

## O Fundamento Jusnaturalista para a Separação entre os Poderes Executivo e Judicial, em Meados do Século XIX no Brasil

Renan Aguiar<sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. A Cultura jurídico-intelectual (dogmática jurídica); 2. Os fundamentos dos Direitos Privado e Público; 3. A Separação de Poderes; Considerações finais.

**Resumo:** Este trabalho investigou como o fundamento jusnatural foi utilizado no Brasil, em meados do século XIX, para operacionalizar a separação entre os poderes Executivo e Judiciário. As fontes de pesquisa foram as da literatura jurídica do período, o que mitigou as interpretações anacrônicas e as concepções estrangeiras que, em meados do século XIX, não faziam parte da cultura jurídico-dogmática brasileira. De acordo com a investigação, a dogmática jurídica hierarquizou os direitos naturais e políticos e fez derivar desta estratificação a separação entre os poderes Executivo e Judiciário. Tal asserção apresenta um novo caminho investigatório para a separação dos poderes, cujos estudos, tradicionalmente, assentam-se sobre as Teorias Políticas e do Estado.

**Palavras-chave:** Separação de Poderes no Império; Jusnaturalismo no Império; Cultura Jurídica no Império.

**Abstract:** This paper investigated how the legal foundation was used in Brazil, in the mid-nineteenth century, to operationalize the separation between the Executive and Judiciary powers. The research sources were the legal literature of the period, which mitigated the anachronistic interpretations and foreign conceptions that, in the mid-nineteenth century, were not part of the Brazilian legal-dogmatic culture. The legal literature hierarchized natural and political rights and made the separation between the Executive and Judiciary powers derive from this stratification. This assertion presents a new investigative path for the separation of powers, whose studies, traditionally, are based on Political and State Theories.

**Keywords:** Separation of Powers in the Brazilian Empire; Jusnaturalism in the Brazilian Empire; Legal Culture in the Brazilian Empire.

### Introdução

A motivação inicial deste trabalho foi a descrição da organização da Justiça administrativa, sob a égide da Constituição de 1824, objetivando compreender-se porque os juristas da segunda metade do século XIX consideravam o Judiciário como o Poder destinado a dirimir conflitos de natureza privada e o Executivo como o solucionador das controvérsias de Direito Público. Porém, no curso da pesquisa, os fundamentos do Direito Administrativo e do Direito Particular (privado) se revelaram chaves explicativas para a compreensão dos fundamentos jurídicos da separação entre os Poderes Judicial e Executivo.

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Cândido Mendes; doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense; mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; advogado e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

O estudo circunscreveu-se à cultura jurídico-dogmática, pois o que se deseja saber é como se justificava juridicamente a separação entre os poderes, algo impassível de apreensão através de pesquisas simplesmente legislativas, pois este tipo de análise, ao tratar o texto como autoevidente, promove a interpretação anacrônica do Direito e oculta continuidades e rupturas com as formas de se pensar o Direito em seu contexto histórico. O estudo da cultura jurídico-dogmática, por sua vez, reflete o complexo teórico dos doutrinadores, evidenciando as disputas entre as formas de fundamentar a separação entre os poderes Executivo e Judicial.

A dogmática, submersa no jogo da linguagem do direito e sujeita aos seus processos de comunicação, retroalimenta-se dos usos linguísticos de sua época, bem como dos usos pretéritos, estes modificados cotidianamente para servirem ao processo de comunicação e aplicação do Direito. Os procedimentos de modificação da linguagem jurídica, são determinados pelos: (1) elementos estranhos à dogmática jurídica (cultura Jurídica), como a ideologia, a moral<sup>2</sup> e outras formas de expressão de normatividades, ideias e interesses que, ocultamente, se conjugam para, através da dogmática jurídica, determinarem novas formas possíveis de se dizer e concretizar o Direito, adequando a doutrina jurídica às diversas possibilidades de usos da linguagem, segundo as concepções ideológicas e doutrinárias vigentes em seu tempo<sup>3</sup>; (2) impulsos originados na própria dogmática (cultura jurídica) que respondem a questões, muitas vezes, meramente teóricas de pouca ou nenhuma relevância social imediata.

A linguagem jurídica expressava-se através da cultura jurídico-dogmática que, por sua vez, no século XIX, era escrita em livros e em artigos publicados em periódicos. Mas os livros, muitos deles manuais, eram os verdadeiros guias para o uso do direito, pois as atividades acadêmicas, nas faculdades de Direito, correntemente, eram obnubiladas pelos

---

<sup>2</sup> Para Santiago Nino (Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1998. pp. 344-45.), os critérios de escolhas recaem sobre a moral que determinaria as possibilidades da dogmática, a partir de um conjunto ético compartilhado pelos juristas. Assim, a moral seria o conjunto de valores externos ao mundo jurídico que o influenciariam na escolha das opções “mais racionais”. Seriam as regras determinadas pela moral? Talvez mais prudente seja conferir à intersubjetividade da cultura jurídico-dogmática a autoria, mesmo que indefinida, das regras de correlação e das generalizações simbólicas, como faz Thomas Kuhn em *A estrutura das revoluções científicas* (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1997. pp. 225-232.), tratando de outros ramos do conhecimento.

