticas antigas, tais como as sesmarias, a escravidão, os morgados, os negócios de bancos e seguros etc. Não teria havido aqui uma criação particular de alguma coisa nova.

Em segundo lugar, o bacharelismo era resultado da crença de que pelas reformas legais poder-se-iam desatar os nós que barlavam e impediam o progresso e a prosperidade da nação. Bacharelismo era crença no poder da lei, mas da lei da liberdade. No caso do Brasil essa crença combinava-se com muita dificuldade com um país em que diferenças sociais e regionais profundas estavam acumuladas com a própria inexistência de uma tradição de autogoverno, coisa constatada por tantos intérpretes de nossa história¹⁰². A independência não era apenas uma luta contra uma

¹⁰² Vejam-se os casos exemplares de Oliveira Vianna que vê na dinâmica dos clãs, e Raymundo Faoro, que vê na associação estatal-mercantilista respectivamente os maiores obstáculos ao surgimento de um povo de cidadãos suficientemente capaz de suplantar um interesse faccioso ou um "estamento". O "estamento" não propicia o autogoverno ou a discussão pública, seu lugar social privilegiado não é a praça, mas o palácio.

potência colonial, senão também uma luta interna para impor mais do que um sentido de Estado, a própria noção de Estado e autoridade política. Há enorme dificuldade, portanto, para combinar a ideia de autoridade com a ideia de liberdade. Parecem disjuntivas: ou autoridade, ou liberdade.

Algumas investigações que conduzi anteriormente indicaram-me que seria preciso matizar os dois pontos de vista. Não houve falta completa de cultura jurídica de grande erudição entre nós, nem a luta pela liberdade foi totalmente fracassada (embora também não tenha sido totalmente bem-sucedida). É preciso tentar compreender melhor o que se passava em dois níveis diferentes. O primeiro nível de análise diz respeito às *tarefas* em que se envolviam os juristas, majoritariamente tarefas práticas. O aparente paradoxo (falta de cultura/criação do Estado) poderia ser resolvido, a meu ver, dando-nos conta, em primeiro lugar, do caráter instituidor que a cultura jurídica brasileira teve no século XIX. Com isto quero dizer que ela teve um viés essencialmente prático e não é de espantar que os juristas fossem, pois, homens de ação antes que doutrinadores à moda da academia europeia (particularmente alemã) que hoje tomamos como referência. Havia duas tarefas simultânea e igualmente importantes. Uma era a de constituir um *Estado nacional* e, por implicação, um direito nacional, o quanto possível autônomo do direito português e do direito colonial, aquele direito em que as capitânicas eram nada mais que divisões do território para efeito de administração de um domínio (Costa, 2003, p. 150-151). A outra era a de erguer um *Estado constitucional liberal* no qual formas antigas de representação e participação política, como o velho municipalismo das câmaras, fossem substituídas pelo novo ideário do Estado-nação, organizado segundo os princípios constitucionais. Assim, se a tarefa jurídica na Europa era de *reforma e modernização*, no Brasil era quase de *invenção*. Ainda que, claro está, o novo direito brasileiro se visse na contingência de viver do velho direito colonial ou metropolitano. Os juristas estiveram, portanto, ocupados com essa tarefa imediata, e todos os juristas estiveram nela envolvidos de forma bastante absorvente, seja como legisladores, seja como administradores, presidentes de províncias, ministros, ou ainda como magistrados ou "oficiais" de Justiça e Fazenda.

No segundo nível (quanto ao *local* de produção cultural), seria necessário suspeitar que não havendo uma orientação do Supremo Tribunal de Justiça, nem produção acadêmica consolidada¹⁰³, de algum outro lugar essa orientação deveria proceder, pois bem ou mal o Império conseguiu estabelecer-se e fazer funcionar um sistema de direito público e um sistema de direito privado. Antes que negar a existência de uma cultura jurídica, seria preciso determinar seu sentido e seu local de produção. Não é demais lembrar que até 1934 inexistiram faculdades de filosofia no Brasil, exceto dentro dos claustros do ensino religioso que preparava os funcionários eclesiásticos da Igreja. A primeira Faculdade de Filosofia instala-se em São Paulo junto com a Universidade de São Paulo naquele ano de 1934. Antes disso, a filosofia e a preparação teórica dos jovens era matéria de diletantes ou padres, coisa herdada do velho ensino jesuítico, segundo Fernando Azevedo (1964, p. 713). De modo que vivemos mais de 100 anos de vida independente apenas com escolas superiores de caráter exclusivamente profissional (direito, medicina, engenharia, escola naval), sem qualquer instituto de ensino superior dedicado à filosofia, à teoria ou à pesquisa. Isso naturalmente é determinante também para a espécie de cultura jurídica que se produz.

Sendo ela prática, antes que acadêmica, e não procedendo apenas das faculdades, de onde os lentes eram continuamente afastados para exercer funções de Estado, nem do Supremo Tribunal de Justiça, onde encontrá-la?

2.3 Os gêneros literários dos juristas do Império

Ao problema da natureza e profundidade de nossa *ciência jurídica*, suspeito que se pode compreender e explicar olhando para a espécie de produção cultural dos juristas, que dividirei claramente em dois modelos — ou mesmo dois *gêneros literários*, cujo papel foi bastante diferente. O primeiro modelo-gênero é o

¹⁰³ A produção cresce consideravelmente a partir de 1850, quando começam a surgir os manuais especialmente preparados para os cursos de Olinda (Recife) e São Paulo.

dos manuais ou compêndios para uso nas faculdades do Império. Ele não foi particularmente forte, seja pelo número de obras produzidas, seja pelo seu teor, especialmente entre 1827 e 1850. Os compêndios, como se sabe, eram uma prática da universidade de Coimbra, pela qual se submetiam os professores a controle e direção estatal e política. Nas faculdades do Império precisavam da aprovação do governo, que ouvia a Assembleia Geral. Os professores que os produziam estavam inseridos em um sistema napoleônico de universidade, no qual os cargos que ocupavam eram cargos públicos, empregos de Estado. Nos primeiros anos da independência adotava-se, na falta de compêndios preparados pelos professores, bibliografia estrangeira: ou a portuguesa pré-liberal, como as *Instituições de direito português* de Mello Freire, ou liberal, como a de Ferreira Borges, ou ainda obras jusnaturalistas e liberais francesas sobretudo, mas eventualmente algumas alemãs e inglesas, conforme a disciplina. Só a partir da década de 1850 é que os manuais se nacionalizaram completamente e passaram a ser produzidos de forma regular, encontrando relativo sucesso de público. Paula Baptista em Olinda/Recife, Ribas (seus cursos de direito civil e direito administrativo) em São Paulo, Pereira Rego e Loureiro, também no Recife, são alguns exemplos. Mesmo sem serem manuais propriamente, os livros de Pimenta Bueno (*Análise da Constituição do Império*) e Paulino José de Souza (*Ensaio de direito administrativo*) serviram de guias para as respectivas disciplinas.

O segundo modelo-gênero de produção que não pode ser desprezado é o dos manuais práticos: os manuais para tabeliães, a própria *Consolidação das leis civis* de Teixeira de Freitas, os livros para os vereadores, para os procuradores da Fazenda, o *Auxiliar jurídico* de Mendes de Almeida, sua própria edição comentada e atualizada das *Ordenações Filipinas* e do *Tratado de direito mercantil e leis de marinha* do Visconde de Cairu, entre outros. Também aqui a produção cresceu a partir da segunda metade do século XIX. Essa produção prática não deve ser desprezada do ponto de vista intelectual. Primeiro porque corresponde muitas vezes ao esforço de atualidade e atualização dos juristas e bacharéis brasileiros, como muito exemplarmente se vê

na *Consolidação* de Teixeira de Freitas. A obra do jurista baiano trazia uma longuíssima introdução de caráter exclusivamente teórico, na qual justificava o verdadeiro sistema que havia adotado para colocar em ordem e hierarquizar a legislação civil vigente no Brasil. Essa consolidação não foi transformada em código civil, todos sabemos, mas foi amplamente utilizada como *vade mecum* em todo País. Basta ver que teve sua publicação aprovada pelo governo imperial e foi reeditada três vezes até o advento do Código Civil em 1916. De outro lado, a prática processual também foi atualizada por meio de obras que “adaptavam ao foro brasileiro” textos produzidos no exterior, especialmente em Portugal. Nesse caso importa ressaltar que o que é hoje conhecido como “processo civil” não havia adquirido em parte alguma o estatuto de “ciência” ou “disciplina teórica” autônoma, e as publicações nacionais tinham o propósito prático, mas relevante, de pôr a funcionar a máquina da justiça no Império.

O catálogo de 1874 da casa publicadora Eduardo e Henrique Laemmert do Rio de Janeiro continha 108 publicações brasileiras na área do direito, a maioria de manuais práticos, mas também incluía uma revista jurídica (*Revista Jurídica*, de doutrina e jurisprudência), traduções de autores estrangeiros (o *Tratado da prova* de Mittermeier, por exemplo), ensaios sobre o casamento civil, uma história do direito romano, o curso de direito civil de Ribas e outros variados títulos¹⁰⁴.

Em segundo lugar, esse segundo modelo tampouco pode ser desprezado pois é indicativo, a meu ver, do papel relevante que teve a cultura jurídica e particularmente essa forma de cultura

¹⁰⁴ O livro de Pedro Dutra (2004), *Literatura jurídica no Império*, é hoje a mais completa análise da situação da bibliografia, com uma preciosa indicação final das obras encontradas pelo autor. Creio que na mesma linha de minhas conclusões, Dutra localiza parte importante da cultura jurídica brasileira nos debates parlamentares entre leigos e redatores de projetos de lei, comentários e pareceres, e acrescenta exemplos de obras menores ou menos celebradas, sem as quais “não terá sido possível advogar à época” (2004, p. 104). Dutra refere-se ao catálogo de 1862 da Editora B. L. Garnier do Rio de Janeiro e encontra ali 123 obras.

jurídica no Império. Talvez os juristas do Império não estivessem tão preocupados com a “cientificidade” do direito, quanto com sua “operabilidade”. Eram construtores de um Estado, não construtores de uma academia. O direito era percebido como um saber disciplinado, claro, mas um saber diretamente voltado à operação da máquina social, ou mais precisamente da máquina estatal. E também um saber capaz de instituir liberdades, garantias dos cidadãos. Nada é tão esclarecedor quanto o estilo adotado pelos relatórios dos ministros de justiça: as duas primeiras partes eram invariavelmente “Ordem Pública” e “Segurança Individual”. O direito era um instrumento de ordem pública, mas também um instrumento de garantia individual. Assim o conhecimento dos mecanismos da máquina judiciária ou administrativa, sem falar na legislação eleitoral, eram importantes meios de constituir as liberdades prometidas pelo ideário constitucional. Quando Oliveira Vianna criticou os políticos da Primeira República por seu “bacharelismo” e elogiou a “elite” imperial é bem possível que estivesse pensando nessa diferença marcante (homens de ação \times cientistas) que se acentuara no direito brasileiro a partir do final do século XIX. Aí sim, depois do grande impacto da geração de 1870, os juristas começam a perseguir um ideal de cientificidade bastante diferente do que vigorara na maior parte do período imperial.

Por fim, uma parte da alta cultura jurídica manifestou-se, a meu ver, no Conselho de Estado como órgão auxiliar do Poder Moderador quando de sua interferência na aplicação das leis, para esclarecimento de dúvidas dos magistrados e para a correção mesma dos magistrados que erravam ou agiam de má-fé. Como veremos, a interferência se dava não para outorgar ao Conselho o papel de intérprete autêntico, mas indiretamente quando o Conselho opinava sobre os regulamentos das leis em vigor, sobre projetos de reformas das leis, ou sobre o comportamento dos magistrados em casos concretos.

