

## INTRODUÇÃO

Fundamentado ideologicamente no jusnaturalismo, o constitucionalismo liberal do final do século XVIII afirmava os princípios da separação de poderes do Estado e de proteção aos direitos individuais como formas de freios ao poder absolutista do rei.

Ao dividir as funções do poder do Estado, os constitucionalistas liberais acreditaram tornar o Poder Judiciário independente do Executivo, satisfazendo, ao mesmo tempo, outro ponto crítico da realidade social européia: a venalidade e arbitrariedade da magistratura. Independente do Poder Executivo, o Judiciário poderia efetivar os princípios do jusnaturalismo de associar o direito à justiça, o direito à moral, combatendo privilégios e desigualdades, objetivo que se converteu na fórmula constitucional “todos são iguais perante a lei”. O Poder Judiciário representou, pois, para o constitucionalismo liberal, uma síntese dos ideais jusnaturalistas de justiça, que diferenciava o direito da lei.

Acreditavam os jusnaturalistas que o constitucionalismo liberal representaria uma mudança de paradigma de uma justiça concentrada na vontade do rei e exercida diretamente por seus magistrados, como ocorria sob o Antigo Regime, para um sistema em que a magistratura seria a expressão da soberania popular, pois contaria com juízes eleitos e juízes escolhidos entre o povo, tornando a magistratura menos corrompida e venal. Esse foi o modelo clássico dos primeiros anos do constitucionalismo liberal francês.

Esse modelo, entretanto, diferenciou-se, em muitos aspectos, de um segundo momento do constitucionalismo liberal, a partir de 1814, quando se deu a Restauração do trono dos Bourbon, na França. Esse novo constitucionalismo manteve a maioria dos direitos individuais, mas expurgou ou mitigou o significado de conceitos do primeiro constitucionalismo, na intenção de “reunir os tempos antigos e os tempos modernos”, como se expressava a Carta Constitucional francesa de 1814, desfigurando os princípios de separação dos poderes, soberania popular, cidadania, nação e poder constituinte, por exemplo.

A Constituição francesa de 1814 e o pensamento político de Benjamin Constant constituíram-se nas matrizes teóricas do constitucionalismo da

Restauração, atribuindo novos significados aos conceitos políticos construídos sob o primeiro constitucionalismo. Entretanto, esse constitucionalismo não deixou de ser liberal. Seus defensores eram adeptos de princípios liberais, como a garantia dos direitos individuais, a separação de poderes e a soberania da nação, mas transigiam sobre os dois últimos princípios.

O constitucionalismo liberal da Restauração formou-se como uma solução de compromisso e conciliação entre liberais e monarquistas, exigindo concessões dos dois lados: os primeiros não admitiam perder as conquistas dos primeiros tempos do constitucionalismo, sobretudo as liberdades individuais, mas ficavam forçados a dividir a soberania da nação com o rei; os monarquistas exigiam um Executivo forte, e um Legislativo e Judiciário sob controle real. O objetivo de burgueses e monarquistas era conter o que consideravam os “excessos” da Revolução, no período conhecido como “terror”, uma fase do governo popular jacobino, considerado como de “caos” e “anarquia”. A conciliação feita em torno dos princípios liberais defendia a criação de um Executivo forte, mas que não fosse mais absolutista; a titularidade “coletiva” da soberania, dividida entre o monarca e a nação; e o freio do instinto “anárquico” e “violento” do povo, representado no Legislativo. As palavras de ordem do momento eram liberdade e ordem.

Foi essa a matriz teórica da Constituição brasileira de 1824, sob a qual se constitucionalizou o Poder Judiciário, no Império do Brasil, originando-se uma magistratura de primeira instância dividida entre juízes eleitos e juízes nomeados pelo soberano.

Essa organização judicial híbrida era acentuada por características corporativas e políticas que dissociavam cada vez mais as duas magistraturas: os juízes nomeados eram bacharéis e defendiam o modelo centralizado de gestão administrativa; os juízes eleitos eram leigos em direito e adeptos da gestão descentralizada do poder. Os liberais do Império viram na constitucionalização do Poder Judiciário, sob esse modelo, uma forma de acomodar a soberania partilhada entre a nação e o Imperador, já escolhido e coroado, com a participação da elite econômica e política local no governo imperial; com a diminuição do poder centralizado do Imperador; e com a efetiva atuação judicial de grupos locais que garantiriam a defesa dos interesses locais dessa elite.

Interesses políticos e corporativos desfiguravam os ideais jusnaturalistas de associação de direito à justiça e de igualdade de todos perante a lei.