<sup>3</sup> Ao reduzir a complexidade de “como se dizer o Direito”, a cultura jurídico-dogmática oferece maior grau de “segurança à sociedade”, exercendo um papel essencial para o uso do direito, pois permite a eliminação de concepções “extravagantes” e adequa do uso do direito a um conjunto de concepções controláveis e previsíveis pelo paradigma jurídico dominante (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. pp. 39-51 e VIEHWEG, Theodor. *Topica y Filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991. pp. 141-149). Ao adaptar as “novas tendências” ao paradigma jurídico compartilhado, a dogmática garante a necessária segurança nas relações jurídicas, reafirmando o paradigma dominante do Direito. (AGUIAR. Renan. *Judicialização da Política e Dogmática Jurídica: aportes para uma análise da relação entre saúde direito e política in: OLIVEIRA, Maria Helena Barros de; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel. *Direito e Saúde: um campo em construção*. Rio de Janeiro: ENSP, 2009. p. 94-95.).*

discursos políticos e pela predileção, de muitos, pela prática jornalística. Assim, os manuais de Direito expressavam os conteúdos mais relevantes para se conhecer o Direito e aplicá-lo.

Neste rico universo, para a elaboração do presente estudo, delimitou-se a bibliografia a partir de dois inventários: (i) da Bibliografia Brasileira de Direito<sup>4</sup> e (ii) da Literatura Jurídica do Império de autoria de Pedro Dutra<sup>5</sup>. Selecionou-se as obras destes inventários segundo os seguintes critérios: (i) cronológico, que compreendeu o período da Independência à crise de 1870 e (ii) temático, através do qual foram selecionadas obras de Direito que versassem sobre a separação dos poderes em capítulos ou unidades específicas.

### 1. A Cultura Jurídico-Intelectual (Dogmática Jurídica)

A linguagem é a atividade humana que promove manifestações linguísticas providas de sentidos, segundo os hábitos intersubjetivamente válidos das diversas comunidades linguísticas<sup>6</sup>. Quando se utiliza a palavra “jogo” ou “linguagem” sabe-se do que se fala, mesmo que sejam vagas as regras delimitadoras de seu uso. Da mesma forma, quando se joga futebol, este possui regras, mas as regras não determinam tudo o que acontecerá no campo, pois os sentidos dependerão do jogo de linguagem, a ser determinado pelo jogar<sup>7</sup>. As construções dos sentidos ficam submetidas ao uso, à prática da comunicação<sup>8</sup>, na qual os diversos jogos de linguagem são utilizados como “objetos de comparação”, não havendo um uso correto, nem um jogo de linguagem superior, pois todos podem ser adequados ou

---

<sup>4</sup> MORAIS, Rubens Borba de Moraes; e BERRIEN, Willian. Manual bibliográfico de estudos brasileiros. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 197-203.

<sup>5</sup> DUTRA, Pedro. Literatura jurídica no Império. 2ª edição. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

<sup>6</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Abril Cultural, 1999. pp. 90-93; 98; 114-117.

<sup>7</sup> Como justifica Wittgenstein: “Em vez de indicar algo que é comum a tudo aquilo que chamamos de linguagem, digo que não há uma coisa comum a esses fenômenos, em virtude da qual empregamos para todos a mesma palavra, - mas sim que estão *aparentados* uns com os outros de muitos modos diferentes.” (WITTGENSTEIN, *Ibidem*.p. 52). A imprecisão do conceito de jogo faz Wittgenstein recorrer a uma analogia em sua justificação: “Uma fotografia pouco nítida é realmente uma imagem de uma pessoa?” (*Ibidem* p. 54.) É possível, para Wittgenstein, traçar limites segundo objetivos determinados; mas isto não implica que tais limites existam por si próprios, independentemente dos objetivos traçados, ou seja, os limites, traçados aos conceitos, ganham sentido na medida em que são relativos a um uso determinado que se pretende fazer dos conceitos. A exatidão dos conceitos é um atributo do uso.

<sup>8</sup> Sobre significação e uso, Wallner, analiticamente, esclarece as duas abordagens diferentes de acesso à certeza, as quais correspondem, respectivamente, ao primeiro e ao segundo Wittgenstein: “Significação (Bedeutung) e uso (Gebrauch) representam, na verdade, duas maneiras diferentes do acesso humano ao mundo, todavia não podem ser comprometidos como contravalentes, pois somente em uma análise provisória, a vontade parece determinar o acesso ao mundo no âmbito do conceito de “uso”, enquanto que a significação parece situar-se antes ou depois – mas de qualquer forma fora da vontade - . Contudo já se observa aqui, que significação e uso permanecem interdependentes, entendidos como formas diferentes de análise.” (Wallner, Friedrich. *A obra filosófica de Wittgenstein como unidade: reflexões e exercícios em relação a uma nova concepção de filosofia*. P. 74) É o que de forma semelhante havia classificado Castanheira Neves como: relação de exterioridade constitutiva e relação de imanência constitutiva em oposição a uma relação de reconstrução crítico-reflexiva (Castanheira Neves, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. p. 9-11)

<sup>9</sup> GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. p. 68.

não, segundo os fins a que se propõem. Assim, a interpretação e aplicação do Direito pressupõem e fazem uso da linguagem comum ao universo jurídico, em seu processo de determinação de sentidos. As normas jurídicas e seus sentidos determinam-se através da constante interação dos diversos usos que se faz dos sentidos que interagem no campo linguístico do Direito (dogmática jurídica), tornando determinante, no processo de produção das interpretações jurídicas, a escolha dos usos possíveis para o jogo da linguagem jurídica.

A dogmática jurídica reduz a complexidade da aplicação do Direito ao oferecer respostas aos problemas de interpretação e adequação do Direito ao seu conjunto ideológico doutrinário, o que reduz o universo das interpretações e oferece maior grau de segurança jurídica, com a eliminação das concepções “extravagantes” e, conseqüentemente, com a constituição de um conjunto de opiniões minimamente previsíveis.

