

**JOSÉ AFONSO DA SILVA**

O CONSTITUCIONALISMO  
BRASILEIRO  
**EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA**

**2025**

 EDITORA  
*Jus*PODIVM |  MALHEIROS  
EDITORES  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

(Provisório)

**II**  
**DOCTRINADORES ACADÊMICOS**

*TÍTULO I*  
*Os Paulistas*

## CAPÍTULO I

### *Avelar Brotero*

José Maria, depois Conselheiro Brotero,<sup>1</sup> foi o primeiro lente de Curso Jurídico a ser nomeado no Brasil, o que se deu por ato de D. Pedro I a 6.10.1826, portanto, antes mesmo de serem criados os Cursos Jurídicos de São Paulo por Lei de 11 de agosto de 1828. Foi Brotero designado, por decreto de 12.10.1827, para reger a primeira cadeira que abrangia *Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia* que continuava no segundo ano acrescida de *Direito Eclesiástico*. Assim também era em Olinda.

Informa Glauco da Veiga que Lourenço José Ribeiro fora nomeado para essa cadeira do segundo ano, mas o Governo mandara-o descer para o primeiro ano, a fim de inaugurar a abertura do Curso Jurídico.<sup>2</sup> Informa também que a cadeira de *Análise da Constituição* ficaria com ele que iniciaria suas aulas em 1829 com o segundo ano. O problema é que, em Olinda, havia profunda animosidade contra a Constituição que fora repudiada, repúdio que conduziu Frei Caneca à forca. Glauco da Veiga revela essas dificuldades, observando que “a disciplina crítica seria a ‘Análise da Constituição do Império’, a Carta Constitucional que conduziu Pernambuco a Confederação do Equador”, e acrescenta que “Lourenço José Ribeiro teria chamado a si a tormentosa tarefa. De início, pedia no seu Relatório do ano letivo de 1829, autonomia para a ‘Análise da Constituição do Império’ que passaria à condição de catedrilha. ‘Não é possível em um só ano letivo se analisar toda a Constituição, se leia

---

1 O texto que se vai ler sobre Avelar Brotero é uma versão com alguns ajustes da Introdução, *Notícia sobre Avelar Brotero “A Filosofia do Direito Constitucional”*, que escrevi para a edição de sua obra, *A Filosofia do Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 2007, por nós preparada a partir do exemplar, de 1842, existente na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2 Cf. *História das Ideias da Faculdade de Direito do Recife*, 1º vol., Recife, Universidade Federal de Pernambuco/Editora Universitária, 1980, p. 253.

ainda o Direito das Gentes e a Diplomacia' ia reclamando e protestando. Só a 'Análise', como sumariamente no jargão escolar começou a ser chamada a disciplina, absorveria o tempo do professor. Em quatro meses, desalentado Lourenço Ribeiro, 'cingindo-me ao essencial' chegou tão só ao art. 94. Eis porque – 'pior ainda será quando estiverem feitas todas as Leis Regulamentares de que se deve dar também uma breve notícia' – imperativa a autonomia da 'Análise', deve-se criar uma nova cadeira somente para esta trabalhosa matéria'. A 'Análise' não era trabalhosa, senão, espinhosa, também".<sup>3</sup>

Esses conflitos em torno da Constituição atrasaram, certamente, o começo do ensino do Direito Constitucional em Olinda, ainda que tenha sido em Pernambuco que se tentou elaborar uma teoria da *Constituição*.<sup>4</sup>

*Em São Paulo não houve tais transtornos. A Constituição do Império foi recebida aqui pacificamente, até porque as mais importantes Câmaras Municipais do Estado a aprovaram. Brotero não era professor de Direito Constitucional (Análise da Constituição do Império), embora a primeira cadeira de que era titular fosse de Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia, o certo é que a mesma matéria continuava no segundo ano e, ao que parece, Brotero ministrava a primeira parte – Direito Natural, Público, no primeiro ano – enquanto a Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia se ensinavam no segundo ano, o que também foi feito por Brotero, com aprovação do Governo por aviso de 19.1.1829,<sup>5</sup> uma vez que o Padre Antônio Maria de Moura só foi nomeado para a cadeira em 17.7.1829, e só em 1830 explicou Direito Público e Análise da Constituição.<sup>6</sup> Mas não teve continuidade, porque, em 1831, foi Brotero outra vez o professor da disciplina.<sup>7</sup> Não é só dessas dificuldades, contudo, que vem a minha suposição de que foi Avelar Brotero quem proferiu a primeira aula de Direito Constitucional no Brasil, mas de seu livro *Princípios de Direito Natural*, que elaborou em cumprimento à obrigação que todo lente da Academia tinha de elaborar o compêndio de sua disciplina e que seria submetido à aprovação do Ministro do Império. No fim do primeiro ano letivo (1828), recebeu Brotero ordem do Imperador para enviar o compêndio ao Rio, para ser impresso. Foi o que ele fez, em dezembro de*