A sobreposição dos dois tempos históricos sob o constitucionalismo da Restauração não se manifestou somente na organização do Poder Judiciário brasileiro de primeira instância. Ao contrário, expressou-se em toda a vida política da sociedade, o que levou alguns intérpretes da história do Brasil a identificarem duas tendências ideológicas opostas — uma liberal e outra conservadora — disputando o mesmo espaço político do poder.

A identificação de dois grupos políticos opostos, sob a designação de “liberais” e “conservadores” induz ao erro de se considerar como adeptos do liberalismo apenas os membros do primeiro grupo. A análise comparativa da história constitucional permitiu esclarecer a filiação teórica e política de cada um dos grupos, e optarmos por integrá-los sob a mesma égide do liberalismo da Restauração. O que os separava era uma defesa maior da soberania da nação ou na soberania do monarca.

Foram essas premissas que orientaram a argumentação construída na tese, e as conclusões apresentadas na análise do tema pesquisado: “Justiça e Poder: a constitucionalização do Poder Judiciário sob o Império Brasileiro. 1824-1841”.

Esta pesquisa optou por analisar o Poder Judiciário não somente em seus aspectos teóricos e institucionais, mas também políticos e sociais, destacando as relações da magistratura com a estrutura oligárquica e escravista brasileira, e suas relações corporativas e institucionais. A abordagem inicial permitiu identificar as transformações e permanências do modelo de Justiça constitucionalizada no Brasil, em relação ao modelo colonial de administração da Justiça. A observação da prática política possibilitou identificar as relações de poder estabelecidas internamente, nas relações entre os juízes e, externamente, nas relações com o Poder Executivo, a quem o Judiciário estava ligado hierarquicamente.

O período focado nessa pesquisa foi marcado por uma conjuntura política de introdução de novas instituições na organização judiciária, forjadas sob o modelo do primeiro constitucionalismo liberal: o Juizado de Paz e o Tribunal do Júri. A Constituição do Império, de 1824, criou uma estrutura híbrida para o Poder Judiciário que, ao lado dessa nova magistratura eleita, mantinha juízes nomeados pelo Imperador. Esse modelo foi iniciado sob o governo de D. Pedro I. Sob uma experiência de descentralização política desenvolvida sob a Regência, que alguns

historiadores chamaram de fase “republicana” ou “federalista” do Império, as instituições liberais foram regulamentadas pelo Código de Processo Criminal de 1832. Depois de alguns anos de funcionamento dessas instituições liberais, os políticos “liberais” e os “conservadores” estavam de acordo sobre as deficiências da atuação dessas instituições, e fortes demandas por reformas começaram a surgir. Uma reforma do Código, em 1841, marcou o fim do ciclo “liberal” de governo. A reforma reforçou a centralização política com a ampliação dos poderes do Juiz de Direito, o atrofiamento das funções judiciais do Juiz de Paz, e algumas transformações importantes na instituição do Júri.

Algumas hipóteses orientaram a análise do tema abordado nessa tese: (1) o modelo de constitucionalismo liberal tomado de empréstimo por liberais brasileiros para a Constituição de 1824 foi o da Restauração francesa, de 1814, que superpunha dois tempos históricos – o do Antigo Regime e o do liberalismo – e não o das primeiras Constituições liberais francesas, de base jusnaturalista e de caráter revolucionário burguês; (2) a constitucionalização do Poder Judiciário no Brasil, que integrava uma magistratura eleita e uma nomeada, segundo o modelo do constitucionalismo da Restauração, ajustava-se a uma estrutura oligárquica e escravista com forte peso no poder político local que, com a Independência, se associou a uma conjuntura política monárquica centralizada, sob a qual a nação partilhava a titularidade da soberania com o monarca.

O tema escolhido para a pesquisa não tem sido objeto de análise histórica ou jurídica, nos últimos tempos. Algumas obras analisaram o Poder Judiciário, no contexto da primeira Constituição brasileira, apenas de forma genérica, incluindo-o entre outras matérias constitucionais, ou sob uma perspectiva comparativa em que esse Poder era analisado em todas as Constituições brasileiras. A análise desenvolvida nesta tese vem, pois, preencher uma lacuna na produção acadêmica histórica e jurídica.

A opção metodológica interdisciplinar permitiu ampliar o campo de visão sobre o tema, uma vez que ele tangencia inúmeros saberes científicos, especialmente os da teoria do Estado, teoria do direito, filosofia do direito, história constitucional comparada, sociologia do direito, história do direito, história social e história política. O enfoque interdisciplinar enriquece a análise do tema, na medida em que se utilizam contribuições conceituais de várias áreas do conhecimento para conferir consistência teórica à produção científica.

Os enfoques no campo da teoria do Estado, e da história conceitual permitiram analisar a linguagem política utilizada sob o constitucionalismo, suas transformações e adaptações a novas conjunturas históricas, e também propiciaram identificar a falta de univocidade dos conceitos políticos, especialmente em alguns momentos históricos.

