

Ao Thiago dos Santos Acca, pela ideia original da pesquisa e aos colegas da Diretu GV e do Projeto Temático que a acompanharam

Introdução

Qualquer iniciante no estudo do direito sabe em que consiste um livro de direito constitucional nos Estados Unidos da América: uma sucessão de temas de caráter jurídico-constitucional examinados a partir das decisões da Suprema Corte. Os temas, que vão da separação de poderes ao federalismo e à carta de direitos, com todos os respectivos desdobramentos e sub-temas, são apresentados como em uma sucessão de discussões e de mudanças de posicionamento da Corte a seu respeito. Os cursos são, portanto, inerentemente histórico-hermenêuticos. Visto que os Estados Unidos descendem da tradição inglesa, o hábito (e mesmo a necessidade) de manter os registros das decisões de seu tribunal supremo foi mantido desde sempre.

No Brasil, a história é muito diferente. Os temas são em geral apresentados de forma conceitual e abstrata. O ponto de partida (e talvez até mesmo de chegada) é o texto constitucional. Pode-se explicar de várias maneiras essa forma de apresentar a disciplina: uma tradição conceitualista e doutoral vinda da própria tradição romano-canônica, a ruptura constante de nossa história jurídico-política por golpes de Estado e alterações no texto constitucional, e talvez até algumas outras razões. São razões importantes, mas não eliminam a necessidade de uma história constitucional ou de uma história de nosso tribunal supremo. Por um lado, a despeito de todas as rupturas, é certo que há uma linhagem permanente de cartas de direito incorporadas à lei maior, assim como outra linhagem relativa ao sistema de governo, à separação de poderes e outros temas. E também certo que, mesmo nos momentos de ruptura institucional, nem sempre se mexe direta ou imediatamente no Supremo, de modo que a instituição mais ou menos sobrevive e continua operando seus negócios e afazeres cotidianos.

Ao mesmo tempo, todos os juristas reconhecem a jurisprudência dos tribunais como uma espécie de guia para a interpretação, de tal maneira que a referência a precedentes é comum, embora não tenha, na maioria das vezes, um caráter estritamente vinculante. Seu caráter de orientação, no entanto, vem reconhecido há tempos, seja pela legislação, seja

prática. O que chamamos jurisprudência foi conhecido, durante muitos séculos, como o costume dos tribunais, ou, na linguagem mais próxima das fontes portuguesas, "o estilo de nossas [do rei] cortes". No campo legislativo, o recurso de revista, sobre o qual tanto se escreve neste livro, era, em tempos de monarquia, um instrumento de estabilização da jurisprudência, de uniformização do entendimento da lei, de centralização judicial se quisermos. Desde a República, o recurso extraordinário serviu a propósito muito semelhante. Foram depois acrescentados outros instrumentos de fixação jurisprudencial: enunciados, pré-julgados, súmulas, e, mais recentemente, súmulas vinculantes. Durante o século XIX, no entanto, não foram frequentes nem constantes as publicações seriadas dos julgamentos de nossos tribunais: embora não fossem secretos, fosse exigida a fundamentação, e se admitiessem tranquilamente os votos divergentes, não se criaram revistas jurídicas e de jurisprudência de forma estável e duradoura. Na década de 1840 foram feitas tentativas de dar publicidade às decisões dos tribunais superiores (em forma de revistas ou jornais), tentativas esporádicas e de pouca duração, que culminaram com o sucesso mais permanente da revista *O Direito*, apenas a partir de 1873, seguida ainda mais tarde das revistas jurídicas cada vez mais populares entre os profissionais da área.

Nesse parvo de fundo é que surgiu uma sugestão de Thiago Acca, mestre em direito pela Universidade de São Paulo e pesquisador da Diretoria Brasileira em torno dos temas constitucionais que ele decidiu ao longo do tempo. Essa primeira ideia não pode ser realizada plenamente, mas gerou o livro que agora se dá ao público como primeiro fruto do projeto então elaborado. O resultado da pesquisa tem um caráter muito mais exploratório do que exaustivo e final, mas serve para suprir uma lacuna. É que, embora já haja algumas histórias do Supremo Tribunal Federal¹, não havia até hoje uma história do Supremo Tribunal de Justiça do Império, criado em 1828, instalado em 1829 e substituído em 1890 com a organização da justiça federal e do novo Supremo Federal (Decreto n. 510, de 22 de junho e Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890).