Em sua elaboração, a dogmática usa a razão, mas também escolhe as teorias, os princípios e os “melhores” sentidos normativos. Este processo não é lógico; poderia ser aleatório e irracional, mas se o fosse não gozaria da adesão dos juristas e não se consubstanciaria como doutrina, como dogmática. Quando o jurista produz o seu saber, já havia estudado Direito, ou seja, possuía conhecimento de um conjunto de generalizações simbólicas, tais como: “*quisquis praesumitur bonus* - presunção de inocência, “quem pode mais pode menos”, “separação entre direito público e privado”. O trabalho do jurista consiste, em grande parte, nas conformações entre as generalizações e os casos singulares, o que não é um mero exercício lógico-silogístico, pois inexitem regras de correlacionem logicamente os enunciados aos casos diversos.

As regras de correlações são aquelas que vinculam a proposição presente na generalização simbólica aos casos concretos, dando possibilidade aplicativa à generalização, como tais regras não são escritas, mas apreendidas pelo processo de instrução jurídica do estudante, do estudioso e do operador do direito, são subordinadas às analogias aos casos anteriormente conhecidos e compartilhados pela própria dogmática. Seriam as regras de correlação determinadas pela moral? Talvez mais prudente seja conferir à intersubjetividade da cultura jurídico-dogmática a autoria das regras de correlação e das generalizações simbólicas, como faz Thomas Kuhn em *A estrutura das revoluções científicas*<sup>10</sup>, tratando de outros ramos do conhecimento.

A constituição da dogmática jurídica no Brasil é fonte de muitas controvérsias, dentre elas a de sua existência autônoma no século XIX, período de análise do presente trabalho. Nabuco de Araújo, Cândido Mendes e Lafayette Pereira reclamaram, em diversos

---

<sup>10</sup> Cfr. Kuhn, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. pp. 225-232.

momentos, da ausência de uma jurisprudência nacional, o que aparentemente teria sido, segundo Lima Lopes<sup>11</sup>, confirmado por Venâncio Filho e por Sérgio Adorno. É certo que a ansiedade por um direito nacional esteve presente nas análises de diversos autores do período e também nas obras de seus sucedâneos, como Martins Júnior<sup>12</sup>, este o primeiro autor de obra específica de História do Direito no Brasil. Certamente a necessidade de distinção do passado colonial e depois do passado imperial determinou discursos nacionais e republicanos como representações do novo em detrimento ao antigo e do velho.

Venâncio Filho<sup>13</sup>, em clássica tese sobre o bacharelismo no Brasil, reconhece as Faculdades de Direito como escolas de poder, nas quais as elites relacionam-se e preparam-se para a condução dos negócios de Estado. Pouca atenção, como confirmado por Sérgio Adorno<sup>14</sup>, era dada aos estudos dogmáticos do direito, sendo o jornalismo e o pertencimento aos agrupamentos políticos mais importantes que os debates jurídicos. Este quadro descritivo da insuficiência do ensino do Direito determinou a necessidade de autodidatismo dos estudantes interessados no estudo do Direito e em sua prática, confirmando, portanto, a importância da literatura jurídico-dogmática que, desprezada nas Faculdades, foi a fonte principal dos estudos dos juristas autodidatas. Assim, não parece prosperar a ideia de que a ausência de um debate acadêmico sobre o Direito determinaria a ausência de uma cultura jurídica, de uma dogmática.

Por suas características específicas, a dogmática não se confunde com o conceito de campo intelectual, pois este, pensado para ambientes acadêmicos e artísticos, pode gozar de um grau de autonomia impensável ao universo intelectual do Direito, pois este pretende ser útil à solução de casos externos ao seu próprio ambiente, interferindo em questões políticas, econômicas, dentre outras. Assim, como o contexto intelectual do jurista não pode ser tomado como autônomo, perde sentido o debate que nega a possibilidade de constituição de uma cultura jurídica pela falta de autonomia daquilo que não pode ser autônomo. É certo, no entanto, que a falta de autonomia, por outro lado, não justifica o resgate à tradicional História das Ideias e de seu anacronismo, mas impõe o uso elástico dos conceitos que permeiam as perspectivas historiográficas contextualistas.

---

<sup>11</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889)*. A formação da cultura jurídica brasileira. Almanack braziliense, Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 5, pp. 4-7.

<sup>12</sup> MARTINS JÚNIOR, J. Izidoro. *História do direito nacional*. Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democrática, 1895.

<sup>13</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1982. pp. 113-163.

<sup>14</sup> ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizagens do Poder*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988. PP. 149-151; 236-237.

## 2. Os Fundamentos dos Direitos Privado e Público.

A dogmática jurídica da segunda metade do século XIX, fortemente influenciada pela bibliografia francesa, incorporou aos seus estudos as ideias e os conceitos de “natureza” e de “associação civil”, desenvolvendo-os à par das unidades conceituais: “Direito Natural” e “Direito Político”. Os “direitos naturais”, encontrados nas obras dos autores do período, possuem dois fundamentos intrinsecamente acoplados e indissociáveis: o divino e o racional. A razão, uma dádiva divina, seria o procedimento segundo o qual o homem conheceria das leis naturais.

As leis divinas, cuja finalidade, segundo Brotero<sup>15</sup>, seria a conservação e o aperfeiçoamento humano, ambos necessários à glória do ser supremo (Deus), dividir-se-iam em: reveladas e naturais. As leis naturais seriam aquelas “que Deus determinou que o homem seguisse em suas acções, e que gravou no coração do mesmo homem, e fez pública a toda humanidade, por uma inata luz, que se chama razão.<sup>16</sup>” Já as reveladas, ou leis divinas positivas, seriam as anunciadas por profetas ou pessoas sobrenaturalmente inspiradas.