2.4 O Conselho de Estado, conselho de juristas, conselho constitucional

Olhando para a produção jurídica e depois de consultar muitos exemplares, incluindo o dos manuais acadêmicos, mas sobre-

tudo as obras de prática, é que me dei conta de uma importante orientação jurídica realizada pelos *avisos ministeriais*, mencionados e comentados nesses livros. Esses avisos resultavam inúmeras vezes de resoluções do Imperador, tomadas depois de ouvir o Conselho de Estado. Suspeitei, portanto, que, se Nabuco, Mendes de Almeida e Lafayette estavam certos quanto à pouca relevância do Supremo Tribunal de Justiça na formação da cultura jurídica nacional, seria errôneo compreender suas queixas como simples constatação da inexistência dessa cultura. Esta, no fundo, era produzida, *faut de mieux* como eles pensavam, por eles mesmos e pelos seus imediatos antecessores no Conselho de Estado¹⁰⁵.

Ninguém expressou isso de maneira mais clara do que um importante conselheiro, estadista e jurista como foi o Visconde do Uruguai:

“Quem ler as citações e exposições que faz este livro (*Estudos práticos sobre a administração das províncias*) há de reconhecer que é o Conselho de Estado quem, na obscuridade, tem trabalhado mais para montar o País e firmar as boas doutrinas, sem que daí infelizmente tenham sido colhidos notáveis resultados” (1865, v. I, p. XLVII).

Outra referência encontra-se no manual de direito civil de Ribas: define-se a lei como única fonte de direito, como convinha a um regime moderno e constitucional; obrigatório no Brasil é só o que emana da lei, diz ele: “nem a pretexto de prover à boa execução das leis civis pode o governo expedir decretos, instruções

¹⁰⁵ Ficou célebre a expressão de João Camilo de Oliveira Torres, chamando o Conselho de Estado de ‘cérebro da monarquia’: “Do Conselho de Estado pode-se dizer que foi o ‘cérebro da monarquia’ — a ele afluíram todos os assuntos que deviam ser decididos e dele partiam todas as decisões. E nele as decisões se tomavam. Se o segundo reinado surge diante de nós como uma unidade política assinalada por uma coerência de orientação e uma segurança de vistas sempre à altura dos acontecimentos, a razão disto estará, principalmente, na atuação admirável do Conselho de Estado” (1957, p. 186).

e regulamentos, ou quaisquer atos, que alterem esses direitos” (1865, p. 105)¹⁰⁶. Significa, indiretamente, reconhecer a existência de resoluções imperiais obrigatórias para os agentes do Executivo, e estas eram tomadas ouvido o Conselho de Estado (Ribas, 1865, p. 117-118). Não era o Conselho que deliberava, mas o Imperador. Mesmo assim, parecia relevante dar-se conta do que dizia o Conselho.

Ao voltar-me para os estudos mais recentes produzidos sobre o Conselho de Estado constatei que se haviam concentrado no Conselho Pleno como órgão de política, ou mesmo como órgão de governo. De fato, a extensa obra de José Honório Rodrigues que organizou e publicou na década de 1970 as atas do Conselho, concentrou-se nas do Conselho Pleno, que se encontram hoje microfilmadas no Arquivo Nacional¹⁰⁷. José Honório Rodrigues chama a atenção para a existência de três diferentes Conselhos de Estado no Brasil. O primeiro foi o Conselho dos Procuradores das Províncias (1822-1823), o segundo foi o Conselho da Carta de 1823 (1823-1834), abolido pela reforma constitucional de 1834. O terceiro, sobre cuja atividade versa esta investigação, durou de 1842 a 1889, e foi instituído pela Lei n. 234, de novembro de 1841. Este terceiro Conselho foi o que funcionou efetivamente e terminou por constituir a jurisprudência a ser examinada no capítulo seguinte¹⁰⁸.

O Pleno, sem dúvida, era em princípio órgão da grande ou da alta política imperial. Mas não era de lá que procediam principalmente os *Avisos* ministeriais, material cotidiano da vida jurídica no Império. Estes nasciam sobretudo das consultas das seções

¹⁰⁶ Veja-se a respeito a nota 6 do capítulo anterior. Ribas incluía na legislação em sentido amplo as resoluções tomadas pelo Imperador, a maioria delas, senão todas, depois de ouvir o Conselho de Estado.

¹⁰⁷ As atas foram publicadas pelo Senado Federal entre 1973 e 1978, precedidas do clássico estudo *Conselho de Estado, o quinto poder*.

¹⁰⁸ José Honório Rodrigues recapitula a discussão parlamentar da criação do Conselho em 1841. Nota-se ali a dúvida recorrente sobre a constitucionalidade de sua reintrodução e os aspectos mais polêmicos do projeto.

(Justiça e Estrangeiros, Guerra, Fazenda, Império). Seria interessante, portanto, investigar essas consultas, origem dos famosos avisos. Estes funcionavam como verdadeiras interpretações autênticas dos regulamentos gerais (pois eram expedidos pelo Ministro de Estado a quem incumbia dar o regulamento da lei). Pareciam ter, pois, força geral. Embora não fossem redigidos na forma de articulados normativos, eram dados a conhecer de modo público — a despeito de dirigidos em primeiro lugar a quem provocara a consulta — e assemelhavam-se a circulares.

Suspeitei também que havia no Conselho de Estado algo ambíguo e que não se poderia compreender sem compreender melhor o que havia sido o Poder Moderador propriamente dito. Muitos discursos pós-republicanos sobre o Moderador ficaram presos entre os juristas ao debate doméstico nacional, enviesado pela política dos partidos e, sobretudo, pela visão republicana contemporânea da divisão de poderes. A discussão tornou-se doméstica e partidária, podendo levar a historiografia a uma visão provinciana e parcial do tema.

Faria mais sentido colocá-lo no seu tempo, e não apenas em confronto com a teoria de Benjamin Constant relativa ao poder neutro ou poder real, senão também com relação a outras práticas e experiências. A mais óbvia pareceu-me a norte-americana, tomando como linha de interpretação as palavras de Tocqueville sobre o papel dos magistrados, dos advogados e especialmente da Suprema Corte norte-americana.

Tocqueville indicava em suas notas sobre *A democracia na América* que seria esse ramo judiciário a desempenhar um papel aristocrático e, portanto, conservador na grande política americana. Essa afirmação de Tocqueville era confirmada pelas palavras dos próprios constituintes norte-americanos, que na defesa de um Judiciário federal usavam como argumentos ideias semelhantes às de Constant. O Judiciário norte-americano corresponderia, na forma defendida por Hamilton, a um “poder neutro”, sem “espada e sem bolsa”¹⁰⁹. A proposta de constituição da Filadélfia,

¹⁰⁹ O debate sobre o Poder Moderador continuou sendo vigoroso sobretudo no entreguerras (1919-1939) na medida da crise das

defendida pelos *Federalistas*, incorporava vários mecanismos conservadores ou moderadores na República, e a Suprema Corte era um deles.

Essa neutralidade, tão buscada pelos liberais do século XIX, dava ao Poder Moderador brasileiro, entretanto, a especial característica de interferir em todos os outros poderes para resolver potenciais impasses ou conflitos. Olhada dessa perspectiva, entende-se melhor a atividade do Conselho de Estado, mesmo a do terceiro Conselho de Estado (o de 1841). Se bem que ele não pudesse ser recriado com a mesma justificativa de 1823, uma vez que a reforma constitucional de 1834 o havia abolido naqueles moldes, nota-se que sua atividade indicava a busca de neutralidade.

Ora, a neutralidade em determinadas questões, ou, para ser mais preciso, a *imparcialidade* no exame de determinadas questões, é tipicamente atribuição de um juiz, um magistrado. O Conselho de Estado consultava o Imperador quando este, ou um ministro de Estado, tivesse que arbitrar conflitos segundo regras. Nesses termos, o Conselho de fato opinava nos casos cotidianos em que o Moderador devesse ser exercido, e não apenas

democracias liberais em processo de transformação. Vale a pena fazer menção apenas como exemplo da obra de Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung (O defensor da Constituição)* de 1931 em que está colocada justamente a questão de algum órgão ou poder com capacidade política e imparcialidade eleitoral para arbitrar conflitos constitucionais. O Capítulo III começa com uma significativa nota a respeito do poder moderador do Império do Brasil, referindo-se à teoria e à prática que haviam sustentado por aqui o *poder neutro*. Schmitt chama a atenção para o fato de o poder moderador, explicitamente adotado no Brasil e em Portugal, ser de fato uma instituição típica em todas as constituições burguesas liberais do século XIX, encarnado num “repertório de prerrogativas e poderes do chefe de Estado (monarca ou presidente do Estado)” (1981, p. 204-205). O mesmo Schmitt em *Teologia política* diz logo na introdução que uma das marcas do pensamento político do século XIX foi a busca do poder “neutro”, “qui règne et ne gouverne pas”. Essa busca era um dos casos de aplicação da “teologia política” de que vai tratar ao longo das quatro lições que compõem o livro.

nas aparentemente grandes questões — como a dissolução da Assembleia. Opinava naquelas que envolviam, por exemplo, a separação das esferas administrativa e judiciária em inumeráveis casos; também interferia nos casos em que os poderes locais, isto é, as Assembleias Provinciais, invadiam os poderes da Assembleia Geral. Opinava em questões jurídicas, isto é, questões cuja resposta dependia da aplicação imediata de uma norma jurídica preexistente (constitucional ou legal que fosse). Não se tratava de juízos de conveniência. Um bom exemplo era a tarefa de o Conselho rever anualmente a legislação provincial, para mantê-la dentro dos limites constitucionais de sua esfera de competência. Essas questões só excepcionalmente chegavam ao Pleno: na imensa maioria dos casos eram tratadas na esfera das seções simplesmente.

Uma análise um pouco mais detida do ponto de vista jurídico indicava ainda uma outra vertente de investigação a ser feita. Pelo regulamento (Decreto n. 124, de fevereiro de 1842), o Conselho operava em seções distintas e a dos negócios da justiça ocupava papel especial, tanto porque organizava a máquina judiciária como porque opinava na legislação geral (de direito público e privado, como matéria civil e mercantil). Também aqui não se poderia compreendê-lo sem um olhar mais universal. A montagem de um judiciário nos Estados constitucionais do século XIX é feita sob um esquema bem menos claro que o nosso. Em França o Judiciário não era propriamente um poder, mas um departamento especializado. Se bem que os juízes tivessem garantias próprias, a máquina judiciária era de responsabilidade do governo, do ministro da Justiça que para isso especialmente existia. Nos Estados Unidos o desenho institucional dava mais autonomia ao *judiciary department*: mesmo assim, a nomeação e o afastamento dos juízes não era assunto interno dos magistrados, passando pelos dois outros ramos (indicação do Executivo, aprovação do Legislativo).

O Brasil imperial não era, pois, um caso completamente discrepante ou único de submissão judicial¹¹⁰. Havia um mecanismo,

¹¹⁰ Koerner (1998, p. 67-75) relata um dos casos em que a despeito da contrariedade da política governamental, não houve interferência

objeto de largos debates, que distinguia os diversos sistemas no mundo, qual seja, a existência ou não da carreira da magistratura e sua configuração nos lugares onde existia. Nos Estados Unidos o sistema de carreira nunca foi implantado. No sistema judiciário federal daquele país, o juiz é indicado *pro vita*, mas não há expectativa de ser “promovido”. O nomeado entra para uma posição que se reputa fixa e definitiva e não propriamente numa carreira aberta, que o levará necessária ou naturalmente a um tribunal superior. Nos Estados em que há eleições também não há qualquer expectativa de carreira, de sair de uma comarca (jurisdição) menor para uma maior. Se carreira existe aí, trata-se de uma carreira política, não burocrática. A promoção de um lugar menor, para um lugar maior, de uma instância inferior para uma instância superior, é típica da organização burocrática profissional. Este era o modelo francês.