Se o que se buscava inicialmente era uma história do Supremo a partir dos temas constitucionais, o projeto tentou delimitar os possíveis pontos a serem levantados. O primeiro e mais amplo seria o das relações entre poderes e foi esse o sentido tomado pela pesquisa. Para tanto, a primeira indicação seria procurar a jurisprudência em torno de questões como os conflitos eleitorais, conflitos com autoridades administrativas, controle de atividades econômicas.

¹ Pela ordem de publicação citam-se os trabalhos pioneiros: Edgar da Costa (1964). *Grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Leda Boechat Rodrigues (1965) *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; Altoner Baleeiro (1968) *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense.

Duas advertências precisam ser feitas, porém. Primeiro, pelo próprio sistema constitucional da monarquia brasileira, o Supremo Tribunal de Justiça não se constituiu jamais em tribunal constitucional propriamente, ou seja, árbitro de conflitos entre poderes, nem lhe foi dado o poder de rever a constitucionalidade dos atos do Legislativo. O grande órgão de exame constitucional no Império foi, na verdade, o Conselho de Estado, seja porque era o tribunal administrativo mais alto de que se dispunha, seja porque era ouvido previamente nos projetos de lei preparados pelo executivo, seja porque dispunha do poder de rever toda a legislação provincial confrontando-a com a Constituição imperial, seja porque era o tribunal de conflitos disponível para arbitrar os casos em que o Judiciário e a Administração se confrontavam, seja, finalmente, porque era o órgão de consulta específico do Poder Moderador, este sim, árbitro final de várias dessas questões. De fato, durante a discussão do projeto de lei de criação do Supremo Tribunal de Justiça no Senado em 1828 debateram-se muito se entre as atribuições do novo órgão deveria estar a de julgar conflitos de jurisdição e atribuição: prevaleceu o entendimento de que os conflitos que julgaria seriam apenas aqueles entre órgãos diferentes do próprio Judiciário, nunca os conflitos que envolvessem atribuições de dois outros poderes do Estado monárquico. O resultado final foi atribuir ao Supremo o papel de uma corte de cassação apenas, sem jamais configurar-se como tribunal de conflitos.

Segunda advertência: por que a cultura jurídica constitucional recalcava a ideia de um Tribunal *interprète* autêntico da lei, e em seu lugar preferia um *aplicador da lei* nos casos concretos, não criou raízes por aqui uma reverência pelo precedente, como no *stare decisis* do mundo anglofônico. Não agindo em um ambiente propício à fixação da tradição jurisprudencial, como será mostrado nos capítulos seguintes, foi ainda mais limitado seu papel nos casos de exame do recurso de revista. De fato, rejeitava-se que o Supremo pudesse reapreciar ele mesmo os casos julgados pelos outros juízos e tribunais do Império: ele seria apenas um tribunal de cassação. Talvez por isso tudo, as decisões do Tribunal não foram organizadas em repertórios oficiais, limitando-se as publicações a iniciativas particulares como a do Conselheiro Mafra e, mais tarde, na *O Direito*, a partir de 1873, como já disse. Por isso, cada um dos capítulos seguintes levantou as decisões com recursos disponíveis para os respectivos períodos.

Os capítulos têm certa autonomia porque lidam com períodos distintos, tanto do ponto de vista doméstico quanto do ponto de vista internacional. Internamente, os períodos em que se divide o livro correspondem a grandes transformações políticas com direta influência na organização da justiça. Entre 1828 e 1840 há a primeira tentativa de pôr em pé o novo Estado, e não só o Supremo se afirma, como também se promulga o Código do Processo Criminal (1832) com seu extenso tratamento do processo (e dos direitos individuais dos acusados) e da organização judiciária. Vale

lembrar que durante o século XIX essas duas coisas andavam sempre juntas de modo que leis processuais eram simultaneamente leis de organização judiciária, como se vê exemplarmente no Código do Processo Criminal. É um período de experimento, em que se testam os limites recíprocos dos poderes: durante a Regência (1831-1840) o Poder Moderador não pôde ser exercido e tenta-se até mesmo aboli-lo (como era a proposta de reforma constitucional iniciada em 1832). Consolida-se o Império e consolida-se o Supremo, muito particularmente em seu enfrentamento com a Regência, como bem mostrado no texto de Andréa Stenian.