---

3 Idem, *ibidem*, p. 254.

4 Toda essa história está contada em Gláuco da Veiga, *ob. cit.*, pp. 277 e ss.

5 Cf. Almeida Nogueira, *A Academia de São Paulo, Tradições e Reminiscência*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva/Secretaria Estadual da Cultura, 1977, p. 89.

6 Idem, p. 168.

7 Idem, p. 230.

1828, remetendo-o ao Ministro do Império que era, então, José Clemente Pereira. O compêndio era a compilação de suas lições. Miguel Reale observa que “a obra foi redigida de afogadilho, sem a unidade sistemática que exige meditação e experiência”.<sup>8</sup> O próprio Brotero o reconhece: “O Leitor deve saber que estas Lições eram prontas à noite para servir de manhã, e que estas notas eram parte, ou fundamento da explicação, que fiz na Aula, e a qual se não escreveu nas apostilas. Recebi do Governo Ordem para remeter este Compêndio quanto antes, e por isso muito à pressa mandei tirar uma cópia da minuta, que tinha servido para os atos”.<sup>9</sup>

A competência para o exame do compêndio era do Ministro do Império. Mas Clemente Pereira se afinou diante da exigência de Lino Coutinho de que os compêndios devessem ser examinados pela Câmara dos Deputados, a quem deveria caber a designação das doutrinas e métodos de as ensinar. Submetido o livro de Brotero à Câmara, o mesmo Lino Coutinho o atacou violentamente. Almeida Nogueira dá minuciosa notícia desse debate na Câmara.<sup>10</sup> Não é o caso de reproduzi-lo aqui. Basta a seguinte mostra da verrina do Sr. Lino Coutinho:

“Foi oferecido aqui à Câmara um compêndio de direito natural, feito por um lente da escola de direito de São Paulo, compêndio esse que é vergonha das vergonhas pelas suas imbecilidades, e mesmo compêndio prejudicial pelas más doutrinas que nele se encerram, e que eu não sei como o Sr. Ex-ministro do Império, sem examinar este compêndio, sem coisa nenhuma, mandasse ou decretasse que se ensinasse à mocidade brasileira por tão infame compêndio”. Em seguida, critica a definição de homem: “Faz rir”. A definição é a seguinte: “O homem é um ente dotado de sensibilidade e inteligência, ou um animal dotado da faculdade de razão, ou de aptidão de razão”.<sup>11</sup> Não se vê por que essa definição cause riso. Ela atende aos preceitos lógicos de todas as definições, de acordo com a fórmula tradicional enunciada em latim: *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*, ou seja, a definição se faz pelo gênero próximo e a diferença específica. E o exemplo de definição que sempre se oferece é exatamente o de que *o homem é um animal* [gênero próximo] *racional* [diferença específica]. Ora, definir o homem como

8 Cf. “Avelar Brotero, ou a Ideologia sob as Arcadas”, no seu *Horizonte do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva, 1956, p. 198.

9 Cf. *Princípio de Direito Natural*, Rio de Janeiro, Typographia Imperial e Nacional, 1929, p. 285.

10 Cf. *A Academia de São Paulo, Tradições e Reminiscências*, v. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva/Secretaria da Cultura, Ciência e Tecnologia, 1977, pp. 62 ss.

11 Ob. cit., p. 107.

“um animal dotado da faculdade de razão” é o mesmo que dizer que é um animal racional. Mas a definição de Avelar Brotero, que causou riso a Lino Coutinho, atende ainda as ponderações de Locke, segundo o qual uma definição não é senão a exposição do significado de uma palavra por outras várias que não sejam sinônimas.<sup>12</sup> E sobre o homem, observa que não é só ideia de um ser racional que constitui seu conceito, mas também a de um corpo de tal ou qual forma. Assim, dizer que um homem é um ente dotado de sensibilidade e inteligência juntamente com a determinação da ideia de animal racional dá à definição elementos que contribuem para sua precisão. Portanto, o riso de Lino Coutinho vai por conta da sua necessidade de ridicularizar um texto que tinha muitas ideias avançadas para a época, contrárias ao reacionarismo daquele crítico.