Nesse ponto seguimos a tradição francesa, mesclada de elementos anglo-americanos. Os juízes gozavam de garantias constitucionais, mas sua administração, ingresso na carreira e vida funcional estavam totalmente nas mãos do Executivo (Ministro da Justiça e Imperador). O temperamento dessa forma de organizar o sistema vinha da presença dos jurados. A carreira aqui, porém, não era exclusiva, passando o magistrado (juiz municipal ou juiz de direito) para cargos legislativos e para cargos executivos (como o de Chefe de Polícia ou Presidente de Província) ao longo de sua vida sem ter que renunciar à magistratura. O sistema de incompatibilidades era inicialmente frá-

no julgamento. Esta, aliás, é a atitude comum e corriqueira no Conselho de Estado: sua reserva com relação aos casos submetidos à justiça. Nota-se que há realmente grande autonomia de julgamento. Como o acesso à carreira era controlado pelo governo, via Ministério da Justiça, é claro que havia uma possível tentativa de “orientação” do Poder Judiciário. No entanto, o que também se nota nos muitos casos é que os juízes envolvem-se frequentemente na política de esfera local (municipal ou provincial) e daí resultam inúmeros conflitos. O Conselho muitas vezes deve manifestar-se sobre tais conflitos, e aí sim o quadro das incompatibilidades e das suspensões pode ser revelador de quem está alinhado a quem.

gil¹¹¹, e pela Seção de Justiça passavam todas as questões concernentes à organização da carreira (provisão, promoção, remoção, suspensão, afastamento, incompatibilidade, suspeição e responsabilidade de juizes). A máquina judiciária administrava-se ouvindo a Seção de Justiça nos casos difíceis ou duvidosos. As províncias, após o Ato Adicional de 1834, obtiveram poderes para criar e desmembrar comarcas, o que não raro gerava conflitos com o governo geral (ou da União, como o chamavam alguns autores da época).

Deve-se lembrar também que em não poucos lugares os juizes municipais e os juizes de direito eram as autoridades civis exclusivas no território, já que as Câmaras Municipais haviam sido convertidas em 1828 em órgãos meramente administrativos, ou seja, sem autoridade, representação política ou funções judiciais. Os juizes viam-se, portanto, diante da necessidade de aplicar a lei em diversos casos como se fossem autoridades administrativas, nomeando os jurados (para compor os júris de pronúncia e sentença), os oficiais de justiça em geral (tanto os oficiais do foro — escrivães — quanto os oficiais de notas — tabeliães —, muito embora de modo geral tais ofícios existissem anexados uns aos outros), quando não o fazia o Presidente da Província, e participando de juntas de recurso nas disputas eleitorais (alistamento, validade das eleições, por exemplo). Com o Ato Adicional de 1834 e a respectiva lei de interpretação (em 1840) não eram poucos os casos de dúvidas quanto às distinções entre assuntos de competência geral (do governo ou do Legislativo) e de competência local (provincial). O Ato havia determinado em seus arts. 10 a 12 a esfera de autonomia local. Mesmo assim, havia a obrigação imposta ao presidente da Província de enviar anualmente todos os atos legislativos locais (art. 20 do Ato Adicional) para se-

¹¹¹ Diversas leis reformaram progressivamente o sistema, impedindo eleições de juizes nos seus próprios distritos, e mais tarde separando suas funções das atividades policiais. Embora na prática os juizes das instâncias superiores (desembargadores) se concentrassem nas tarefas da magistratura, tratava-se antes de uma prática do que de um impedimento legal determinado.

rem examinados pelo governo e pela Assembleia Geral quanto a sua conformidade com a Constituição. Na esfera do governo esse exame passava pelos ministros a quem o assunto tocava, que o enviava ao Conselho de Estado, nas suas respectivas seções conforme o objeto da legislação¹¹².

Além disso, mudanças na legislação (reforma do Código Criminal em 1841, leis especiais, como a lei penal de 1835 sobre escravos e a própria Lei Eusébio de Queirós de 1850) exigiram durante muito tempo a solução de conflitos de interpretação, o que explica boa parte das consultas em matéria processual penal.

Dada a necessidade de regulamentação das leis por decretos do governo, era comum também que os juizes consultassem o governo, via presidente de província, para esclarecer a aplicação dos decretos. Sob esse pretexto chegavam ao Conselho muitas consultas¹¹³. Como se verá a seguir, pela Seção de Justiça passaram 185 consultas vindas de juizes ou outros membros do Judiciário, e 192 consultas vindas de presidentes de províncias e outros administradores, num total de 377 consultas, equivalentes a 34% das questões vindas à Seção. Em resumo, um terço da atividade do Conselho provinha dessa função, dentro da qual se inseria a de exame constitucional dos atos provinciais e dos regulamentos das leis (ver capítulo seguinte). Tratava-se de perguntas sobre como entender e aplicar as normas.

Tudo isso processou-se pelo Conselho de Estado, antes que pelos tribunais judiciários (Relações e Supremo), em parte pelo

¹¹² A parte dos *Estudos práticos sobre a administração das províncias* publicada em dois volumes do Visconde do Uruguai terminou por concentrar-se justamente nas relações entre províncias e governo geral, tendo por base a interpretação do Ato Adicional de 1834.

¹¹³ Joaquim Nabuco narra como seu pai propôs que o governo pudesse interpretar a lei enquanto o Supremo Tribunal de Justiça não assumisse a tarefa (uma vez reformado o sistema recursal da *revista*). A prática de ouvir o Conselho sobre a interpretação da lei, porém, já vinha desde 1842, como constatei na leitura das consultas. Cf. Nabuco, 1997, p. 263-268.

já mencionado *defeito* de sistema (especialmente atribuído ao recurso de revista) que muitos reconheceram mas não conseguiram mudar, e em parte pelo desenho constitucional típico do século XIX que buscava, naquela altura, um árbitro neutro entre os três poderes reconhecidos de modo geral pelas constituições. Assim, tivemos no Império a convivência de um Conselho muito prestigiado política e juridicamente, um verdadeiro conselho de jurisconsultos, ao qual, porém, não se atribuiu nunca a função de interpretar autenticamente as leis. O Conselho de Estado foi considerado órgão consultivo, já que não deliberava propriamente¹¹⁴.

O Conselho mesmo e os doutrinadores negavam a tarefa de interpretação autêntica da lei. Ribas, por exemplo, em seu curso de direito civil, quando tratava da interpretação das leis, manifestava-se fundamentadamente contra o caráter autêntico das interpretações vindas de qualquer poder que não o Legislativo. O Legislativo interpretava autenticamente a lei, o Judiciário interpretava-a doutrinariamente, mas de forma autônoma e com força obrigatória para o caso concreto. O costume francês de o governo expedir avisos interpretando, depois que a Corte de Cassação tivesse anulado duas sentenças semelhantes sobre casos semelhantes, não poderia existir no Brasil pela fato de haver entre nós separação de poderes:

“Entre nós nenhuma lei existe, nem pode constitucionalmente existir que dê tal atribuição ao governo. (...) Sustentar o contrário é desconhecer a independência deste poder [o Judiciário] que a Constituição teve tanto empenho em assegurar” (Ribas, 1865, p. 276). O costume do governo de expedir avisos também não era aceitável, segundo o professor de São Paulo, embora “a ignorância de alguns juízes e a covardia de outros, que queriam por meio de consultas ao governo lançar de si a responsabilidade

¹¹⁴ Nestes termos, a afirmação de Koerner (1998, p. 43) de que o Conselho de Estado teve a atribuição de estabelecer a *interpretação autêntica* das leis não encontra fundamento legal no regime imperial, nem mesmo na autointerpretação do Conselho. Ele sempre reiterou o papel da Assembleia Geral neste particular.

das decisões” tentasse introduzir esse costume, barrado pela Circular de 7 de fevereiro de 1856 (Ribas, 1865, p. 278).

É no entanto questionável se deveria ter sido assim, tendo em vista tanto a legislação brasileira quanto o direito comparado. Não falo aqui da interpretação autêntica da lei (ou seja, com efeitos obrigatórios para todos os casos), mas da interpretação do caso concreto, do contencioso administrativo propriamente dito. De fato, houve pelo menos duas leis que pareciam dar ao Conselho funções deliberativas: *Lei Eusébio de Queirós* (Lei n. 581, de 4-9-1850), quanto à matéria de presas especiais de tráfico de escravos africanos, e a Lei n. 563, de 1850 (e o respectivo Decreto n. 2.343, de 1859), sobre o *Tribunal do Tesouro*. A primeira dizia em seu art. 8º que todos os apresamentos de navios e a liberdade dos escravos apreendidos seriam julgados em primeira instância pela Auditoria de Marinha e em segunda instância pelo Conselho de Estado. Suscitou-se então a dúvida, se o Conselho (e sua seção de justiça) seria considerado órgão de decisão, como a lei deixava entender. Alguns juristas entenderam que o Conselho neste caso deliberava e não apenas aconselhava o Imperador. O Conselho mesmo pode examinar sua capacidade e definir-se diante da lei. Na consulta de 28 de outubro de 1850 a Seção de Justiça manifestou-se pelo entendimento de que mesmo no caso da Lei Eusébio de Queirós a manifestação do Conselho era simplesmente opinativa/consultiva. O assunto foi então remetido ao Pleno, que em 14 de novembro de 1850 confirmou que o Conselho não era “convertido em tribunal” pelo fato de opinar na confirmação das sentenças do almirantado quanto às presas de navios negreiros. O Imperador conformou-se com a opinião, como o fazia na maioria dos casos¹¹⁵.

¹¹⁵ João Camilo de Oliveira Torres (1957, p. 194) divide as funções do Conselho, seguindo Pimenta Bueno, em consultivas (auxiliar do Executivo), contenciosas (tribunal administrativo supremo) e semicontenciosas (presas, conflitos de atribuição, conflitos de competência entre autoridades administrativas, abusos de poder eclesástico). Visto que o Conselho recusou sua função propriamente de tribunal, como veremos, não me valho dessa distinção. Mesmo nos

Nas matérias do Tesouro, já se haviam passado aos juízes ordinários (territoriais, dizia-se) todo contencioso que envolvesse a Fazenda Nacional. A lei de 4 de outubro de 1831 abolira o antigo Conselho de Fazenda, criando o Tribunal do Tesouro. A despeito do nome, o Tribunal do Tesouro era mais parecido com um tribunal de contas do que com um tribunal judicial, exatamente porque a matéria propriamente contenciosa fora transferida ao Judiciário comum, pelo art. 91 da lei. Sua função era primeiramente de fiscalizar e inspecionar quem arrecadasse receitas ou realizasse despesas públicas. Juízes comuns julgariam toda vez que a Fazenda se apresentasse como proprietária ou contratante. O Tribunal do Tesouro foi reformado em 1850 (Lei n. 563 e Decreto n. 736, de 1850), com funções deliberativas e consultivas. Em 1859 o Decreto n. 2.343 reconheceu às decisões do Tribunal "autoridade e força de sentença dos tribunais de justiça" (art. 25), ressaltando que poderiam "ser anuladas pelo Conselho de Estado nos casos de incompetência, excesso de poder e violação da lei ou de fórmulas essenciais" (art. 29). Os termos desse último artigo permitiram a interpretação de que o Conselho não decidia o caso, apenas cassava a decisão impugnada. Igualmente, o Decreto n. 1.911, de 1857, estabeleceu que era "só competente para conhecer dos recursos à Coroa¹¹⁶ o Conselho de Estado" (art. 3º) e seu art. 23 previa que a este cabia a decisão ("Decidido o recurso pelo Conselho de Estado, será por Aviso do Ministério da Justiça transmitida a resolução imperial ao juiz ou autoridade eclesiástica..."). Mesmo assim, o Conselho manteve sempre a interpretação de que deliberativa mesmo era a resolução do Imperador.