O período seguinte (1840-1871) é marcado pela estabilização das instituições. Embora surjam dúvidas frequentes, o papel autônomo da Justiça e certa independência do Supremo já se podem notar. O marco de 1841 é particularmente significativo: a reforma do Código de Processo aprovado naquele ano é uma reforma da organização judiciária, que de modo geral se mantém até 1871. Trata-se do momento em que já é possível perceber uma imagem do órgão, seja pelas suas funções, seja pelas tendências de suas decisões. O advento do Código do Comércio, em 1850, e seu respectivo regulamento (Decreto n. 737) têm um papel também importante: no Supremo começam a aparecer destacadamente as revistas comerciais, isto é, os recursos em matéria de comércio. Nessa altura procura-se ainda estabelecer um sistema mais previsível de renovação e promoção de juízes de direito, que eram vitalícios mas não inamovíveis: como linha de princípio, só a seu pedido poderiam ser removidos. Como exceção, poderiam ser responsabilizados por prevaricação, e também como exceção, em casos de conação na província, poderiam ser removidos. Mas é também nesse período que o Império é forçado a abrir-se para as transformações do capitalismo europeu e norte-americano: concessões de ferrovias (primeira lei em 1831, primeiro trecho inaugurado em 1854, a Santos-Jundiaí concluída em 1866), reforma do sistema de crédito (quebra da Casa Souto em 1864, lei de hipotecas de 1864), abertura da navegação do Amazonas (1867), tudo isso significará impulso à atividade financeira. Embora os casos não desaguem rapidamente no Supremo, espocam nos juízes dos feitos da Fazenda aqui e ali. Talvez isso explique porque é a primeira instância, e não tanto o Supremo, o objeto de reforma. Tome-se como simples exemplo a crítica liberal personificada no panfleto de Tavares Bastos, *A província* (1870). Os defeitos apontados no sistema de justiça do Império não estão em primeiro lugar no Supremo, mas na primeira instância. É o recrutamento dos juízes e sua carreira o alvo da crítica: esses juízes, mal recrutados e de independência duvidosa para ele viriam, mais cedo ou mais tarde, a ocupar os altos cargos nas Relações e no próprio Supremo Tribunal de Justiça. A reforma que preconiza é, por isso, uma reforma toda voltada para a primeira instância.

A última grande reforma da justiça imperial, em 1871, é analisada no último capítulo por Paulo Macedo Garcia Neto, um período de grande mudança: mudanças econômicas e materiais, debates mais acirrados sobre os reais limites da jurisdição. Os defeitos do sistema imperial de justiça são mais frequentemente criticados, sua ineficiência torna-se mais clara. Mesmo assim, a reforma de 1871 não altera o órgão de cúpula do Judiciário monárquico. Na linha já avistada por Tavares Bastos, é sobre a primeira instância que se faz a lei de reforma: o Supremo Tribunal de Justiça permanece intocado, pairando sobre um aparelho judiciário alterado em algumas de suas características, mas não todas.

Na esfera internacional, seja no plano mais próximo da América do Sul, seja no plano mais longínquo da Europa, o ambiente também mudou muito ao longo desses anos que medeiam a criação do Tribunal Supremo e o fim do regime monárquico. De modo geral, os regimes consolidados na Europa são monarquias: monarquias da Restauração, conservadoras e constitucionalizadas, temerosas sempre das massas, da democracia, da instabilidade. As ondas revolucionárias, de 1830 e 1848 (a *primavera dos povos*) forçam os limites, mas não rompem o modelo monárquico-burguês, acomodado em cada país à cor local do caleidoscópio de classes conservadoras. Mesmo assim, mudanças sociais e econômicas prosseguem em toda parte, inclusive no Brasil. Embora não seja o foco da pesquisa como tais mudanças impactaram nossa justiça, um exame geral mostra alterações importantes: os patrimônios privados passam a contar cada vez mais com uma parcela significativa de riqueza móvel, capital, títulos privados e público; o esforço de modernização da infraestrutura material da produção (ferrovias, portos, fornecimento de gás, água etc.) é evidenciado no número crescente de questões de fazenda e conflitos de atribuição entre os poderes.