As áreas da filosofia do direito e da teoria do direito contribuíram com as análises sobre os dois paradigmas que nortearam a formação e consolidação do constitucionalismo nos séculos XIX e XX, o jusnaturalismo e o positivismo, e sobre um novo paradigma de análise constitucional que se constrói desde meados do século passado, o neoconstitucionalismo.

Alguns referenciais que caracterizam a história do direito e das instituições jurídicas foram utilizados a partir das análises de Antonio Manuel Hespanha sobre a organização judiciária europeia e portuguesa, na Idade Moderna e sob a formação do constitucionalismo liberal. A história constitucional comparada permitiu compreender as permanências e transformações pelas quais passou o constitucionalismo, sincrônica e diacronicamente.

Da sociologia do direito utilizou-se a análise de Pierre Bourdieu sobre a luta pelo monopólio de dizer o direito, no que ele chama de “apropriação da força simbólica do direito”. Essa abordagem serviu de referência para a análise das relações profissionais e políticas entre os magistrados.

A abordagem da história social e da história política partiu da compreensão de que o direito é uma construção social e um produto social, e de que as soluções jurídicas intentadas por cada sociedade são contingentes a ela, porém o campo jurídico mantém um espaço de ação autônoma.

Além do enfoque interdisciplinar, a pesquisa optou por utilizar uma grande variedade das fontes, associando à pesquisa bibliográfica teórica, fontes primárias, tanto manuscritas quanto impressas. As fontes manuscritas são compostas da correspondência oficial entre o Presidente da província do Rio de Janeiro e a magistratura de primeira instância, no período focado pela tese. Essa fonte, mesmo sujeita à crítica interna, dispõe de informações e dados que permitiram embasar inúmeros argumentos e conclusões sobre a composição social da magistratura, sua visão corporativa, e seu papel na sociedade e na política brasileiras sob o Império. As fontes primárias impressas compõem-se do Diário da Assembléia Geral, Constituinte, e Legislativa do Império do Brasil, de 1823, e dos

Relatórios dos Presidentes da província do Rio de Janeiro, apresentados à Assembléia Legislativa, e dos Relatórios dos Ministros da Justiça do Império dirigidos à Assembléia Geral, entre os anos de 1835 e 1841. A produção legislativa, portuguesa e brasileira, entre 1820 e 184, também foi utilizada como fonte de pesquisa sobre o tema abordado. As constituições francesas de 1791 a 1814, a Constituição espanhola de Cádiz, de 1812, a Constituição portuguesa de 1822 e a Constituição brasileira de 1824 também foram analisadas, sob a abordagem da análise constitucional comparativa.

A partir da delimitação de um quadro histórico, jurídico e sociológico, da definição de um variado campo metodológico, e da utilização de uma igualmente variada composição de fontes foi desenvolvida a análise do tema na tese, que se dividiu em cinco capítulos. O primeiro identificou a matriz teórica e ideológica do constitucionalismo liberal dos primeiros tempos, demarcando as características fundamentais que o diferenciaram do constitucionalismo liberal da Restauração. Procuramos estabelecer uma análise crítica da associação sem mediação e acrítica entre liberalismo e democracia, dialogando para tanto com uma bibliografia do período focado, e com obras contemporâneas.

O segundo capítulo demarcou a constitucionalização do Brasil em 1824, sob o modelo do constitucionalismo da Restauração, a partir da análise das duas principais matérias constitucionais: os direitos individuais e a separação de poderes. Nesse segundo item a análise destacou o Poder Executivo, o Moderador, e o Legislativo. O texto da Constituição de 1824 foi cotejado ao da Carta francesa de 1814, e às teses desenvolvidas nas obras teóricas de Benjamin Constant.

O terceiro capítulo deu destaque à análise do Poder Judiciário, no quadro da primeira Constituição brasileira. A ênfase recaiu sobre a organização judiciária de primeira instância, que reunia dois modelos de magistratura, e a subordinação hierárquica desse Poder ao Executivo.

O quarto capítulo enfocou a disputa pelo poder institucional e político, travada pelos juízes, em sua prática judicial cotidiana. A análise observou a atuação da magistratura de primeira instância na província do Rio de Janeiro, no período abordado, e as relações dos diferentes juízes entre si, e deles com os representantes do poder local.

Finalmente, o último capítulo analisou a crítica contemporânea ao constitucionalismo liberal e a seu corolário, o positivismo jurídico, sob um novo

paradigma em construção, designado neoconstitucionalismo. Uma análise sumária desse novo paradigma do direito se mostrou necessária para enfatizar a relevância do tema abordado pela tese na atualidade, pois o paradigma do neoconstitucionalismo está sendo construído a partir de uma forte crítica ao modelo liberal do constitucionalismo.