Embora se possa falar que o Conselho de Estado era onde desaguava o contencioso administrativo brasileiro, a questão era polêmica entre os contemporâneos. O Visconde do Uruguai não estava nada satisfeito com os modos do Conselho a esse respeito.

casos em que seria o "tribunal administrativo", o Conselho opinava sempre remetendo o caso ao Imperador.

¹¹⁶ A matéria eclesiástica foi mais tarde transferida para o Ministério do Império.

Segundo ele, o contencioso brasileiro estava restrito aos casos do Tesouro, pois a Lei n. 563, de 1850, e o Decreto n. 2.343, de 1859, haviam tentado organizar o contencioso no âmbito da Fazenda, simplesmente.

"A base que o nosso contencioso administrativo de Fazenda e das outras repartições tem em legislação diretamente emanada do corpo legislativo é insignificantiíssima. O contencioso administrativo que temos resulta, senão todo, quase todo de regulamentos do governo, feitos em virtude de autorizações do corpo legislativo, o qual nem sequer deu para isso as bases convenientes" (Visconde do Uruguai, 1862, p. 153).

Tirante o Tesouro, nos outros ministérios o contencioso era "um verdadeiro caos, no qual ainda não penetrou um só raio de luz" (Visconde do Uruguai, 1862, p. 157). Mais ainda, denunciava que os ministros deixavam de ouvir o Conselho, reinava a indistinção entre o gracioso e o contencioso e disso resultava que "nossa Administração é absoluta" (Visconde do Uruguai, 1862, p. 160).

Defensor da constitucionalidade do contencioso, Henrique do Rego Barros achava que o Conselho não era o tribunal de última instância da justiça administrativa. Para ele, o recurso ao Conselho de Estado na órbita da administração era um recurso especialíssimo, pelo qual "a missão da jurisdição administrativa superior não é mais aquela que lhe pertence quando ela estatui sobre o contencioso administrativo propriamente dito, ela já não pode reformar a decisão proferida, compete-lhe apenas verificar se o administrador circunscreveu-se nos limites de seu poder" (Rego Barros, 1874, p. 478). Daí, para ele, o recurso ao Conselho ser semelhante ao recurso de revista, pelo qual o Supremo cassava ou anulava a decisão inferior, mas não se substituía ao juízo apelado. Reconhecia que o Conselho supervisionava a administração porque possuía esse poder de cassação, pelo qual ouvia queixas sobre o excesso de poder. Embora descrevendo assim o sistema, também ele considerava a solução insatisfatória, por vários motivos, começando pelo fato de o ministro autor da decisão ter assento, embora sem voz, na reunião da Seção e, mais ainda, porque na sua opinião quem já decidira uma vez num sentido,

estava sempre inclinado a permanecer no mesmo entendimento. O melhor seria, segundo ele, que a decisão fosse remetida a outro ministro, pelo menos.

Quando a discussão sobre a existência do contencioso administrativo intensificou-se, a partir de um primeiro voto explícito de Nabuco a respeito da constitucionalidade dos poderes dos presidentes de província suspenderem provisoriamente o andamento de causas judiciais (na consulta de 5 de setembro de 1872)¹¹⁷, o Conselho teve a oportunidade de reafirmar sua doutrina: mesmo nos casos de conflito de jurisdição, apenas opinava, pois a decisão, a seu juízo, era de quem detinha o Poder Moderador, ou seja, do Imperador mesmo na função de *poder neutro*, que resolvia afinal a disputa entre os dois poderes¹¹⁸.

¹¹⁷ O caso procedia da Província do Pará e opunha o presidente da província ao Cônego Antônio Feliciano de Souza. Lei provincial havia autorizado subvenções financeiras a quem organizasse colégios, o que o cônego resolvera fazer. O presidente da província primeiro concedeu e depois retirou a subvenção, o que levou o cônego a processar judicialmente a província. O caso estava já na pauta da Relação de São Luís, quando o presidente da província suscitou o conflito. Nabuco, em voto dissidente, começou a partir daí a afirmar a incompatibilidade do contencioso com a Constituição Imperial (art. 179, § 12). A maioria (Jaguari e Niterói) entendeu que o contencioso existia perfeitamente e que no caso o conflito procedia, pois se tratava de matéria administrativa. A decisão da maioria foi respeitada pelo Imperador. Vale a pena lembrar que esta primeira manifestação de Nabuco (nas consultas impressas) é posterior à lei francesa de 24 de maio de 1872 que havia reorganizado o Conselho francês, separando com nitidez e dando garantias específicas à jurisdição administrativa, enquanto estabelecia um Tribunal de Conflitos, acima do Conselho de Estado e do Tribunal de Cassação, para decidir os conflitos entre jurisdição administrativa e jurisdição judiciária.

¹¹⁸ Tem certa razão João Camilo de Oliveira Torres quando diz que o Moderador legalmente continuou sempre exclusivo do Imperador, mas de fato "deixara de ser um poder pessoal do monarca, pois o seu exercício se fazia na base das consultas do Conselho" (1957, p. 193). O fato, porém, de ficar sempre reservado ao Imperador continuava sendo uma espécie de espada de Dâmocles: o golpe sobre o

Aparentemente o contencioso administrativo estava definido no Decreto n. 124, de 5-2-1842 (arts. 24 a 41). Na sessão legislativa de 1828 tivera lugar um longo debate no Senado a respeito do tema dos conflitos de jurisdição (ou atribuição). Quando se discutia a lei orgânica do Supremo Tribunal de Justiça, Carneiro de Campos queria que todos os conflitos de jurisdição envolvendo autoridades de distintos poderes fosse levado ao Supremo, enquanto a maioria entendeu que só os conflitos internos ao Judiciário seriam ali julgados. Esse entendimento, não necessariamente derivado da própria letra da Constituição, exigiu então que o assunto fosse dado ao Moderador. Como já foi mencionado acima, havia um contencioso no Tesouro Nacional, um contencioso da Lei Eusébio de Queirós, e a disciplina do Recurso à Coroa (Decreto n. 1.191, de 28-3-1857) que atribuía competência exclusiva ao Conselho de Estado para conhecê-lo (art. 3º). O Conselho, como dito, pareceu inclinar-se à ideia de que era apenas consultivo. Naturalmente isto pode ser tributado ao fato de os juristas, mesmo os conservadores que serviam no Conselho, serem obrigados a reconhecer que não eram um dos poderes constitucionais, e que o Ato Adicional de 1834 o havia retirado do número de órgãos do Estado mencionados na Constituição. Tinham consciência de que o Conselho era criação legal, não constitucional, de modo que formalmente deveriam restringir suas atribuições. Apesar disto vale notar que no seu funcionamento efetivo o *Imperador confirmou 84% das opiniões (741 consultas) da Seção de Justiça expressas por unanimidade ou por maioria*. Remeteu apenas 2,2% delas (20 consultas) a uma segunda opinião no Conselho Pleno, e decidiu a questão a favor de votos/opiniões minoritárias em 3,9% dos casos (35 consultas)¹¹⁹.

ministério Zacharias é exemplar disso, ou seja, de que as instituições poderiam ser bastante frágeis: na maioria das vezes D. Pedro II acatou a opinião do Conselho. Nas mãos de outra personalidade (como, aliás, fora o seu pai) estaria o Império salvo do arbítrio?

¹¹⁹ Foram decididas 880 consultas. Restam 222 consultas não resolvidas ou cuja resolução não foi encontrada pelos editores das coleções, como eles mesmos advertem. Não foi possível realmente loca-

A partir da década de 1870 o Conselheiro Nabuco de Araújo insistiu diversas vezes na inexistência do contencioso administrativo, pelo menos na forma como fora regulado no Brasil. Para ele, atribuir-se ao presidente de província o poder de sustar o andamento de um feito judicial implicava violação da separação de poderes. Encontram-se diversos votos seus divergindo de seus pares, já que a maioria manteve posição favorável à existência do contencioso administrativo. Em certas ocasiões, observada a natureza do caso, o Imperador contrariou a maioria, apoiando a posição de Nabuco (é o que acontece na Resolução imperial de 4 de dezembro de 1875, arbitrando o conflito a favor da Câmara de Porto Alegre).

2.5 Experiências comparadas — Conselho de Estado como sobrevivência do Antigo Regime (o governo por conselhos) e como instrumento do governo misto

Debates sobre a conveniência ou não de existir um Conselho de Estado e de lhe fornecer algum papel relevante e de protagonismo jurídico político ligam-se diretamente à forma de governar e produzir direito no Antigo Regime.

Quando os poderes de fazer as leis, aplicá-las e, de maneira geral, interpretá-las nos casos contenciosos se tornaram “independentes”, isto é, passaram a residir privativamente em diferentes órgãos do Estado, colocou-se novamente o problema da interpretação autêntica. Como proceder? Um poder poderia consultar o outro? Os juizes, transformados em agentes autônomos, e a lei, transformada em fonte por excelência, permitiriam ainda que se chamassem os jurisconsultos para resolver a questão para as cortes e juízos? As respostas foram variadas. Na tradição de *common law*, herdada pelos Estados Unidos, não houve maior problema, visto que a existência do *stare decisis* não foi posta em

liza-las no Arquivo Nacional, pois a resolução era dada pelo Imperador ao lado mesmo do pedido. Quando não está no pedido, os livros de registro também não a mencionam e não mencionam o paradeiro da consulta.

dúvida. Ao desempenharem suas atividades os tribunais seguiam os precedentes das cortes superiores e os precedentes valiam sempre como *lei*. As cortes federais tomariam a Constituição como uma lei a mais, cuja aplicação estava a seu cargo e cuja superioridade em relação às outras leis não era um problema maior do ponto de vista do juízo, pois em toda a tradição jurídica se conheciam leis superiores ou leis gerais que se aplicavam junto a leis inferiores ou particulares.

Em França o caminho foi outro. Insistiu-se no limite ao poder de interpretar, de modo que nos casos difíceis, deveriam os tribunais suspender a apreciação do caso e remetê-lo ao Legislativo, referi-los ao poder capaz de fazer as leis. Essa solução ficou conhecida como *référé législatif* (*levado ao legislativo*). A solução valeu entre 1790 e 1837. O caso em que houvesse erro de aplicação da lei era submetido ao Tribunal da Cassação, cuja tarefa era cassar, isto é, anular a decisão contrária à lei, e encaminhar o caso a outro tribunal¹²⁰. Se esse também contrariasse a lei, o assunto seria então levado ao Legislativo. O Tribunal da Cassação não decidia o caso, apenas anulava a decisão, daí seu nome. A solução, no fundo, não era nova: no direito do Antigo Regime também se fazia assim e o príncipe (monarca, soberano) era consultado pelos tribunais em caso de dificuldade. Com o passar do tempo, aplicou-se na França a distinção entre *interpretação concreta* e *interpretação abstrata* (chamadas entre nós de interpretação especial e interpretação geral, respectivamente). A primeira seria aceitável para os juízos judiciais, a segunda não. Em 1837 ao Tribunal da Cassação foi reconhecida por lei a capacidade para solucionar ele mesmo o caso, de modo que sua atribuição já não seria apenas de cassar a decisão errada, mas também a de substituí-la, encarregando-se da uniformização da interpretação (Royer, 2001).

¹²⁰ Havia uma cassação no Antigo Regime, embora a decisão competisse ao Rei em Conselho. Segundo Olivier-Martin, o instituto desenvolveu-se e consolidou-se na segunda metade do século XVII como meio de reação do rei à falta de aplicação ou à interpretação incorreta de suas leis. O assunto é tratado extensamente em Olivier-Martin (1988, p. 361 e s.).