Almeida Nogueira e Spencer Vampré só contribuíram para o desprestígio do Conselheiro Brotero. Apegaram-se às esquisitices, às “broteladas” e não cuidaram de verificar o valor do homem. É estranha a passagem de Almeida Nogueira, a respeito das críticas ao compêndio de Brotero: “Não nos foi possível, por falta de elementos, apreciar da justiça desse julgamento, pois têm sido vão até ao presente os esforços por nós empregados para conhecer o texto desse trabalho”.<sup>13</sup> É estranho, porque a biblioteca da Faculdade de Direito tem, pelo menos, um exemplar em boas condições de conservação, que Miguel Reale compulsou e analisou (e eu também):

“E se quiserem a impressão final de quem analisou com carinho a obra do Conselheiro, diremos que, apesar de seu estilo anacrônico e monótono, de suas contradições manifestas, de sua falta de sistema e de organicidade, e de suas afirmações ingênuas e às vezes grotescas, há na improvisada obra do mestre, recém-chegado a São Paulo, um sopro vivo de modernidade, de arrojo e de entusiasmo, que não mereciam as críticas acerbas ditadas pela paixão que suas ideias suscitaram. Com todos os seus inegáveis defeitos, talvez o compêndio, condenado pelas autoridades públicas, tivesse sido mais benéfico, pelo fermento das ideias que provocava, do que as lições de Perreau, bem alinhadas e polidas na mediocridade e no bom senso”.<sup>14</sup>

Estende-se Brotero sobre a *consciência* que é um conceito importante da fenomenologia moderna; dedica-se ao conceito de *imputação* que, bem analisado, está de acordo com a tese de Kelsen, para quem ela é um

---

12 Cf. John Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, T. II, 2ª ed., México, Gemika, 2000, p. 47, trad., de Ana I. Stellino.

13 Ob. cit., v. 3º, pp. 62 e 63.

14 Ob. cit., p. 224.

princípio análogo à causalidade, mas, desta, distinta, enquanto, para ele, não há violação sem imputação e aqui o compêndio não fala do fato, mas sim do julgamento, conforme nota do autor: “a imputação é necessária para se conhecer se houve ou não violação, isto é, não há violação sem imputação”.<sup>15</sup> Quer dizer, não pela causa, mas pela imputação é que se conhece se houve ou não violação. Mas a discussão dos aspectos filosóficos nos levaria longe. O que importa aqui é destacar o conteúdo de direito constitucional que se apresenta nos *Princípios de Direito Natural*. Aquela modernidade de que fala Miguel Reale é que foi responsável pelo virulento ataque que Lino Coutinho fez ao livro. As “más doutrinas” imputadas ao livro “eram o liberalismo de Brotero e sua tolerância”,<sup>16</sup> especialmente o Cap. IV consagrado aos *Direitos do Homem*. Aí ele destaca como Direitos do Homem: a liberdade, a igualdade, o direito de propriedade e o direito de segurança, numa concepção que ia além do que dispunha a Constituição do Império e mesmo a Declaração francesa de 1789, que não incluíam a igualdade como conteúdo geral dos Direitos do Homem, embora falassem em igualdade perante a lei (Constituição do Império, art. 179, XIII). O destaque, nessa Constituição, é à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Já o Compêndio de Brotero afirma que “Os Direitos sagrados do Homem, e que formam a sua essência, são Liberdade, Igualdade, Propriedade, e Segurança”.

O mais importante é a solidariedade que ele reconhece nesses quatro direitos, “sendo estes de natureza tal, que não existindo um não existem os outros; o homem sem liberdade não tem igualdade etc.; sem igualdade não tem liberdade etc.; sem propriedade não pode conservar-se, e aperfeiçoar-se (§106), e por isso sem este direito não pode ter os demais. E finalmente sem segurança também não pode existir”.<sup>17</sup> Toma a liberdade como faculdade moral do homem, o que não destoa de Kant, ainda que ele tenha sido acusado de desconhecê-lo. É uma faculdade que foi concedida ao homem pela Natureza Naturante, o que vale dizer, concedida por Deus. E o Compêndio se propõe a demonstrar “que não pode existir nem virtude, nem felicidade, uma vez que não exista liberdade”, o que também se encontra na razão prática de Kant; e é evidente, segundo o Compêndio, que a liberdade existe em todo e qualquer homem que tenha razão e vontade.<sup>18</sup> “Como poderá um homem, que não é dotado de liberdade e que tão somente é sujeito à vontade arbitrária de