As leis da natureza, tão antigas quanto a razão humana, seriam obrigatórias em todos os países e tempos; seriam imutáveis e universais, portanto, fundantes de todas as leis que, conseqüentemente, também seriam “verdadeiras e certas, visto que a mesma Natureza Naturante tem estes dous caracteres”<sup>17</sup>. As leis humanas ou civis, constituídas e ditadas pela soberania das nações, para fins de preservação da felicidade e da tranquilidade do homem, não deveriam contrariar as leis naturais e se o fizerem não dever-se-ia considerá-las como válidas, pois contrariariam a razão e o próprio Deus<sup>18</sup>.

Pimenta Bueno, avançando sobre os estudos constitucionais, dividiu os direitos em: (i) direitos naturais; (ii) direitos civis e (iii) direitos políticos. Os direitos naturais seriam morais e de revelação racional da criatura de Deus, portanto, inalienáveis e imprescritíveis, características sem as quais o homem seria abatido, aviltado e deixaria de ser o que é. Tais direitos, compartilhados por todas as criaturas racionais de Deus, seriam, naturalmente,

---

<sup>15</sup> BROTERO, José Maria Avellar. *Princípios de Direito Natural compilados*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829. p. 17. Brotero foi professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco até 1871, quando de sua aposentadoria. (FERREIRA, Waldemar. A Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo na Centúria de 1827 a 1927. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. Vol. XXIV, 41-42, 1928.). Sobre a polêmica apresentação de *Princípios de Direito Natural compilados*, de autoria de Brotero, ver: ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizagens do Poder*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988. pp. 151.

<sup>16</sup> BROTERO, José Maria Avellar. Op. cit. p. 52.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 18.

<sup>18</sup> Ibidem. pp.17 e 52.

universais, imutáveis e hierarquicamente superiores à lei positiva, a qual não poderia contrariá-los.<sup>19</sup>

Os direitos positivos, civis ou políticos, deveriam acima de tudo promover os Direitos Naturais, assegurando o próprio gozo deles. Dentre os direitos positivos, os direitos civis conteriam os direitos naturais individuais e outros que a lei reconhecesse. Os direitos políticos seriam as criações convencionais das leis políticas (Constituições) e compartilhariam com os direitos civis não naturais o fato de serem particulares de cada nação e, portanto, mutáveis, segundo os diversos legislativos nacionais ou assembleias constitucionais<sup>20</sup>.

As compreensões de Pimenta Bueno sobre os fundamentos do Direito, tanto quanto a sua divisão e classificação, são compartilhadas por Ribas<sup>21</sup>, que avança, no entanto, em suas construções teóricas sobre os direitos público e privado. Segundo Ribas, o Direito Público Positivo, versaria sobre os princípios constitutivos do poder social, em seus diversos ramos, podendo, também ser dividido em Direito Público interno e Direito Público externo. O Direito Público interno, por sua vez, se subdividiria em: Direito Político ou Governamental e Direito Administrativo, já, este último, admitiria a divisão entre Direito Internacional ou das Gentes, e Direito eclesiástico<sup>22</sup>.

O Direito Político (ou Governamental) trataria: (i) da regulação da relação entre os poderes, (ii) da intervenção nos negócios públicos; (ii) da orientação aos principais órgãos do Estado sobre política interna e internacional. O Direito Político possuiria íntima relação com o Direito Administrativo, mas com ele não se confundiria, apesar de complementá-lo.

O Direito Privado, que os jurisconsultos romanos definiram: “quod ad singulorum utilita – tem spectat, (Inst. I. 1o tit. 1o § 4o, D. I. 1o tit. 1o c. 1o § 2o)”, seria o conjunto de leis que regeriam as relações dos indivíduos entre si, determinando os seus direitos e deveres recíprocos<sup>23</sup>. Apesar das distinções entre os diversos ramos do Direito, todos eles seriam estreitamente ligados e se mútuo auxiliariam, de maneira que:

- (i) “Em certos casos a aplicação do Direito Administrativo pela autoridade administrativa presuppõe outra aplicação do Direito Privado pela autoridade judiciária”.
- (ii) “É o Direito Privado que regula o exercício de certas atribuições administrativas, como a tutela sobre as corporações e instituições pias, e então torna-se subsidiário do Direito Administrativo.”
- (iii) “É também o Direito Privado que empresta as formulas que são imitadas pelo processo contencioso-administrativo.”<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia e imp. e const. de J. Villeneuve E C., 1857. p. 390.

<sup>20</sup> *Ibidem*. p. 389-390.

<sup>21</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. *Op. cit.* p. 31.

<sup>22</sup> *Ibidem*. p. 27-28

<sup>23</sup> *Ibidem*. pp. 31; 49-50.

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 32-33.

Por outro lado, o Direito Administrativo também auxiliaria o Direito Privado:

(i) “Protegendo o exercício dos direitos particulares que deste emanão.” (ii) “Instituindo e regulando a organização judiciaria, e dando as necessarias providencias para que ella possa livremente funcionar”. (iii) “Providenciando tambem sobre a prevenção dos factos que o Direito Penal prohibe, ou auxiliando as autoridades judiciarias a tornarem effectivas as applicações deste direito aos delinquentes.” (iv) “Incumbindo ás autoridades judiciarias o exercício de algumas attribuições administrativas, de que ellas necessitam para o bom preenchimento de sua missão<sup>25</sup>.”