No Brasil oitocentista a Constituição de 1824 não foi totalmente exótica, conferindo ao Supremo Tribunal de Justiça tarefa muito semelhante à da Cassação francesa, pois o antigo recurso de revista (previsto nas Ordenações) era sua principal atribuição recursal. Pelo sistema da revista, o Supremo controlava o desempenho dos tribunais inferiores (Relações) mas não podia ele mesmo decidir a questão. Ao contrário do que se passou em França, onde o modelo foi reformado em 1837, entre nós vigorou até o fim do regime monárquico (1890)¹²¹.

O mais curioso, porém, no Brasil oitocentista é a atividade do Conselho de Estado. O Conselho funcionava por seções: Justiça e estrangeiros, Império, Guerra e Fazenda. A maior parte da atividade do Conselho desenvolvia-se nessas seções e nelas esse órgão, originalmente criado como auxiliar do Poder Moderador, desenvolveu extensa atividade interpretativa das leis. E o fez de variadas formas, sendo que uma das mais curiosas era a resposta que dava a dúvidas vindas do próprio sistema judiciário, especialmente dos juízes de comarca (juízes de direito) e juízes municipais.

Foram localizadas 1.102 consultas da Seção de Justiça publicadas, sem que se possa dizer se elas compõem o total de consultas levadas ao Ministério da Justiça. Destas, 185 provinham do Judiciário, ou seja, 16% do total. Vindas de administradores, isto é, de agentes do Executivo encarregados de decidir nas localidades (províncias, municípios) casos concretos, temos 193, ou seja, 17,5% do total. De modo que somadas as dúvidas na interpretação da lei (ou do regulamento) aos casos concretos, temos 33,5% de todas as consultas. Isto significa que um terço do tempo da Seção de Justiça foi dedicado à interpretação concreta da lei, ou, mais especificamente, à interpretação da lei provocada por casos concretos.

¹²¹ Curiosamente, quando a Constituição republicana de 1890 deu ao Supremo Tribunal Federal o poder de receber recursos de decisões que não houvessem aplicado a Constituição adequadamente (o controle difuso), vários juristas chamavam esse recurso *extraordinário de revista*. Era o caso de João Mendes e Castro Nunes.

Isto porque ao examinar tais casos, o Conselho poderia tomar diversas decisões, ou, melhor dito, sugestões de decisão, já que a decisão propriamente dita (*a resolução da consulta*) competia ao Imperador. Em primeiro lugar, poderia pura e simplesmente responder à pergunta ou à dúvida do juiz ou administrador. Em segundo lugar, poderia não respondê-la e insistir em que ele mesmo tomasse a decisão, caso o Conselho considerasse a lei suficientemente clara. Em terceiro lugar, poderia sugerir ao Imperador a edição de um decreto regulamentador. Em quarto lugar, poderia sugerir à Assembleia Geral a edição de uma lei interpretativa ou declaratória. Em quinto lugar, poderia reconhecer que a matéria não estava adequadamente tratada (isto é, que a aplicação da lei ou era difícil ou trazia consequências indesejadas ou indesejáveis) e sugerir ao Legislativo edição de nova lei sobre o assunto. Essas são as atitudes que encontramos em todos esses casos.

As respostas do Conselho variaram muito e um dos objetos da atual investigação é traçar-lhes o perfil no próximo capítulo. A título de exemplo gostaria de destacar duas consultas apenas. A primeira é de 29 de outubro de 1844 e ilustra bem o caso de omissão da lei e da potencial confusão entre justiça e governo. O juiz de órfãos de Santo Antão, na província de Pernambuco, viu-se às voltas com as rendas de umas terras indígenas. Não sabendo como aplicá-las, pediu instruções ao presidente da província, que remeteu o assunto ao Ministro da Fazenda e este, por sua vez, mandou-o ao Ministro da Justiça, o qual finalmente submeteu o assunto à respectiva Seção. Os conselheiros constataram que não havia lei sobre o assunto: a matéria vinha sendo regida desde o período pré-independência por ordens dos Vice-Reis. Falando mais propriamente, constataram que as terras da aldeia haviam sido doadas por sesmarias aos índios coletivamente. Pela doação, as terras não poderiam ser vendidas ou arrendadas, pois destinavam-se exclusivamente ao uso dos nativos beneficiários. No entanto, relatam eles, os índios viam-se diante de nova situação: os juízes conservadores (dos índios) não cuidaram de seus interesses, alguns dos membros da comunidade haviam sido recrutados para servirem à Marinha, outros deram-se à embriaguez. Para

evitar a total perda das terras, que eram compradas a preço vil pelos brasileiros e portugueses brancos, passou-se a tolerar que fossem arrendadas, de modo que os indígenas tivessem pelo menos o rendimento das terras, ainda que não seu cultivo. Era o último remédio contra a perda total e a usurpação pura e simples, ficando eles com um certo rendimento. Tudo isto, porém, diz a Seção, sem que houvesse lei a respeito e sem que até aquele momento houvesse no Império uma lei geral (isto é, nacional) a respeito das terras, de sua discriminação e propriedade. Diante dessa situação, que eles chamam de ausência de lei, sentem-se perfeitamente à vontade para dizer diretamente ao juiz o que fazer. Respondem à dúvida e devolvem o processo ao termo de origem. O Imperador aceita a decisão da consulta.

O que significa esta decisão? Que se reconhecia a inexistência de lei, ou seja, que o sistema estava incompleto. E é hoje fácil de ver por que o sistema está incompleto: falta-lhe uma legislação nacional e moderna a respeito da propriedade. Tudo o que se fazia antes (concessão de sesmarias, simples apossamento) parecia incompatível com o novo sistema social e constitucional. Nesse caso, pode o Conselho opinar.

Outra decisão, tomada anos mais tarde, em 14 de novembro de 1855, revela outro caso de grande interesse. O Tribunal da Relação da Bahia concedera *habeas corpus* a um réu que cumpria pena por sentença transitada em julgado (sentença de primeira instância de um juiz municipal, confirmada em apelação por um juiz de direito). O juiz de direito, cuja sentença fora afetada pelo *habeas corpus*, queixou-se ao presidente da província, que remeteu o assunto ao Ministro da Justiça, e este, como era costume, encaminhou-a ao Conselho de Estado. Substancialmente, o Conselho apoiou o juiz de direito, contra a decisão do Tribunal da Bahia. Reconheceu, contudo, que haveria algum argumento a favor da concessão do *habeas corpus* e passou então a sugerir medidas para evitar a confusão de opiniões no foro. A primeira delas é bastante tradicional: que o assunto fosse remetido ao Legislativo, para declarar a lei — no caso, para definir se a injustiça do processo gerava a injustiça da sentença, *ipso facto*, e, portanto, a possibilidade de sua correção por *habeas corpus*. A

segunda sugestão, que gerou enorme polêmica e foi levada ao Conselho Pleno, dizia que, em caso de controvérsia no foro, o governo ouvisse o Supremo e as Relações e por maioria de opiniões “introduzisse uma interpretação com a força dos antigos assentos da Casa de Suplicação”. A terceira, ainda mais polêmica, sugeria que nos casos urgentes o governo deliberasse ouvindo apenas o Supremo, e que esse procedimento fosse definido em lei. A reação da maioria do Conselho Pleno foi contrária a tais sugestões sobretudo porque o poder de interpretar as leis, visto ser o mesmo poder de fazer as leis, não poderia ser delegado pela Assembleia Geral. Caetano Maria Lopes Gama, o Visconde de Maranguape, foi enfático:

“Esta interpretação não pode, sem subversão dos princípios constitutivos de nosso Direito Público, pertencer a outro poder que não seja o Legislativo, cabendo a interpretação doutrinal inteira e necessariamente ao Magistrado na aplicação da lei ao fato, e é por isso que os Assentos são vedados aos nossos Tribunais de Justiça”.

No curso dos debates, o Visconde de Itaboraí, conhecido prócer dos conservadores, propôs que se repreendesse o Tribunal da Bahia e que fosse responsabilizado. A esta proposta, respondeu Eusébio de Queirós, formando também nas fileiras Saquarema, que ninguém mais aceitaria ser juiz se os magistrados fossem responsabilizados pela sua maneira de interpretar as leis quando tivessem de aplicá-las.

Em resumo, como se vê, quando o sistema novecentista entra na sua fase áurea no Brasil, ou seja, passadas as vacilações da Regência e consolidado o regime (depois do famoso Gabinete da Conciliação), a divergência de interpretações parece inevitável, mas para os estadistas de então, é um preço a pagar para, de um lado, não misturar governo e justiça, e, de outro, não abrir as portas do controle direto das decisões judiciais pelo poder político.

Como se sabe, anos mais tarde, em 1875 (Decreto n. 2.684, de 23-10-1875), aprovou-se uma lei que deu ao Supremo o poder de tomar assentos, mas segundo os comentários dos contemporâneos, a lei ficou letra morta.

Entretanto, estabeleceu-se uma prática quase regular de os juízes e tribunais consultarem o governo, isto é, o Ministério da Justiça, em caso de dúvidas na aplicação das leis. Podem ser explicadas tais atitudes de diversas formas. Uma delas, justamente porque devido à nossa semelhança e proximidade com o sistema constitucional das monarquias europeias, nem sempre o Judiciário era considerado um poder de Estado, sendo às vezes referido apenas como um departamento ou ramo. Os juízes facilmente percebiam-se como servidores do governo e por algum cargo de magistratura começavam uma carreira pública que não terminava necessariamente dentro da própria magistratura. Essa prática foi muitas vezes rechaçada pelo próprio Conselho de Estado. Algumas consultas, que devolvem o assunto ao próprio juiz que consultou, contêm mesmo verdadeiras lições a respeito do sistema de separação de poderes. Alguns juízes talvez quisessem fazer-se notar aos ministros, outros talvez fossem tímidos, e alguns foram mesmo acusados de covardia.

Os conselhos haviam adquirido ao longo do absolutismo uma função que antes pertencera às cortes e Estados gerais. Segundo a documentação coligida por Barbas Homem para o caso de Portugal, os teóricos do novo poder soberano diziam expressamente que o Reino, “em falta de Cortes, se representa nos Conselhos e Tribunais” (2003, p. 88 e s.). O costume se espalhou por toda a parte. A Inglaterra virou uma solução especial para isto, dando ao Parlamento uma função especial na administração do reino, separando uma câmara de lordes. Em França, a solução foi diferente, visto que na revolução conhecida como *Fronde* o rei saiu-se militarmente vitorioso, ao contrário do que se passara nas Ilhas Britânicas, embora o grande tribunal do Parlamento de Paris continuasse a se apresentar como o guardião das leis fundamentais e toda ordenança do rei dependesse de seu reconhecimento.

Ocupando lugar paralelo e de destaque dentro dos grandes conselhos dos reis surgiram em toda parte os senados e grandes tribunais. Ascheri os divide em duas grandes categorias, conforme seus membros fossem vitalícios ou não. De um lado, havia os grandes tribunais, normalmente ocupados por juristas de renome e carreira, mas ocupantes temporários dos cargos. De outro lado,

havia os grandes tribunais vitalícios, ditos *senados*. Como seus membros eram vitalícios, justificava-se seu nome romano (*senatus*), que lembrava um conselho de sábios cuja pertença era dada por um estado perpétuo. Convertiam-se em cortes soberanas, que nem sempre motivavam suas decisões. Na Inglaterra esse corpo vitalício formou a Câmara dos Lordes. Na França, foram os parlamentos, especialmente o Parlamento de Paris. Veja-se, por exemplo, como o Parlamento de Paris era tratado como um verdadeiro senado e como controlava também o processo de interpretação das leis.