---

15 Ob. cit., p. 31.

16 Cf. Glauco da Veiga, ob. cit., v. 2, pp. 72 e ss.

17 Cf. *Princípios de Direito Natural*, pp. 210 e 211.

18 Idem, p. 213.

um outro, contribuir com a sua parte para a ordem comum, e felicidade de todos (que resulta dos esforços combinados de todos os membros da espécie humana) produzindo, e espalhando entre si os conhecimentos, a sabedoria, a indústria, os talentos etc.?” E é com base nessas ideias que ele condena a escravidão, pois “toda alma grande e generosa olha para a escravidão como um dos maiores males; e com efeito parece um excesso de baixaza, e de corrupção, e até parece, que não pode existir na natureza um homem, que se acostume por um longo hábito a ser escravo, e que possa olhar para si próprio, e considerar-se como propriedade de outro homem, e conter sua indignação à vista de um tirano”.<sup>19</sup> Passagens como essa é que enfureceram Lino Coutinho, pois falar-se contra a escravidão naquele início de Império correspondia a uma afronta à aristocracia rural brasileira.

Claro que a liberdade não é ilimitada, reconhece o Compêndio. Depois, Brotero passa à liberdade de pensar, à liberdade de consciência, liberdade de religião, de culto, mas condena o fanatismo e a intolerância religiosa. No fim, resume que o direito de liberdade deve ter as seguintes quatro grandes divisões: 1ª Liberdade pessoal; 2ª Liberdade de ação; 3ª Liberdade de consciência; 4ª Liberdade de comunicar seus pensamentos.

Já na folha de rosto do livro destaca ele uma visão da *igualdade* que teria que ser intolerável ao reacionarismo de todos os tempos, quanto mais daqueles tempos do Império:

“Os homens são iguais pelas Leis da Natureza, têm preeminência pelas suas virtudes, e têm jurisdição pelas convenções. Feliz o Príncipe, que bem souber, qual é o ser, e qual tem sido a marcha do Gênero Humano”. Pois, acrescentou ele, a natureza fez todos os homens iguais, é este um princípio, é uma verdade, que não necessita de demonstração, mas só de esclarecimento, pois que ela, bem como as outras, sofre interpretação; e em todas há sempre um mau gênio, que não lhes dá a verdadeira aceção. Não que entenda que essa igualdade seja nivelamento; não, ele admite que as faculdades do homem não são iguais no desenvolvimento, pois desigualdades provêm dos órgãos sensórios, sujeitos a variedades, ou seja, “os homens são iguais de direito, porém não de fato, os homens são iguais perante as leis da natureza, porém, não são iguais entre si; todos têm o seu princípio na Natureza Naturante [ou seja, em Deus], todos são sujeitos à grande lei física da natureza” [etc.].<sup>20</sup>

---

19 Idem, pp. 215 e ss.

20 Idem, pp. 230, 231 e 234.

A sua concepção de *direito de propriedade* também não poderia agradar aos conservadores, já que subordinava esse direito ao trabalho. “Todo o homem tem um direito inviolável ao gozo dos frutos de seu trabalho, e da sua indústria honesta.... O homem pelas suas faculdades físicas nasceu para o trabalho, e pelas faculdades morais nasceu para a indústria honesta; o homem é livre senhor, e possuidor destas mesmas faculdades, e por isso ele deve ser senhor, e possuidor do resultado delas”.<sup>21</sup> Depois, mostra que a terra foi propriedade do gênero humano, porém propriedade em comum, mas daí passa ele a mostrar como se chegou à apropriação da terra e passa a examinar as relações civis da propriedade.<sup>22</sup>

E só depois de discorrer sobre os contratos e as sociedades é que ele vai cuidar do *direito de segurança*. Essas inserções assistemáticas são comuns no *Compêndio*, além das largas notas de rodapé.

O *direito de segurança* tem como fundamento a obrigação que a Eterna Justiça conferiu ao homem de conservar-se e aperfeiçoar-se. “Este direito, que é universalmente reconhecido como necessário, nos provém diretamente e imediatamente da obrigação da nossa própria conservação, e não da injustiça ou do crime do Agressor”; é “o direito de assegurarmos, por todos os meios possíveis, o nosso bem-estar, prevenindo e repelindo, até o extremo, qualquer atentado contra o nosso *to-suum*”,<sup>23</sup> e se divide em direito de defesa e direito de reivindicação.