Assim, pode-se concluir que o Direito Natural expressar-se-ia, segundo a cultura jurídico-dogmática do período, através do Direito Privado, sendo este o abrigo para as normas racionais e divinas. O Direito Privado confundia-se – em grande parte – com o Direito Natural, gozando, conseqüentemente – nesta parte – do mesmo fundamento de validade divino. Os direitos individuais diferenciavam-se, em seu fundamento, dos direitos políticos pela natureza destes fundamentos: o primeiro natural/divino e o segundo político, ou seja, estes elaborados pelos homens para os homens e os primeiros revelados pela razão (uma dádiva de Deus) para a defesa dos indivíduos. Estes fundamentos serviam à determinação dos âmbitos jurídico e político, determinando a competência do Poder Judiciário e do Poder Executivo e, conseqüentemente, critérios de separação entre estes poderes.

### 3. A Separação de Poderes

A doutrina jurídica de meados do Século XIX moldou as instituições jurídicas segundo suas missões, constituindo dogmas sobre as funções, os limites, as garantias dos quatro poderes. Calcando no agir sob os direitos individuais racionais, algo que remontaria ao próprio desígnio divino, o Judiciário foi alçado a um patamar distinto ao do Executivo, pois este se encontrava no mundo dos homens, dos interesses e não era o fiador de direitos ou dos direitos dos indivíduos. O poder político, expressão natural e necessária da soberania, seria uma forma de poder delegado pela soberania nacional, a ser exercido para garantir a manutenção do bem-estar social.<sup>26</sup> Conforme a Constituição de 1824, a soberania foi delegada aos quatro poderes (Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial<sup>27</sup>) que, harmônicos entre si, conservariam e garantiriam a efetivação dos direitos constitucionais<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Ibidem. p. 33.

<sup>26</sup> PIMENTA BUENO, *José Antonio*. Op. Cit. p. 30-31.

<sup>27</sup> Art. 10 da Constituição do Império (BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, 25 de março de 1824.

<sup>28</sup> Art. 9 da Constituição do Império (BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, 25 de março de 1824.

A contenção entre os poderes seria um meio eficaz de se evitar o despotismo e, para tanto, a soberania deveria ser fatiada e exercida nos limites de cada um dos quatro poderes. Ao Executivo caberiam os poderes inerentes à defesa dos interesses e dos direitos públicos, enquanto ao Judiciário caberiam os poderes para a defesa dos direitos e dos interesses individuais (propriedade, liberdade, honra e vida). Já ao Legislativo caberia a produção das leis que vinculariam os exercícios do Executivo e do Judiciário. Por fim, o Poder Moderador seria o zelador da harmonia entre os demais poderes e existiria em quase toda a associação nacional incorporado ao Executivo<sup>29</sup>.

A distinção entre os poderes do Estado, segundo a doutrina da época estudada, não deveria ser compreendida como absoluta, mas sim uma separação entre os órgãos de um ser vivo, cuja harmonia definiria a própria existência viva do ser. Assim, os poderes poderiam ser distintos e até independentes, mas seriam, substancialmente, ligados entre si. Tal percepção fez com que Ribas não acentuasse a distinção, mas sim a harmonia e a organicidade dos poderes, o que permitiu a ele incluir o Poder Judiciário dentre os ramos do Poder Executivo, este composto, também, pelos poderes governamental e administrativo<sup>30</sup>. Pimenta Bueno, que não incluía o Judiciário no rol dos poderes executivos, considerava que o Executivo ocupar-se-ia da execução das leis de ordem pública ou administrativa (leis que regulam e protegem os interesses coletivos ou gerais da associação), o poder judicial ocupar-se-ia da aplicação das leis que formam o Direito Particular, a ordem civil que regularia e comporia os interesses dos indivíduos entre si<sup>31</sup>.

O norte do Judiciário seria a Justiça e não o interesse público<sup>32</sup>, já o do Executivo seria a persecução do triunfo estatal, ainda que com o sacrifício dos indivíduos<sup>33</sup>. Mesmo acentuando a harmonia entre os poderes e considerando o Judiciário como parte do Executivo, competiria ao Judiciário, segundo Ribas, o supervisionamento das relações individuais e recíprocas entre os associados<sup>34</sup>, fazendo impor-se, através da aplicação das leis do Direito Privado, o respeito aos direitos e deveres<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. Op. Cit. pp. 30-35.

<sup>30</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. Op. cit. pp.51-53.

<sup>31</sup> Pôde-se perceber a existência de uma preocupação explícita do autor com o abuso dos interesses coletivos e públicos frente ao direito de propriedade. O Judiciário seria o bastião da defesa dos interesses dos indivíduos, sendo estável e não sensível às mudanças de governo. (RIBAS, Antonio Joaquim. Ibidem. p. 35).

<sup>32</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. Op. cit. p. 35

<sup>33</sup> PIMENTA BUENO, Op. Cit. p.34-35.

<sup>34</sup> Associado era aquele que possuía vínculo associativo com outros indivíduos na instituição associativa Estado.

<sup>35</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. Op. Cit. p. 52-53.

Coerente com as funções do Direito Político, Ribas considerou que ramo governamental do Executivo (também denominado político) possuiria uma missão inteiramente moral e de superintendência. Caber-lhe-ia:

Perscrutar atento as tendências da opinião pública para esclarecê-las, e guiá-las; estudar as paixões do povo para moderá-las, dirigi-las e aproveitá-las em prol da causa pública; sondar todas as suas necessidades, todos os seus sofrimentos para saná-los, ou ao menos attenuá-los; finalmente cumpre-lhe, inspirando-se do pensamento nacional, formular princípios claros e exequíveis, transmiti-los aos agentes da administração, e traçar-lhes as vias que no seu desenvolvimento devem trilhar. O seu código é o Direito Publico externo e interno.<sup>36</sup>

Enquanto ao ramo governamental caberia a direção política da nação, ao ramo administrativo incumbiria a gerência prática dos interesses públicos em todos os pontos do território, com a execução das leis de interesse geral e coletivo prescritas na legislação administrativa. Já, quando a administração representasse o Estado como pessoa Jurídica, em litígios sobre matéria pertencente ao “direito dos bens”, submeter-se-ia à autoridade Judicial, a quem cabe decidir com a independência e soberania<sup>37</sup>. Nota-se a evidente hierarquia oculta no relacionamento entre os ramos políticos, administrativos e civil do Direito, segundo esta hierarquia o Direito Civil, em conflito com os demais, sobrepujar-se-ia, o que era coerente com os próprios fundamentos divinos de parte significativa do Direito Civil.