De fato, o *Parlamento de Paris*, o grande tribunal da França, considerava-se competente não apenas para registrar as ordenações do rei e verificar-lhes a conformidade com as leis fundamentais, mas também de estabelecer *arrêts de règlement*, estabelecendo de maneira geral de forma quase legislativa (Royer, 2001, p. 278). Esse poder crescera ao ponto de rebelião no século XVI e começo do século XVII, segundo Olivier (1988, p. 287)¹²². Entretanto, ao longo do século XVIII era conhecido o mesmo sistema que havia em quase toda parte. E por força da ordenação de 1667 havia em França uma regra semelhante à existente em Portugal e já comentada antes (Ordenações Filipinas, L.I, T. 5, § 5). No caso concreto, os tribunais poderiam sim interpretar a lei e aplicá-la. Era-lhes, porém, proibido interpretá-las se “sobreviesse uma dúvida ou dificuldade”. O assunto seria remetido ao Conselho do Rei para sondar-lhe as intenções, podendo o Conselho casar as decisões tidas por erradas (Olivier, 1988, p. 362-363)¹²³.

¹²² Relatando os conflitos de 1648, a respeito de taxas impostas sobre os serviços públicos, Olivier comenta: “Assim, da simples verificação de uma lei a respeito de um estado particular de seus oficiais, o Parlamento [de Paris] passara a uma federação de cortes soberanas, à reforma do Estado, à aberta rebelião contra o rei, à guerra civil”. Era o início da *Fronde*. Com a subida ao trono do rei em 1661, finda a regência, o Parlamento foi outra vez submetido.

¹²³ Gény (1919, p. 79-82) traça um histórico do recurso de cassação para o tribunal criado em 1790, comparando-o e distinguindo-o justamente do antigo recurso ao rei, comentado por Olivier. Este último, dirigido ao Conselho privado do rei, tinha o caráter de via ex-

Na Itália, o *Senado de Milão* gozava de grande prestígio e importância, assim como os do *Piemonte* e *Nápoles* (cf. Ascheri, 2008, p. 129-154)¹²⁴.

A Casa da Suplicação em Portugal e o Desembargo do Paço cumpriram funções dessa natureza, conforme se lê em Pegas e Melo Freire, também já comentados no capítulo anterior. Não é por acaso, portanto, que Pegas e Melo Freire referem-se aos desembargadores portugueses, tanto os do Desembargo do Paço (*Palatii suprema curia*) quanto os da Casa da Suplicação (*Supplicationis domus*), como senadores (*senatores*). Desembargadores tinham assentos nos diversos tribunais (*juridici conventus*) e decidiam coletivamente como verdadeiros senadores. Nos outros tribunais menores, não eram ditos desembargadores mas propriamente deputados (*deputati proprie adpellantur*), especialmente porque em vários casos eram eleitos ou indicados pelos que compunham a respectiva corporação (câmaras municipais com seus *juizes ordinários*, corporações de ofícios, profissões ou ordens com seus respectivos *conservadores*)¹²⁵.

cepcional e “exorbitante” com o único propósito de fazer valer as *ordenações* régias. O recurso de cassação, para Géný, era um meio frequente e ordinariamente previsto, cujo propósito era a vigilância sobre o aparelho judiciário de que se pretendia dotar a França num futuro próximo.

¹²⁴ A grande resistência à codificação e especialmente ao novo sistema de fontes dos códigos pós-revolucionários do início do século XIX vieram, em algumas partes, justamente do temor dos membros dos grandes tribunais e senados de verem suas prerrogativas limitadas. Assim é que Sciumé (2002, p. 98-105) entende, pelo menos em parte, a oposição ocorrida no Piemonte. Ali, o projeto modernizador da codificação era visto com suspeita pelos magistrados habituados ao *direito comum* não só por interesse de corpo, como também por temor ao novo e desconhecido. A magistratura *senatorial* piemontesa teve plena consciência do caráter constitucional que o título preliminar do código em preparação representava, título sobre as leis e sua interpretação.

¹²⁵ Melo Freire (1859, p. 19), Inst. T. II, § II: “Judicia in Lusitania singuli magistratus exercent vel seorsim, quemadmodum judices Ordinarii, Extranei, Praetores, Provisores, cet.; vel una cum Collegis

Durante os anos de crise final do Antigo Regime e de ascensão da doutrina de separação de poderes em nome do moderno e nascente constitucionalismo, a presença de um conselho do rei pareceu a alguns como sobrevivência típica de uma forma de governo que desaparecera (a monarquia administrativa), a outros, no entanto, surgia como instrumento indispensável para o equilíbrio dos poderes e do governo misto (a monarquia constitucional).

A experiência mais marcante no âmbito europeu de início do século XIX foi a francesa, com todas suas marchas e contramarchas¹²⁶. A história moderna do Conselho de Estado no constitucionalismo e o debate a que esteve sujeito, em nenhuma parte é tão central quanto em França. Ali ele surge como remédio às tentativas da “ordem judiciária” interferir nos governos e assembleias revolucionários. Sua forma acabada vem durante o consulado e ele termina por se associar à pessoa e ao regime de Napoleão (Pacteau, 2002, p. 65). Contra um corpo de juizes vindos do Antigo Regime, a Revolução havia tentado impor controles mais rígidos, valendo-se tanto das leis quanto de uma doutrina mais clara que distinguia os casos de *interpretação concreta*, permitida aos tribunais, dos casos de uma *interpretação abstrata*, que seria obrigatoriamente levada ao corpo legislativo¹²⁷.

suis, uti Senatores, id est, *desembargadores*; quo nomine eos amplissimos viros tantum intelligimus, ex quibus Juridici Conventus, et Palatii Curia constant; naquam qui in aliis Conventibus et Tribunalibus adsistunt Deputati proprie adpellantur”.

¹²⁶ Além de seu texto clássico, *Ensaio de direito administrativo*, já como conselheiro, em 1854, Paulino José Soares de Souza escrevia em voto como nosso sistema era copiado do francês: “A organização do nosso Conselho de Estado foi tirada da França, e na França o conhecimento dos recursos dos abusos das autoridades eclesiásticas é da exclusiva competência do Conselho de Estado...” (voto na sessão de 10 de abril de 1854, sobre um pedido do Imperador de interpretação da lei que criara o Conselho de Estado, in Carotá, 1884, v. 1, p. 467).

¹²⁷ Quando a mesma questão surgisse diversas vezes perante o Tribunal de Cassação, este seria *tenu d'en référer au corps législatif* (Royer, 2001, p. 279).

O Conselho francês nascera da Constituição de 13 de dezembro de 1799 (art. 52): “Sob a direção dos cônsules, um Conselho de Estado é encarregado de redigir os projetos de lei e os regulamentos da administração pública e de resolver as dificuldades surgidas em matéria administrativa”. Para garantir a autonomia dos poderes constitucionais, o art. 75 dizia: “Os agentes do governo, que não os ministros, não podem ser processados por fatos relativos a suas funções senão por decisão do Conselho de Estado no caso; o processo terá lugar nos tribunais ordinários”. No regulamento de 26 de dezembro de 1799, o art. 1º deu ao Conselho poderes de interpretação das leis (alínea 11): “O Conselho de Estado explicita o sentido das leis, sob consulta (*renvoi*) feita pelos cônsules das questões que lhes sejam presentes. Ele se pronuncia, em tais consultas: 1 — sobre os conflitos que possam surgir entre a administração e os tribunais; 2 — sobre os casos contenciosos cuja decisão tenha sido enviada anteriormente aos ministros”. Está aí o modelo de grande sucesso. A Constituição napoleônica e a Carta da monarquia restaurada mantiveram em funcionamento um Conselho de Estado que aos poucos firmou-se como instância relevante na vida jurídica e política. Essa foi sem dúvida a fórmula de equilíbrio que sobreviveu.

Não sendo mencionado na Carta de 1814, sobreviveu sempre à mercê dos ataques sobretudo dos liberais. Pelo fato de não ser expressamente mencionado, colocavam em dúvida se um órgão de tanta importância e poder poderia legitimamente existir sem figurar nos termos do acordo político fundamental. Por parte dos liberais era percebido como desnecessário. No regime imperial, ou absoluto, era compreensível sua função, pois ali teria a função de “esclarecer o rei em sua atuação”, mas no regime propriamente parlamentar “um tal Conselho político era inútil e nefasto”. Essas foram as palavras de um partidário de sua extinção no início da Terceira República, o deputado Raudot (Royer, 2001, p. 589). Tratava-se, porém, de queixa generalizada contra o Conselho, cuja existência se arrastava desde os tempos do primeiro Napoleão. Os liberais eram-lhe hostis pelo seu caráter de detentor de uma *justiça retida*, administrada pelo próprio rei.

Sua reforma mais importante deu-se em 1872 (Lei de 24 de maio) — ao instaurar-se a Terceira República — quando o Conselho de Estado deixou de ser órgão do poder real — de *justiça retida ou reservada* (*justice retenue*) do próprio rei — e passou a órgão autônomo, de uma *justiça delegada* (*justice déléguée*), ou seja, própria. Pela reforma de 1872 ele foi “batizado” pela República e ganhou fôlego para viver até hoje. Foi a partir de então considerado uma jurisdição independente, dentro da ordem administrativa (Royer, 2001, p. 591). Ficaram a seu cargo duas competências claras: a) decidir de forma contenciosa, com todas as garantias do processo ordinário, os casos entre particulares e a Administração; e b) tomar conhecimento dos casos de abuso ou excesso de poder das autoridades administrativas. Quando houvesse dúvidas sobre a competência ou jurisdição (se do Conselho ou dos tribunais judiciais), o assunto seria resolvido por outro órgão, o *Tribunal de Conflitos*.

Assim, ao longo do século XIX, desde a Restauração, sua existência não foi facilmente aceita. Tanto foi reformado quanto sofreu tentativas de supressão pura e simples. De toda sorte, o modelo francês teve impacto geral. A Restauração deu, a meu ver, o ambiente em que o constitucionalismo brasileiro se afirmou e desenvolveu, e nele a ideia de Benjamin Constant foi marcante, como solução possível à instabilidade plebiscitária que um modelo mais exclusivamente majoritário e democrático parecia provocar¹²⁸.

A historiografia jurídica italiana aponta a experiência do Reino dos Savióia como a origem do Conselho de Estado da unificação (cf. Vidari, 2007, p. 177¹²⁹; Notari, 2008, p. 49-72). Primeiramente, no Reino do Piemonte o Conselho de Estado foi estabelecido em 1831, em estratégia reformista, inspirada longin-

¹²⁸ Maurizio Fioravanti (2001) afirma de forma sintética e exemplar que os liberais do século XIX buscaram de maneira quase obsessiva a estabilidade, ambiente no qual vingou a doutrina do governo moderado ou misto.

¹²⁹ Segundo Vidari (2007, p. 177), é inegável que diversas características do órgão do Piemonte foram transmitidas, com grandes modificações é certo, à Constituição republicana da Itália de 1948.

quamente nas sugestões de Metternich. A ideia era conceder alguma participação no governo a certos grupos não perigosos, evitando-se, porém, a representação popular radical e pura. O Conselho de Estado consultivo opinaria em diversas matérias, aparentando que o rei decidiria depois de ouvir algumas vozes do “povo”. O Conselho daria consultas de caráter principalmente técnico. Para Notari, até a crise revolucionária de 1848 (a *primavera dos povos*), os liberais italianos pediam aos respectivos soberanos dos diversos Estados peninsulares Conselhos semelhantes. Para Vidari, essa forma de monarquia com Conselho de Estado, “monarquia administrativa” e “monarquia consultiva”, significava, de um lado, um aprimoramento da monarquia absoluta compatível com a linha do reformismo ilustrado e, de outro, uma resposta às críticas feitas ao *Ancien Régime* e às instâncias de constitucionalismo baseado na representação eleitoral.