O livro é razoavelmente desordenado, com longas citações, assim é que ele entra com uma introdução estranha ao capítulo 5º, onde vai tratar dos contratos, seguida de uma advertência pitoresca, com o subtítulo – *Mais vale tarde que nunca* – para dar as razões “das imensas notas postas neste *Compêndio*”, geralmente em francês, como a nota 1 à página 339, de página inteira até a pág. 353.

Avelar Brotero publicou outros livros: *Questões sobre Presas Marítimas* (2ª ed., 1836), *Tumulto do Povo em Évora*, drama em três atos (São Paulo, 1845), *Princípios de Direito Público Análise de Alguns Parágrafos de Watel* (São Paulo, 1837, folheto 80 páginas).

Merece especial destaque o volume: *Filosofia de Direito Constitucional* (São Paulo, 1842, 126 páginas).<sup>24</sup> Miguel Reale acredita que este

21 Idem, pp. 238 e 239.

22 Idem, pp. 249-285.

23 Idem, pp. 330 e ss. A expressão “to-suum” corresponde a tudo que forma a nossa existência. (id. p. 332), como o *Dasein* de Heidegger.

24 Cf. Augusto Victorino Alves Sacramento Blaque, *Dicionário Bibliográfico*, IV vol., 1878, no verbete *José Maria de Avelar Brotero*.

seja a reprodução daquele folheto de 80 páginas, publicado em 1837.<sup>25</sup> Pode ser, mas talvez reformulado e ampliado. Vale a pena ler e examinar este texto sobre a filosofia do direito constitucional que apresenta surpresa agradável para o constitucionalismo brasileiro, ainda que ele não seja sobre direito constitucional positivo, pois não se refere à Constituição do Império.<sup>26</sup> O volume que existe na Faculdade de Direito de São Paulo é de 1842. É composto de lições, pelo que se pode supor tratar-se de preleções ministradas por Brotero quando se ocupou da cadeira de Direito Público e Análise da Constituição naqueles momentos a que já fiz referência acima. Começa fazendo distinção entre o Direito Público e Direito das Gentes, observando que “o direito público universal é uma abstração do direito constitucional orgânico dos povos [ou seja, *direito constitucional positivo*], tornando-se filosofia do mesmo direito, comum a todas as constituições, a todas as organizações sociais, sejam quais forem as formas de governo, sejam quais forem as distribuições de direito e obrigações”. Ele serve de base de qualquer direito constitucional orgânico particular. Trata em seguida da política, do direito das gentes. Entra nas questões da soberania, com a observação revolucionária, então, quando predominava a ideia de soberania nacional como fonte do poder, ele entende que da definição de soberania nacional “se conclui por uma dedução necessária, que a mesma soberania só pode residir, e de fato só reside em o povo” (p. 8) e logo repele os “inimigos da soberania popular” (p. 9). Repele, como falsa, a doutrina divina do poder (p. 10). Isso tudo está muito além do tempo de Brotero, porque, então, vigorava a doutrina da soberania nacional<sup>27</sup> (conservadora) e ainda resquício da doutrina da origem divina do poder. É bem verdade que, para ele, a soberania popular é sempre a soberania das maiorias, e que, na democracia, a política fica sujeita “à anarquia das paixões” (p. 16). No entanto, encontram-se nele passagens com boa compreensão da democracia, como esta:

“Quando os dois poderes [*legislativo e executivo*] estão totalmente separados, e independentes, e há intervenção direta da soberania popular na ação dos mesmos poderes então existe a democracia” (p. 22). Prestigia a soberania popular que, “tendo na eleição o meio de reprovar e castigar, ou aprovar e premiar as opiniões, virtudes e merecimentos dos agentes

---

25 Cf. *Horizontes do Direito e da História*, p. 205, nota 17.

26 Cf. José Maria de Avelar Brotero, *A Filosofia do Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007, “Introdução” de José Afonso da Silva.