O desenho institucional desenvolvido pela dogmática jurídica seria, no entanto, insuficiente, caso fosse deixado ao mero dissabor dos agentes públicos. À par da distribuição de poderes, era necessário que se desenvolvessem métodos e critérios para a solução do conflito entre poderes, algo que poderia ser acarretado por interpretações conflitantes das leis atribuidoras de competências aos poderes constitucionais. Em meados do século XIX, a doutrina jurídica, agarrava-se à possibilidade da subsunção lógica do caso à norma, construindo um método – pretensamente – seguro de se dizer o direito. A interpretação da lei poderia e deveria ser a “verdadeira”, mas diante da possível violação da verdade, ou mesmo da incapacidade de se identificar a “verdade da lei”, haveria de existir formas eficazes de controle. Pimenta Bueno<sup>38</sup> alertou, aos seus leitores, que a interpretação seria a declaração, a explicação do sentido da lei honestamente revelada por sábios ou juristas. Haveria, segundo o constitucionalista do Império, dois tipos de interpretação: (i) a autêntica, atributo exclusivo do Poder Legislativo e a (ii) doutrinal, realizada pelos Poderes Executivo e Judiciário.

---

<sup>36</sup> *Ibidem.* p. 51.

<sup>37</sup> *Ibidem.* p. 51-53.

<sup>38</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. *Op. cit.* p. 69

A interpretação autêntica, reveladora do verdadeiro sentido da lei, seria de cumprimento obrigatório quando declarada por via de disposição geral. Tal atributo do legislativo acendeu a dúvida sobre reanálises de casos que poderiam ter sido elucidados segundo interpretações “errôneas” da lei<sup>39</sup>. Poderia uma interpretação declaratória retroagir para retificar atos já constituídos? Segundo Pimenta Bueno, seria admissível quando o legislador, por interesse público, indicasse expressamente a retroação que, por sua vez, não poderia ofender à direitos individuais ou versar sobre matéria criminal<sup>40</sup>. Vê-se que, ainda que indiretamente, a doutrina, em temas diversos, consolidava a distinção dos direitos que possuiriam fundamentos jusnaturais de outros desprovidos desta fundamentação.

“Nenhum outro poder é depositário real da vontade e intelligencia do legislador”<sup>41</sup>. No entanto, diante da necessidade cotidiana de aplicação da lei, os executores, deveriam formar opiniões, as quais jamais seriam infalíveis, pois a vontade e o pensamento do legislador seriam devidamente conhecidos apenas pelo próprio legislador<sup>42</sup>. Realizada pelos juízes e administradores, a interpretação, denominada doutrinal, seria dividida em: (i) interpretação judicial e (ii) interpretação administrativa. O primeiro tipo de interpretação doutrinal derivaria da obrigação legal do magistrado de declarar o verdadeiro sentido da lei, através de um processo de dedução lógica<sup>43</sup>. A interpretação doutrinal do agente administrativo diferiria da realizada pelo juiz apenas devido à autoridade habilitada para interpretar, pois o método dedutivo seria o mesmo utilizado pelo magistrado<sup>44</sup>.

Diante da evidente incapacidade de o Direito regular todas as condutas de uma sociedade, as leis circunscrever-se-iam em princípios ou em teses gerais que deveriam ser interpretadas objetivando o oferecimento de soluções a casos concretos. A rigor, esta interpretação deveria ser apenas do legislador, mas, como isto seria impossível, tal função é delegada ao Judiciário que poderia, para fins de aplicação da lei, estendê-la, esclarecê-la e mesmo suprir suas disposições, quando incompletas, obscuras ou omissas, sempre, para tanto,

---

<sup>39</sup> A partir da Reforma de 1841 o Conselho de Estado passou a interpretar de forma autêntica a lei. (ALMEIDA, Carla Beatriz. O Supremo Tribunal de Justiça no Segundo Reinado (1849 a 1855): “um pouco de homens, outro pouco de instituição” Juiz de Fora, 2013. (Dissertação de mestrado em História) Programa de Pós-graduação em História da Universidade Federal de Juiz de Fora.

<sup>40</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. Op. Cit. p. 69; 74; 76; 78-79.

<sup>41</sup> Pimenta Bueno narra a disputa entre legislativo, Conselho de Estado e a Coroa na França, entre 1807 e 1837, externando sua inconformidade com qualquer tipo de delegação para interpretação das leis ao Conselho de Estado, pois tal atividade seria uma prerrogativa do Legislativo. (Ibidem. p. 72-73).

<sup>42</sup> Ibidem. p. 70.

<sup>43</sup> O juiz deveria interpretar segundo a dedução e não pelas considerações das partes ou da doutrina dos juristas, pois tal competência, apesar de não explícita na Constituição, derivaria da própria independência do Judiciário. É certo que se o juiz não pudesse interpretar a lei de forma independente e fosse ordenado a interpretar de determinado jeito, não restariam garantias aos direitos fundamentais que, naturalmente, ficariam sob risco. (Ibidem. pp. 77-79.)