A Itália unificada houve-se também com a questão de um organismo minimamente isento para julgar o governo, não de forma propriamente política, mas de modo jurídico. Em primeiro lugar, pensou-se no Conselho de Estado, nos mesmos moldes do sistema francês. Tentando regular de forma nacional os diversos regimes administrativos existentes nos Estados pré-unitários, aprovou-se a lei (em 1865) de juízo único, juízo ordinário, autorizado a conhecer todas as controvérsias sobre direitos dos cidadãos, embora mantendo um Conselho de Estado para questões meramente administrativas. A lei de 20 de março de 1865 definiu que as questões de direito seriam decididas pelos tribunais ordinários. De acordo com Mannori e Sordi (2003, p. 330-331), o contencioso administrativo foi “rejeitado (...) como ‘máscara de justiça’ e ‘instrumento de despotismo’”. A lei de 1865 foi completada por uma outra, em 1877, atribuindo à Corte de Cassação recém-estabelecida em Roma a solução dos conflitos de atribuição entre administração e justiça. O sistema foi porém excessivamente plástico e débil, segundo Mannori e Sordi (2003, p. 333), pois os juízes ordinários não aprofundavam o controle da legalidade dos atos administrativos, dando a impressão de que o sistema de garantias estava incompleto. Como resultado, foi introduzida em 1889 uma *Quarta Seção* no Conselho de Estado. A ela foram

atribuídos os “recursos em casos de incompetência, excesso de poder e violação de lei por atos e providências administrativas” (Mannori e Sordi, 2003, p. 337)¹³⁰. Ele teve, pois, a tarefa de tomar conhecimento dos abusos e excessos de poder contra os interesses dos administrados. Na expressão de Mannori e Sordi (2003, p. 335), foi a consagração da teoria do *Rechtsstaat* dos alemães, que por definição abria mão de uma tutela institucionalizada dos direitos dos cidadãos, pondo em primeiro lugar a proteção da ordem e da autoridade do Poder Executivo.

O século XIX na Alemanha foi também o século da justiça administrativa em particular. A progressiva definição de um Estado de Direito (*Rechtsstaat*) fez-se com a procedimentalização da justiça administrativa. Não se submetendo aos tribunais comuns, a administração e burocracia públicas foram limitadas por regras a lhes impor fórmulas e procedimentos controlados por tribunais administrativos. Stolleis (1992, p. 117) afirma que o tema da justiça era um tema central na medida mesma em que a pergunta por quem julgará (*quis iudicabit*) era decisiva para a unificação da sociedade burguesa. A bandeira dos liberais da Assembleia de 1848, conduzidos por Carl Wilhelm Wippermann, conseguiu impor-se na Constituição tentada em Francoforte. O § 182 impunha o fim da prerrogativa administrativa e determinava que “toda violação de direitos seria decidida pelos tribunais”. A revolução liberal de 1848 não vingou, a respectiva Constituição tampouco, de modo que restou a solução da justiça administrativa. Direitos dos cidadãos contra o Poder Público não se podiam equiparar a direitos propriamente ditos, reconhecidos como *pretensões protegidas* na esfera do direito privado. No direito público do *Rechtsstaat* era o ordenamento que precedia a existência de direitos, não o contrário¹³¹. E, no entanto, a existência de uma justiça adminis-

¹³⁰ Os termos são praticamente os mesmos pelos quais se atribuiu poder jurisdicional ao *Tribunal do Tesouro* no Brasil em 1859 e se determinou o *Recurso à Coroa* em 1857.

¹³¹ Para o caso alemão, ver Stolleis (1992), especialmente páginas 240-243 para as vicissitudes da proposta liberal de 1848, e páginas 371-376 para o período de unificação do Império sob a liderança prussiana.

trativa só se afirmou na Alemanha no último terço do século XIX como solução de compromisso entre o controle judicial completo dos atos administrativos pela justiça comum ou ordinária, e a manutenção do sistema anterior pelo qual a administração mesma decidia da legalidade de seus atos (Stolleis, 1992, p. 241-242). O compromisso consistiu em estabelecer tribunais de competência, procedimento e regras exclusivas para o julgamento dos atos administrativos que afetassem direitos dos cidadãos. O compromisso foi apoiado por conservadores e por um pequeno grupo de liberais influenciados pelo sistema francês. Com isto, finalmente, tornou-se possível, segundo Otto Mayer, criar-se propriamente uma “ciência” do direito administrativo (Stolleis, 1992, p. 243). Até hoje sobrevive ali uma justiça administrativa, sob o império do Superior Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*).

Na Bélgica, a Constituição de 1831 pusera fim à imitação do sistema francês, abolindo as garantias da administração, colocando todos os direitos civis e políticos sob a proteção do juiz ordinário, dando à Corte de Cassação a arbitragem dos conflitos de jurisdição e determinando que os juízes poderiam aplicar os regulamentos administrativos conforme estes se adequassem à lei¹³².

Do lado da tradição anglófona, tanto a Inglaterra quanto os Estados Unidos judicializaram desde sempre as questões administrativas, de modo que um órgão autônomo como o Conselho de Estado jamais apareceu. Dicey, o célebre constitucionalista inglês, dizia mesmo que o fato de os funcionários do governo não se subordinarem aos tribunais ordinários em França era o sinal mais evidente de que ali não havia *rule of law* como concebido na Inglaterra. Na linguagem de Dicey (1950, p. 330), ou existe *rule of law* ou *droit administratif*. Para ele, o que o direito administrativo e sua outra face, o *contencioso administrativo*, fazem é dizer que os “empregados públicos [agentes do governo] quando

¹³² Resumo feito por Mannori e Sordi (2003, p. 324-325). Destaco que no Brasil a Constituição belga de 1831 é tratada, à época, como um caso exemplar e de sucesso de monarquia liberal, com traços importantes de federalismo ou descentralização.

agem *bona fide* no exercício de seus deveres oficiais” precisam “ser protegidos do controle dos juízos ordinários”, o que não se dá na Inglaterra porque ali o agente do Executivo obtém, sempre que aparece um caso de necessidade excepcional, uma autorização excepcional do próprio Parlamento, ou seja, uma lei¹³³. Em outras palavras, os atos administrativos excepcionais são, no sistema inglês, excepcionalmente autorizados por ato do Parlamento, ou seja, por lei, de modo que essa mesma lei pode ser interpretada e aplicada pelos juízes ordinários.

Algumas das funções que na França ficaram a cargo do Conselho de Estado ou do *poder real* (expressão consagrada na Carta de 1814 e nas palavras de Benjamin Constant) nos Estados Unidos foram outorgadas à Suprema Corte. Desse modo, na outra experiência anglófona relevante durante o século XIX, os Estados Unidos da América, as necessidades de moderação política que um Conselho de Estado representava na Europa continental não deixaram de existir, mas foram alocadas no Judiciário. Assim, a Suprema Corte constitui-se em um órgão de verdadeira moderação, pois interpreta em última instância as leis e a própria Constituição, e por isso mesmo dispõe de uma espécie de poder de veto no processo legislativo. Além disso, sendo constituída por juízes vitalícios (como os membros do Conselho de Estado), que não procedem de uma carreira de magistratura (carreira esta dependente, em França, do governo), não tem alianças prévias com a Administração. A Corte Suprema não é o final de uma carreira burocrática, mas claramente um órgão de alta política, razão pela qual seus membros não são selecionados por concurso ou por eleição direta: são nomeados com o concurso do presidente da República (que, como se sabe, é eleito indiretamente) e do Senado Federal (órgão pensado como conservador, por seus mandatos mais longos do que os da Câmara de Deputados e seus requi-

¹³³ Deve-se destacar que não faltam nos Estados Unidos tribunais administrativos propriamente ditos, funcionando ao lado de agências administrativas (autarquias), tais como o serviço de seguridade social, a própria Comissão de Comércio e outros mais. Suas relações com os tribunais ordinários é definida em cada caso.

sitos de idade). Igualmente, não responde eleitoralmente às maiorias facilmente inflamáveis e volúveis. Finalmente, o modelo norte-americano encontrou nos *Papéis federalistas* uma justificativa para a Suprema Corte interferir no processo legislativo. No artigo 78, Hamilton afirmava mesmo que ela seria o bastião contra o abuso de poder do Legislativo, e a vitaliciedade dos cargos na corte cumpriam este papel de torná-la, neste aspecto, mais forte do que o próprio corpo legislativo.

Assim, não é de surpreender que no constitucionalismo oitocentista em toda parte se pensasse em um órgão capaz de opor-se às maiorias episódicas do Legislativo eleito. O Conselho de Estado no Brasil parecia responder, não obstante a precariedade de sua organização, a esse mesmo intento, moderador e claramente conservador, sem, no entanto, anular a representação eleitoral. É possível pensar que o Conselho do Brasil imperial exercesse, em muitos termos e casos, função análoga à da Suprema Corte norte-americana. A analogia já foi feita antes (Torres, 1965, p. 122-123)¹³⁴ e não é despropositada. Creio mesmo que a Suprema Corte terminou sendo nos Estados Unidos uma espécie de *poder neutro*. Sua jurisdição originária (decidindo os conflitos federativos, por exemplo) e sua jurisdição recursal (interpretando em última instância a Constituição Federal) são típicas de um árbitro jurídico-político. O fato de seus membros não deverem sua indicação ao voto popular, de serem mantidos nos seus cargos *pro vita*, e de sua nomeação depender de um ato jurídico complexo (um verdadeiro processo) em que o Executivo faz a indicação e o Legislativo a confirma, torna sua configuração muito semelhante à de um poder de arbitragem última

¹³⁴ A expressão de João Camilo de Oliveira Torres é a seguinte: "Exerceu o Conselho de Estado uma função análoga, posto que mais ampla, à da Suprema Corte dos Estados Unidos. Coube-lhe, como o tribunal americano (que tantos brasileiros admiravam, esquecidos de que possuíam algo semelhante ou melhor dentro de casa) duas tarefas básicas — o estabelecer o império da lei e fixar o princípio da supremacia do governo geral e locais. Coube ao Conselho de Estado, além destas, a missão de assegurar a continuidade da administração e do governo".

Não por acaso, Tocqueville observava no seu *A democracia na América* que as grandes questões políticas americanas terminavam sempre na Suprema Corte — isto é, buscavam finalmente um enquadramento jurídico — e mais importante talvez, via na magistratura uma nova *aristocracia* que — justamente por não ter que recorrer ao voto popular e viver dentro de uma espécie de estamento profissional de gosto e hábitos próprios — desempenhava um papel conservador nos embates democráticos. Uma leitura dos debates constitucionais norte-americanos e sobretudo da defesa da Constituição de 1787 feita pelos *Federalistas* indica a meu ver que esse papel conservador não era um subproduto indesejado, mas parte integrante do que se buscava com os juízes federais não eleitos.

Nesses termos, o Conselho de Estado brasileiro sem dúvida tem alguns traços de grande semelhança com a Suprema Corte. Os conselheiros eram indicados *pro vita*, sua atribuição (legal, e não constitucional, como gostavam de lembrar seus opositores) dava-lhe poderes de examinar (se não de decidir, como visto acima) os conflitos entre os poderes (Executivo e Judiciário) e de distribuir entre os três poderes algumas tarefas. Neste último sentido refiro-me ao fato de o Conselho tomar conhecimento de casos concretos e resolver se era o caso (1) de mandar o assunto ao Legislativo (para legislar ou para emitir *leis interpretativas ou declaratórias*), (2) de mandar o assunto para o Executivo (se fosse hipótese de elaborar regulamento ou interpretar regulamento ou decreto), ou (3) de devolver o caso ao Judiciário para simples aplicação da lei.