27 Cf. Pimenta Bueno, *Direito Pública Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, que é bem posterior, se apega à soberania nacional e nada diz sobre a soberania popular (pp. 25 ss, da edição do Senado Federal de 1978).

dos poderes, tem em si a aprovação da política do estado, e uma influência direta sobre as ações dos mesmos agentes, e é nesse sentido supra que tomamos a palavra direta” (p. 23). Repele as monarquias absolutas, admite a monarquia constitucional e não recusa a república, defende o bicameralismo (p. 25). Discute um pouco a formação das leis, veto, sanção (pp. 27 e 28). Tem boas observações sobre o direito de graça. Desenvolve boas considerações sobre o poder executivo, ainda que um pouco preso ao direito positivo do Império, tanto que observa que os ministros de Estado não fazem parte do poder executivo, o que só é válido para o sistema imperial, então vigente, e para o presidencialismo. Tanto é certo que sua teoria vem do sistema imperial que ele entende que o “chefe do poder executivo tem um poder soberano, é inviolável, é irresponsável porque tem uma delegação, e uma representação soberana” (p. 37). Tem também considerações sobre os Municípios (pp. 39 a 44), o que era uma novidade naquele início do século dezenove, dizendo que nas democracias as nomeações municipais (organização dos poderes locais) devem pertencer à urna eleitoral da povoação, e os atos legislativos municipais devem sofrer a aprovação do poder legislativo, e os atos administrativos devem estar sujeitos à inspeção, e aprovação do poder executivo (p. 44), arrematando que seria repugnante ao direito público universal “como aconteceria se se desse aos municípios de uma monarquia privilégios democráticos, e aos de uma democracia privilégios monárquicos” (p. 44). Ele insiste sempre em falar de democracia, o que, na época, era raro, assim é que em Pimenta Bueno, o melhor constitucionalista do império, nunca se encontra menção à democracia, nem mesmo quando ele trata das eleições, ao passo que Brotero abre esse tema com a declaração de que, *nas democracias*, em geral, todos os cidadãos devem gozar do voto ativo e passivo, o que não quer dizer que a lei fundamental (a expressão é dele) não marque requisitos individuais. “Quando se diz que nas democracias todos os cidadãos devem votar, e terem a possibilidade de ser eleitos, quer-se dizer que não há castas privilegiadas, e que todos são iguais perante a lei. Os ouvintes [*expressão dele, o que denota tratar-se de lições proferidas em aula*] já sabem o que se entende por iguais perante a lei, e vem a ser esse direito natural, pelo qual qualquer homem tem a faculdade de pôr em ação todos os meios lícitos a seu alcance para conseguir um fim, e realizar ou conseguir um requisito, ou requisitos necessários para ser igual a seus concidadãos” (pp. 46 e 47).

Ao entrar nas formas de governo, declara logo que a melhor é “a monarquia democrática” (pp. 57 ss). Não foi claro, mas parece que o poder moderador não lhe agradava, não se pronunciou com precisão porque

“um escritor de direito público universal [*deve*] estabelecer princípios, que são contra ideias recebidas, interesses estabelecidos, artigos mesmo de leis escritas; é, portanto, necessário que os nossos ouvintes tenham sempre em vista que não há regras sem exceção, e que o direito público universal não é o direito público de um estado determinado” (p. 68). Não deixa de falar no federalismo, ainda que chame de confederação os governos federativos, dizendo que não pertencem ao direito público, mas ao direito das gentes, a despeito de dizer, imediatamente, que todas as confederações são constitucionais e representativas, o que constitui inequívoca confusão conceitual, a despeito de que, também, ilustra sua lição com os Estados Unidos e a Alemanha.

Esse pequeno volume merece ser lido, embora muito dependente das lições de Vattel, como o próprio autor reconhece.<sup>28</sup>

---

28 Por isso, preparamos uma edição do velho texto de Avelar Brotero, cuja introdução por nós elaborada serviu de base do texto acima apresentado, cf. Conselheiro José Maria de Avelar Brotero, *A Filosofia do Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007, Introdução de José Afonso da Silva.

## CAPÍTULO II

### Os Pioneiros

#### *Esclarecimento.*

Arrolaremos neste capítulo professores de direito constitucional da Faculdade de Direito de São Paulo, do século XIX, de escassa produção constitucional. Serão apresentados na ordem do exercício do seu magistério, a começar, portanto, pelo Padre Dr. Antônio Maria de Moura.