<sup>44</sup> Ibidem. p. 80.

utilizando os Princípios Gerais do Direto, as regras de justiça, a equidade e os costumes, tal como deveria ser feito por árbitros legítimos entre partes<sup>45</sup>.

Eventuais desvios do Judiciário seriam limitados pelo Legislativo e pelo próprio Judiciário. O primeiro deveria agir elaborando leis que, dentre outras condutas, vedassem as decisões judiciais por disposições gerais (resolução), já o Judiciário, através dos Tribunais, deveria “restabelecer a verdade” ao “revogar interpretações falsas”, pois a possibilidade de erro ou prevaricação por parte de juízes era possível<sup>46</sup>.

O controle da interpretação da lei, pela administração, realizar-se-ia diretamente através do governo Central ou pelo Conselho de Estado que era responsável pela unidade e uniformidade da jurisprudência administrativa. A Administração e o Conselho de Estado não deveriam, porém, exceder suas atribuições aos direitos individuais, por serem estes de competência do Poder Judiciário. Ou seja, em caso de conflito entre regulamentos de natureza administrativa e direitos individuais, os tribunais seriam os órgãos competentes para a decisão<sup>47</sup>.

Caso autoridades administrativas e judiciais viessem a disputar a competência em algum caso, consubstanciar-se-ia um de conflito de atribuição, que poderia ser positivo ou negativos. Os conflitos positivos seriam aqueles em que duas autoridades se julgariam competentes para conhecer a questão, já os negativos seriam os que ambas as autoridades se considerariam incompetentes. Conforme o Direito brasileiro, apenas o procurador da coroa *ex-officio*, ou a requerimento da parte, poderia levantar o conflito. Em regra, exigir-se-ia a proposição de uma exceção declinatória com indicação da lei ou princípio que revelasse a usurpação por parte do Judiciário<sup>48</sup>. Após ouvir a autoridade Judiciária, o presidente da província ou o procurador geral da coroa, vendo que haveria usurpação dos poderes da administração, oficiaria à autoridade judicial para que suspendesse o processo até que se decidisse a questão. Tudo deveria ser enviado ao Ministério da Justiça para que este ouvisse a Seção de Justiça do Conselho de Estado<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Ibidem. p. 78.

<sup>46</sup> Ibidem. pp.77-79.

<sup>47</sup> Ibidem. p. 80 e 295.

<sup>48</sup> Não havia previsão legal sobre a invasão do Judiciário pela administração. Tal previsão era necessária, segundo Pimenta Bueno. (PIMENTA BUENO, José Antonio. Op. cit. p. 295)

<sup>49</sup> Segundo Pimenta Bueno, a resolução do conflito de atribuição entre o Judiciário e o Executivo deveria ser atribuída ao Governo, pois embora este acabasse atuando como juiz e parte, retirar dos tribunais algumas atribuições é um inconveniente menor do que seria o Judiciário retirar atribuições do Executivo. Por desvirtuar, em muito, das funções legislativas, não caberia tal função ao Legislativo que, além do mais não se reuniria permanentemente. A decisão do Conselho de Estado não anularia os julgados, senão indiretamente e só no que houvesse incompetência do judiciário. (PIMENTA BUENO, José Antonio. Op. cit. p. 295).

O sistema de controle da interpretação e da aplicação das leis, além das formas próprias de controle da interpretação/ aplicação e, também, da sistemática de resolução dos conflitos de atribuições, possuía na fiscalização constitucional uma forma de controle dos Poderes do Estado. O direito de inspeção (fiscalização), segundo Pimenta Bueno, seria um dos principais atributos delegados pela soberania nacional ao legislativo<sup>50</sup>. Assim prescreve o texto Constitucional em seu Art. 15:

É da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as; (...) IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação

A Fiscalização constitucional<sup>51</sup>, conforme prescrita pelo Art. 173 da Constituição, prescrevia que a Assembleia Geral deveria, no início de suas sessões, examinar possíveis violações à Carta Política. Desta fiscalização dependia a inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, fundados na liberdade, na segurança individual e na propriedade<sup>52</sup>. O “controle de constitucionalidade”, termo não utilizado à época, era estendido a todo cidadão que, por escrito, poderia apresentar ao Poder Legislativo e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições e até mesmo expor qualquer infração à Constituição, requerendo a efetiva responsabilização dos infratores<sup>53</sup>.

A separação dos poderes em meados do Século XIX era garantida pela: (i) fiscalização constitucional; (ii) solução dos conflitos de atribuição e (iii) prevalência dos direitos individuais (cíveis) sobre os políticos e administrativos. Todos estes mecanismos se reduziam à regra material segundo a qual deveria haver prevalência dos direitos cíveis, ao menos, aqueles de fundamento jusnatural sobre todos os demais direitos. Esta hierarquia não expressa era compartilhada e aceita, pois não seria lógico que os direitos revelados pela razão – por Deus – subordinassem-se a direitos de invenção humana. Esta regra, em conjunto com competência que possuía o ao Judiciário para o julgamento dos direitos cíveis, fazia do direito natural fundamento para a separação entre os poderes executivo e judiciário.

## Considerações Finais

---

<sup>50</sup> Seria uma garantia valiosa dos administrados sobre a correção das condutas dos seus administradores, um instrumento valioso contra os abusos ministeriais. (PIMENTA BUENO, José Antonio. Op. cit. p. 105.)

<sup>51</sup> De todas as leis a que demandaria maior inspeção seria a Constituição, pois fundamenta todas as outras, as garantias individuais e a própria existência da sociedade política (PIMENTA BUENO, José Antonio. P. cit. p. 105.)

<sup>52</sup> Art. 179 da Constituição do Império (BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, 25 de março de 1824.