Outro traço de semelhança estava na espécie de fiscalização que fazia do processo legislativo. Essa fiscalização dava-se de duas maneiras. Em primeiro lugar, quanto à legislação geral (isto é, nacional) o Conselho pronunciava-se previamente examinando os projetos (de lei e de regulamento). Em segundo lugar, quanto à legislação provincial o Conselho funcionava examinando posteriormente e ano a ano a legislação das províncias para verificar se estavam conforme a suas atribuições constitucionais (isto é, conforme ao Ato Adicional de 1834). Claramente sua função de *guardião da Constituição* pode dar-lhe um ar de po-

der neutro ou poder constitucional como o da Suprema Corte norte-americana.

Mas as semelhanças, ainda que muitas, não podem levar à identificação. Uma primeira diferença bastante marcante está no fato de os conselheiros poderem servir simultaneamente em outro poder, o Legislativo, e poderem afastar-se, sem perder a posição no Conselho, para servir no Executivo. Em outras palavras, não havia um regime de incompatibilidades que isolasse os conselheiros de outras funções de Estado. No Legislativo os conselheiros eram em geral senadores e podiam acumular funções; no Executivo vários exerceram funções de ministros, presidentes do conselho de ministros, e presidentes de província (casos em que se afastavam do Conselho). Taunay (1998, p. 83) mostra como o Conselho era recrutado basicamente dentro do Senado. Em suas palavras, “ao cair do Império” todos os doze conselheiros ordinários eram senadores, e cinco, dos onze extraordinários, também. Dessa forma, comunicavam-se os poderes entre si, nessa espécie de cúpula política do sistema imperial. O mesmo Taunay indica ainda outra espécie de comunicação entre os conselheiros, esta de caráter nitidamente social. Trata-se das muitas relações familiares que, existindo no Senado, eventualmente se transferiam para o Conselho, onde se sucederam pais e filhos, irmãos, sogros, genros e sobrinhos. Assim, Francisco Lima e Silva e seu filho, o Duque de Caxias; assim também o Visconde do Uruguai e seu filho Paulino José Soares de Sousa (Taunay, 1998, p. 165-167). Em resumo, o papel de árbitro dos outros poderes, que de certa forma o Conselho poderia auxiliar o Moderador a desempenhar, foi largamente comprometido pelo seu não isolamento institucional dada a inexistência de um claro sistema de incompatibilidades.

Esse problema teve larga repercussão e definiu uma característica da vida jurídica no Brasil, seja na esfera do Conselho de Estado, seja na esfera do Poder Judiciário. Simões (2006) apresentou os dados sobre as relações entre ocupantes de diversos cargos nos órgãos de poder desde a Independência até a República Velha no seu fundamental estudo dos bacharéis em direito.

Dos 174 magistrados do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (período de sua pesquisa, 1828-1930), 109 ocuparam cargos políticos no Legislativo (deputados gerais ou federais, deputados provinciais ou estaduais, senadores, presidentes de província), isto é, 62,6% de todos os ministros do Supremo, ao longo de sua história, foram também políticos profissionais, ligados aos outros dois poderes (três, no caso do Império). No caso do Conselho de Estado do Império, havia realmente a proibição de acumulação do cargo com o de ministro do Supremo, mas não com outros cargos, como o de senador ou ministro de Estado.

Além disso, não foram poucas as relações familiares que Simões também levantou exemplificativamente. Embora mais evidentes no caso do Judiciário, também se revelaram no Conselho. No caso do Supremo, Simões lembra os casos exemplares de Eusébio de Queirós e Perdigão Malheiro, ministros do Supremo Tribunal de Justiça, cujos filhos foram figuras proeminentes no segundo reinado: Eusébio de Queirós, ministro e conselheiro de Estado, também indicado para ministro do Supremo (cargo que não assumiu, preferindo continuar Conselheiro de Estado), e Agostinho Marques de Perdigão Malheiro, advogado de destaque, presidente do Instituto dos Advogados e de grande prestígio no foro (e na vida política, presume-se) da Corte. Os dois vieram a ser cunhados¹³⁵.

A Tabela 1 a seguir mostra os conselheiros que serviram na Seção de Justiça e as funções que exerceram nos outros poderes.

¹³⁵ Simões prossegue narrando a nomeação de Francisco de Paula Ferreira de Rezende para ministro do Supremo, mostrando como ele, pelo casamento, se havia ligado tanto à família de Eusébio de Queirós quanto a Perdigão Malheiro. Mostra também como um ascendente de Francisco de Paula, Estevão Ribeiro de Rezende, fora ministro de D. João VI e responsável direto pela indicação do velho Eusébio de Queirós para chanceler da Relação da Bahia de onde partiu, após a Independência, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal de Justiça.

Tabela 1 — Conselheiros de Estado que participaram da Seção de Justiça (ou conjuntas) e exerceram outras funções de Estado.

	Conselheiro	Nomeação p/ Conselho	Senador	Ministro	Pres. de Província
1	Bernardo P. Vasconcelos	1842	Sim	Sim (Fazenda, Justiça e Império)	Sim
2	Lopes Gama (V. Maranhão)	1842	Sim	Sim (Estrangeiros e Justiça)	Sim
3	Bispo de Anemuria	1842	—	—	—
4	Carneiro Leão (V. Paraná)	1842	Sim	Sim (Fazenda, Estrangeiros e Justiça)	Sim
5	Silva Maia	1842	Sim	Sim (Fazenda e Justiça)	Sim
6	José da C. Carvalho (M. de Monte Alegre)	1842	Sim	Sim (Império)	—
7	Miguel Calmon Du Pin e Almeida (V. Abrantes)	1843	Sim	Sim (Fazenda e Estrangeiros)	—
8	Limpo de Abreu (V. Abaeté)	1848	Sim	Sim (Fazenda, Estrangeiros, Justiça, Império e Marinha)	Sim
9	Cândido José de A. Viana (M. Sapucaí)	1850	Sim	Sim (Fazenda, Justiça e Império)	Sim
10	Montezuma (V. Jequitinhonha)	1850	Sim	Sim (Estrangeiros e Justiça)	—
11	Joaquim J. Rodrigues (V. Itaboraí)	1853	Sim	Sim (Fazenda, Império, Marinha e Guerra)	Sim

12	Paulino José (V. Uruguai)	1853	Sim	Sim (Estrangeiros e Justiça)	Sim
13	Eusébio	1855	Sim	Sim (Justiça)	—
14	P. Bueno (M. São Vicente)	1859	Sim	Sim (Estrangeiros e Justiça)	Sim
15	Domiciano	1866	—	Sim (Agricultura)	Sim
16	Francisco Salles Torres Homem (V. Inhomirim)	1866	Sim	Sim (Fazenda)	—
17	Nabuco	1866	Sim	Sim (Justiça)	Sim
18	Manoel Vieira Tosta (M. Muritiba)	1866	Sim	Sim (Justiça, Marinha e Guerra)	Sim
19	Luiz P. Couto Ferraz (V. Bom Retiro)	1867	Sim	—	Sim
20	Carlos Carneiro de Campos (3º V. de Caravellas)	1870	Sim	Sim (Fazenda e Estrangeiros)	Sim
21	Sayão Lobato (V. Niterói)	1870	Sim	Sim (Justiça)	—
22	José Ildefonso (V. Jaguaré e B. 3 Barras)	1870	Sim	Sim (Justiça e Império)	Sim
23	João Lustosa (M. Paranaguá)	1879	Sim	Sim (Fazenda, Estrangeiros, Justiça, Marinha e Guerra)	Sim
24	José Caetano de Andrade Pinto	1879	—	—	—
25	Afonso Celso (V. Ouro Preto)	1882	Sim	Sim (Fazenda e Marinha)	—
26	João Lins Cansansão e Sinimbu (V. Sinimbu)	1882	Sim	Sim (Fazenda, Estrangeiros, Justiça e Agricultura)	Sim

27	Lafayette	1882	Sim	Sim (Justiça)	Sim
28	Luis Antonio Vieira da Silva (V. Vieira da Silva)	1882	Sim	Sim (Marinha)	Sim
29	Nunes Gonçalves (V. de S. Luís do Maranhão)	1889	Sim	—	Sim
30	Francisco de Paula Sousa e Melo	1845	Sim	Sim (Fazenda)	—
31	Bernardo Sousa Franco	1859	Sim	Sim (Fazenda e Estrangeiros)	Sim
31	Felizardo Sousa e Melo	1859	Sim	Sim (Marinha e Agricultura)	Sim

Como se vê, dos 31 conselheiros¹³⁶ que participaram das deliberações da Seção de Justiça (alguns participaram em sessões conjuntas, quando o assunto interessava a mais de um ministério, outros participaram como substitutos de algum conselheiro afastado justamente para ser ministro), apenas 4 não exerceram ministério algum (Visconde de São Luís, Andrade Pinto, Couto Ferraz e o Bispo de Anemuria). E apenas 3 não foram senadores (Andrade Pinto, Domiciano e o Bispo de Anemuria). Isto significa, pois, que embora o Conselho pudesse ter funções de “defensor da Constituição”, não as tinha com o isolamento que a pouco e pouco se construía no caso dos Estados Unidos. Nem com o mesmo sistema que veio a vingar na França.

Uma segunda diferença era que a Suprema Corte estava definida na Constituição norte-americana, embora sua organização, jurisdição e funcionamento pudessem (como podem até hoje) ser definidos por lei ordinária. Nosso Conselho foi tirado da Constituição em 1834, voltando a existir com estatuto legal, mesmo

¹³⁶ Por esses cálculos, 43% de todos os conselheiros de Estado participaram de casos consultados pela Seção de Justiça.

que, como indicado acima, suas opiniões fossem dadas em assuntos materialmente constitucionais (como a decisão de conflitos de atribuições entre outros poderes constitucionais).

Um terceiro ponto que diferencia nosso Conselho é seu caráter consultivo, como já foi dito, jamais ultrapassado propriamente na mentalidade da época. A Suprema Corte decidia (como até hoje decide) com caráter vinculante e de precedente obrigatório para todos os juízes e tribunais federais dos Estados Unidos. O Conselho opinava e para dar execução a suas opiniões dependia em primeiro lugar de confirmação do Imperador (a *Resolução* da consulta propriamente dita), em seguida de um ato administrativo do Ministro (*Aviso*, para casos singulares, *Decreto* ou *Regulamento* para instruções de caráter geral), de atos da Assembleia Geral ou atividade judicial.

Finalmente pode-se destacar o fato de o Conselho acumular funções consultivas para o exercício de poderes dos ministérios, da Justiça no caso em particular das consultas examinadas neste estudo. Isto significava que em vários casos a consulta dizia respeito a decisões de competência ou iniciativa própria do Ministério da Justiça, como divisões de comarcas, conflitos entre pretendentes a ofícios de justiça, correção de regulamentos de leis, disciplina de atividades econômicas e mercantis cujo controle e definição pertenciam às funções administrativas dos tribunais de comércio, e assim por diante. Por isso, além de seu caráter consultivo, nota-se em algumas opiniões dos conselheiros em seus votos na Seção (não no Pleno) a noção implícita de que eram auxiliares do “governo” no sentido mais restrito de “administração pública”.

O que parece relevante, portanto, para compreender o desempenho da Seção de Justiça do Conselho de Estado é levar em consideração essa experiência internacional, na qual o Império se inseriu, tratando não tanto o Conselho como órgão do despotismo, ou do *poder pessoal* apenas, senão como uma experiência possível entre tantas outras. Em segundo lugar, tentando observar como no âmbito de suas consultas aparece em operação uma parcela importante da cultura jurídica brasileira oitocentista. Ali talvez se encontrem peças faltantes no quebra-cabeças da história jurídica do País.