#### *Padre Dr. Antônio Maria de Moura*

Nasceu em Sabará, na Província de Minas Gerais. Formou-se pela Universidade de Coimbra. Nomeado, por decreto de 17.7.1828, lente da primeira cadeira do segundo ano do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito de Olinda, não tomou posse. Por decreto de 17.7.1829, foi nomeado lente catedrático e tomou posse da primeira cadeira do segundo ano do Curso Jurídico de São Paulo, *Direito Natural Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia*, em continuação das matérias, ensinadas no primeiro ano, pelo Dr. Avelar Brotero. Por decreto de 7.8.1831, foi-lhe designada a segunda cadeira do quinto ano, *Teoria e Prática do Processo*. Pediu exoneração da cátedra em 1833, mas voltou em 1834. Representou a Província de Minas Gerais na Assembleia Geral de 1830 a 1837. Faleceu em 12.3.1842. Nada se sabe a respeito de suas lições de *Análise da Constituição do Império*. Ao que tudo indica, não chegou a ensinar a disciplina, ficando nos limites do direito natural. Portanto, embora lente de direito constitucional, nada deixou que o credencie como constitucionalista.

Faleceu em 12.3.1842.

#### *O Conselheiro Arcipreste*

Dr. João Jacinto Gonçalves de Andrade, Conselheiro Arcipreste, era padre, chegou a cônego da catedral; lecionou *Direito Constitucional*,

*Público, das Gentes e Diplomacia* em 1880, mas sua cátedra inicial era de *Direito Natural*. Mais tarde permutou com Martim Francisco para *Direito Eclesiástico*.

Obteve o grau de doutor em 1865 com a dissertação sob o título “Os governos despóticos podem ser justificados pelos princípios do Direito Público”. Como era costume então, os concursos na Faculdade de Direito de São Paulo compreendiam a apresentação de teses, em geral três teses pertinentes a cada uma das disciplinas de que se compunha o currículo do curso, e uma dissertação sobre um tema de escolha do candidato. O Conselheiro Arcipreste o fez. Suas teses em Direito Público foram: 1ª *Soberania e governo exprimem ideias distintas*; 2ª *Convém que no Estado exista o direito de agraciar*; 3ª *É uma das atribuições de livre e pessoal apreciação do Poder Público*, parecendo assim que essa terceira tese se reporte à segunda. As teses sobre a Constituição foram: 1ª *Com alguma das exceções do §1º do art. 92, o menor de 25 anos pode ser membro da Assembleia Provincial* [observe-se que o art. 92 não tem parágrafos, mas apenas incisos, portanto a referência ao §1º deve ser entendida ao inc. I que declarava: *São excluídos de votar nas Assembleias Paroquiais: Os menores de vinte e cinco anos, nos quais se não compreendem os casados, oficiais militares, que forem maiores de vinte e um anos, os bacharéis formados, e clérigos de Ordem Sacra*]; 2ª *Harmoniza-se com os princípios da ciência a divisão quádrupla do art. 10* [ou seja, Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário]; 3ª *É facultativa a disposição do art. 61* [É uma tese tão evidente, já que sua natureza facultativa decorre da expressão verbal empregada: *poderá requerer...*]. As teses apresentadas tinham que ser sustentadas perante uma banca de opositores, de sorte que a sua leitura pura e simplesmente revela muito pouco. A dissertação apresentada pelo Conselheiro Arcipreste se constituía de apenas seis páginas impressas. Ele começa definindo os governos despóticos como “aqueles em que o chefe supremo do estado se acha revestido de um poder comparado ao que tem o senhor sobre seus escravos”. Cita quatro ou cinco doutrinadores. Em seguida passa aos princípios do Direito Público, tais como: “É princípio ou máxima fundamental de direito público que assim como o homem não pode viver fora da sociedade, também nenhuma sociedade pode subsistir sem um poder, sem uma autoridade que a dirija” [...] “Se este princípio é incontroverso, não o é menos est’outro – que a autoridade pública, para cumprir e desempenhar sua missão, deve ser revestida da força necessária para manter a ordem, e conter cada membro da sociedade dentro da esfera em que lhe é permitido exercer sua atividade”, pois é da essência do poder social exercer domi-

nação absoluta sobre todas as forças individuais; é uma consequência da superioridade virtual do interesse geral sobre os interesses privados, mas a justiça é a regra suprema de todos atos de dominação. “É também princípio incontestável do direito público que o homem, filiando-se em uma sociedade-Estado, não abdica por isso sua personalidade individual; pelo contrário, continua a ser uma pessoa livre e independente, como d’antes, exceto naquilo que é relativo ao interesse comum. Se o Estado é uma personalidade, o cidadão, o indivíduo o é também: por consequência é injustificável um governo, no qual a personalidade coletiva absorve a personalidade individual”. Demais, “é princípio igualmente não sujeito a contestação, que o governo é meio, e não fim, a respeito dos governados”. A conclusão, previsível, a que o Conselheiro Arcipreste chega, ao final de sua dissertação, é a de que “os governos despóticos não podem ser justificados pelos princípios do Direito Público”. Nada mais sabemos da produção constitucional do Conselheiro.