<sup>53</sup> Art. 179 da Constituição do Império (BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, 25 de março de 1824

As obras da segunda metade do século XIX possuem ideias e conceitos comuns que servem como chaves para compreensão do “pensar o direito”. Dentre estas ideias, a separação é uma fértil fonte para pesquisas. Tradicionalmente pensada pela Teoria Política ou pela Teoria do Estado, a partir dos Clássicos de John Locke, do Barão de Montesquieu, dos Federalistas e, até mesmo, do Renascimento italiano e da História política inglesa, a ideia e o debate sobre a separação dos poderes se impôs à maioria da literatura jurídico-política, como uma discussão sobre o equilíbrio, a ponderação e a redução de um ou mais poderes.

O foco, talvez exagerado, na “engenharia política”, que pareceu ser o objeto principal dos autores que trabalharam o tema da separação dos poderes, sombreou outras possibilidades explicativas, dentre elas, os pressupostos teóricos de produção do discurso jurídico-político e seu instrumental explicativo. A dogmática jurídica, como espaço discursivo que atribui os sentidos necessários à compreensão e à aplicação do Direito, figura como um privilegiado campo para a análise da separação dos poderes e do universo conceitual a ela vinculado, como a distinção entre Justiça administrativa e Justiça Judicial.

À distinção entre as esferas de justiça, segundo suas funções e finalidades, deve-se adicionar outra divisão, muito mais antiga: distinção entre os direitos públicos e privados, objetos das justiças administrativa e judicial. Constituída pelo Direito Romano, a separação entre Direito Público e Privado, estudada e conhecida pelos juristas do século XIX, foi apropriada e ressignificada, passando a gozar de fundamentos normativos distintos aos dos romanos. O Direito Privado, no século XIX, passou a se fundamentar no Direito Natural, enquanto o Direito Público fundou-se na vontade da nação, havendo, de forma silenciosa, uma hierarquia entre os dois ramos do Direito. Superior, por ser natural, o Direito Privado mereceria um tratamento diferenciado ao do Direito Público.

Dada a própria naturalidade do Direito Privado, sua aplicação e interpretação não careceriam de grandes reflexões ou operações conceituais, visto que a aplicação do Direito Natural era “natural”, ou seja: de “simples cálculo lógico”. Como a interpretação e a aplicação do Direito Privado não requereriam muita sapiência ou poder, o magistrado e o próprio Poder Judiciário não foram alvos de grandes preocupações, especialmente, quanto aos limites dos seus poderes. Controlado, principalmente através da responsabilização pessoal dos magistrados e pelos julgamentos dos conflitos de atribuições, não era crível à doutrina da época, a alta probabilidade de usurpação de poderes pelo Judiciário.

O magistrado, no ideário da época, deveria ser um árbitro das causas privadas, alguém apto a assegurar a inviolabilidade dos direitos. O juiz seria, como previsto na Constituição,

um fiador da liberdade, da segurança individual, e da propriedade<sup>54</sup>, o que indicava sua real missão: a proteção dos direitos individuais da elite econômica e política do período. Para o fiel cumprimento de seu mister, dever-se-ia garantir ao magistrado a independência e a inamovibilidade, impondo-lhe a vinculação ao Direito. Distintamente, os agentes do Executivo (poder governamental e administrativo) seriam parciais e móveis, exercendo seus poderes, até certo ponto, de forma discricionária.

Preso ao cárcere da subsunção lógica, o magistrado de meados do século XIX arbitrava e aplicava racionalmente o Direito Particular (privado) aos conflitos de interesses individuais, garantindo a preservação dos direitos civis; fortalecendo a subordinação do público ao privado e justificando a separação dos poderes Judicial e Executivo pelo fundamento jusnaturalista dos direitos a serem julgados pelo árbitro judicial.

### Referências Bibliográficas

- ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizagens do Poder*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.
- ALMEIDA, Carla Beatriz. *O Supremo Tribunal de Justiça no Segundo Reinado (1849 a 1855): “um pouco de homens, outro pouco de instituição”* Juiz de Fora, 2013. (Dissertação de mestrado em História) Programa de Pós-graduação em História da Universidade Federal de Juiz de Fora.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, 25 de março de 1824.
- BROTTERO, José Maria Avellar. *Princípios de Direito Natural compilados*. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.
- DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Padma, 2004.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Waldemar. A Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo na Centúria de 1827 a 1927. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. Vol. XXIV, 41-42, 1928.
- GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889)*. A formação da cultura jurídica brasileira. Almanack braziliense, Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 5, PP. 4-36.
- MARTINS JÚNIOR, J. Izidoro. *História do direito nacional*. Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democrática, 1895.

---

<sup>54</sup> Um fiador dos “os direitos absolutos que derivão da mesma natureza do homem, e se reduzem a três pontos principaes, a saber liberdade, segurança individual e propriedade” (VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 6.).

MORAIS, Rubens Borba de Moraes; e BERRIEN, Willian. *Manual bibliográfico de estudos brasileiros*. Brasília: Senado Federal, 1998.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

AGUIAR, Renan. Judicialização da Política e Dogmática Jurídica: aportes para uma análise da relação entre saúde direito e política in: OLIVEIRA, Maria Helena Barros de; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel. *Direito e Saúde: um campo em construção*. Rio de Janeiro: ENSP, 2009.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia e imp. e const. de J. Villeneuve E C., 1857.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo brasileiro: noções preliminares*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto e C, Livreiros – Editores, 1866.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VIEHWEG, Theodor. *Topica y Filosofia del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991.

VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

WALLNER, Friedrich. *A obra filosófica de Wittgenstein como unidade: reflexões e exercícios em relação a uma nova concepção de filosofia*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Abril Cultural, 1999.