Apesar de tudo isso, a história que se apresenta aqui assumiu mais o caráter de uma história institucional do que uma história das ideias jurídicas, ou uma história social da justiça brasileira. Era importante recuar nesse primeiro momento os elementos ordinariamente esquecidos do direito brasileiro: o funcionamento de seu Supremo Tribunal de Justiça e as mesmas decisões tomadas pela corte. Isso permite, certamente, avançar nesses últimos campos e neste sentido foram reproduzidas na íntegra, como anexo, as decisões comentadas ou referidas em cada um dos três capítulos.

Há questões que perpassam todos os capítulos, o que lhes dá a unidade de um livro: a da autonomia efetiva do Judiciário imperial e seus limites é uma delas. Vistos os poderes dados aos juízes, às Relações e ao próprio Supremo, objeto primeiro do livro, nota-se o quanto a justiça, mesmo isolada, foi relevante como poder do novo Estado: se não como um poder ativo, pelo menos como um ator institucional em torno do qual se processaram debates e dentro do qual se jogou, bem ou mal, o sentido

tanto da lei quanto dos direitos dos cidadãos. É de se notar, por exemplo, que embora o Supremo não arbitrasse o resultado final das eleições, poderia bem envolver-se nos problemas de qualificação dos eleitores (determinando assim a extensão dos votantes) e em questões de licitude de procedimentos, especialmente quando julgava as queixas e denúncias contra empregados públicos responsáveis pelo processo. O segundo objeto do livro, o exame das decisões, não chega a afirmar a existência de uma jurisprudência em todos os assuntos, mas há tendências claramente observáveis, como por exemplo o tratamento em geral generoso em termos de *habeas corpus*, estendendo-o até as prisões administrativas, de modo que a doutrina brasileira, cujo florescimento maior se dá com a Primeira República, encontra-se já *in nuce* no Império.

Naturalmente, o estudo histórico, sobretudo o histórico-institucional, não pode ignorar que as instituições funcionam como uma teia de aranha. Não adianta falar do Supremo Tribunal de Justiça, de seu potencial ou de seus limites, sem compreender que ele funcionava num Estado em que se reconhecia o judiciário como um poder, mas poder funcional e não poder burocraticamente autônomo. Para seu funcionamento material, o Judiciário, inclusive na sua cúpula, dependia do executivo. Daí a extraordinária importância, naquele modelo de Estado, do Ministério da Justiça, verdadeiro ministério da Administração da Justiça. Com o advento da autonomia administrativa e financeira da máquina judiciária, é notável a perda de prestígio e importância do Ministério da Justiça, que se converte em coordenador político do governo, quando não agente da repressão (visto ter conservado a administração da segurança pública) nos períodos de ditadura. O Judiciário dependia também do Moderador, como se expõe especialmente no segundo capítulo: a suspensão dos juizes era ato do Moderador. Também pela inexistência de um tribunal de conflitos, e porque os legisladores monárquicos se recusaram a dar ao Supremo o papel de árbitro dos conflitos entre poderes constitucionais, esse arbitramento superior de jurisdições ficou reservado ao Moderador, que o exercia cotidianamente pela Seção de Justiça do Conselho de Estado. Essas outras instituições não foram objeto da pesquisa, mas estão referidas nos capítulos seguintes, com particular destaque para o último período aqui abordado.

Uma última questão merece ser levantada neste ponto. Optou-se por inserir em seguida aos capítulos um anexo em que se reproduzem algumas decisões do Supremo imperial. Devido às fontes utilizadas e à maneira de digitalizá-las e reproduzi-las, algumas mantiveram a grafia original do século XIX, o que não representa, para o leitor atual, nenhum verdadeiro problema. Mais interessante que isto era dar ao leitor acesso a uma forma de decidir que se distingue bastante da nossa. O traço mais evidente de diferença consiste na objetividade e silese dos acórdãos. Isso não reflete apenas um estilo, ou gênero literário, mas deve ser tributado

a uma convicção de que o direito de corte constitucional e liberal e, finalmente, o direito legislado. Assim, dando continuidade à tradição ilustrada do século XVIII, na qual tantos juristas da primeira geração brasileira haviam sido formados, recusa-se o apelo à tradição e à doutrina (isto é, à *tradição ou costume dos doutores*). O Supremo não deve decidir segundo a doutrina, não deve valer-se do que dizem os intérpretes professorais da lei, mas de acordo com a própria lei, cuja aplicação lhe compete.