*Dr. José Maria Corrêa de Sá e Benevides*

Era genro de Avelar Brotero. Fez estudos secundários no Colégio Pedro II (Rio de Janeiro). Formou-se em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1854. Foi Juiz municipal na Província do Rio de Janeiro. Em 1857 montou escritório de advocacia em São Paulo. Conquistou o grau de doutor em 1858. Tornou-se Lente substituto por concurso em 8.7.1865 e Catedrático, em 31.7.1877, de *Direito Natural, Público, e das Gentes*, na vaga de Ernesto Ferreira França. Foi presidente da província de Minas Gerais. Era católico ultramontano e monarquista do direito divino, não admitindo transigência alguma com o positivismo de Augusto Comte e outros.

Dentre suas obras, estão: *Filosofia Elementar do Direito Público Interno, Temporal e Universal* (1867), *Análise da Constituição do Império do Brasil* (1890).

Seu monarquismo era tal que, apesar da Proclamação da República em 1889, ainda publicou sua *Análise da Constituição Política do Império do Brasil*, em 1890. Começa conceituando, corretamente, a Constituição Política como a lei suprema e fundamental que estabelece as bases da ordem social e política; assim é porque trata dos direitos do homem e dos direitos do cidadão como limites dos poderes políticos (p. 7); declara que a lei fundamental do Império, originariamente, uma carta constitucional, no que ele tinha razão, porque outorgada; “mas tornou-se depois verdadeira constituição pelo assentimento da Nação, executando a carta

constitucional, e pelo Ato Adicional à Carta Constitucional, decretado pela Assembleia Nacional Constituinte” (p. 9). Concebe os direitos individuais como sendo os direitos absolutos do homem, da igualdade, liberdade, propriedade e segurança (p. 16). Sustentou que a Constituição do Império reconhecia o caráter divino da soberania no seu preâmbulo (p. 87), só porque aí se diz que D. Pedro Primeiro, *por graça de Deus...*, sem considerar o disposto nos arts. 11 e 12, segundo os quais os representantes da nação brasileira são o Imperador e a Assembleia Geral e que todos esses Poderes no Império do Brasil são delegações da nação. Repudia, por conseguinte, a soberania popular que entende contrária ao direito natural (p. 84). Por isso também repudiava o liberalismo, porque punha a soberania no povo e fazia depender a legitimidade da autoridade só no consentimento popular (p. 84). No entanto, exprime-se, corretamente, contra a ditadura, porque acredita que “a ditadura não é legítima em caso algum, porque o ditador imposto por uma revolução ou nomeado pelo povo está eivado do espírito social, há de abusar dos poderes absolutos que lhe foram confiados e que irritam a dignidade humana, servirá de instrumento a oligarquias dissimuladas, desenvolverá o espírito do servilismo e de adulação e aniquilará o espírito público” (p. 155). Para ele, “a monarquia mista e temperada é a melhor forma de governo, porque concilia a ordem e o progresso, a autoridade e a liberdade” (p. 171). Ferrenho monarquista, encontrava sempre meio de depreciar as repúblicas, por isso vaticinou pouca vida para a República Francesa de 1875, no que se equivocou (p. 170). Sua referência à dignidade humana merece destaque, porque não era um princípio a que, na época, se dava importância.

Quando ele publicou sua *Análise da Constituição*, já tinha sido expedido o Decreto n. 510, de 22.6.1890, que publicou, como Constituição provisória, o Projeto de Constituição elaborado pela chamada Comissão dos Cinco e revisto por Ruy Barbosa. Lamenta que esse decreto não invoque a Divindade nem a Soberania da Nação, acusa-o de ser “um ato de prepotência da república ditatorial” e o “governo provisório é um governo de fato”, “não recebeu legítima delegação da Nação” [Isso não é totalmente verdadeiro, se se considerar que a Proclamação da República foi uma revolução, e foi, ainda que incruenta]. “A força bruta, a violência criminosa, não são fontes legítimas da autoridade pública” (p. 11). Examina o preâmbulo da Constituição do Império, especialmente se detém na invocação ao nome da Santíssima Trindade e mostra as diversas Constituições do seu tempo que assim o faziam, mas não o fez o Decreto 510/1890, que não invocou a proteção de Deus, rompendo assim as tradições pátrias e dos povos cristãos (p. 15). Essa sua *Análise da Constituição*