Se de doutrina se pode falar no século XIX, é em primeiro lugar o comentário da lei. Não à toa, os cursos de direito e os respectivos manuais, consolidaram-se, no Brasil como em toda parte, em comentários de leis, das grandes leis e dos grandes códigos. Quando não, eram cursos que se valiam das grandes sínteses organizadas pelos juristas ou ilustrados dos séculos XVII e sobretudo XVIII, como o demonstra a reprodução, no todo ou em parte ainda no século XIX dos trabalhos de Jean Domat, Robert Pothier, Heinício, ou de teóricos da legislação (como Bentham), da economia (como Smith), e assim por diante. Dessa rejeição da doutrina não desoam, portanto, as sintéticas decisões do Supremo, cujo objetivo era sempre aplicar a lei ao caso. Os ministros do Supremo não se dedicavam eles mesmos a fazer doutrina por meio de livros ou publicações extrajudiciais: sua *doutrina* consistia em suas decisões. Eles eram proibidos de ter outros cargos (Lei de 18 de setembro de 1828, art. 1º), o que os impedia de lecionar nas faculdades de direito (cuja posição de professor eram empregos públicos). Quem quisesse ter outros cargos era obrigado a optar ingressar no Supremo ou não: Eusébio de Queirós recusou o cargo, para continuar ativo Ministro da Justiça. Assim, não há propriamente membros do Supremo doutrinadores, embora tenham contribuído a seu modo para a cultura jurídica nacional ao aconselhar o governo na proposta de leis e de reforma de leis (cf. Lei de 18 de setembro de 1828, art. 19). O Conselheiro Aragão, juiz do Supremo, deu sua contribuição cultural ao funcionar com colecionador e editor de decisões judiciais na primeira revista jurídica brasileira, a *Gazeta dos Tribunais*. As decisões que se apresentavam ao final do texto servem para isso: tanto para revelar o teor das interpretações usadas quanto a forma, estilo e concepção geral de direito da época.

É só no final do século XIX, nomeadamente a partir dos anos de 1870, que uma doutrina volta a afirmar-se. Então o modelo conceitualista, abstrato e cientifista dos alemães, que atravessaram todo o século XIX sem dispor de um código civil e que, por isso, dependiam sempre das sínteses de seus professores e juristas para navegarem no tumultuado mar dos sarçãos românticos sobreventos dos séculos anteriores, principia a afirmar-se e o prestígio social desse velho estamento de professores se renova. No Brasil algo parecido se dá, coincidindo com o surgimento da "geração de 1870", com o movimento da "ilustração brasileira". Mas então

já estaremos próximos do declínio da monarquia com todas as mudanças que daí virão.

Ao final o leitor encontrará também dois organogramas do aparelho de justiça do Brasil Imperial (primeira e segunda instância) e quadros da legislação primariamente usada na pesquisa (leis de organização judiciária, inclusive da carreira da magistratura, leis eleitorais e leis relativas à polícia e à guarda nacional). Organizados por André Javier Payar, tais quadros foram feitos para ajudar tanto iniciantes quanto leitores mais adiantados que terão ali, esperamos, um guia de referência mais rápida.

Como introdução, creio ter dito o essencial para preparar o leitor para o que vem a seguir. Espero que a leitura seja agradável e informativa para quantos hoje se dedicam tanto à história quanto à doutrina do direito nacional.

José Reinaldo de Lima Lopes

1

O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841)

Andréa Stelmán

1. Introdução – 2. O Império do Brasil e a criação do Supremo Tribunal de Justiça – 3. O Tribunal, seus magistrados e as tensões entre os poderes – 4. As revistas concedidas: questões de ordem particular e pública – 5. Considerações finais.

1. Introdução

Em janeiro de 1829, alguns dias após o jornal *Astréa* noticiar a instalação do Supremo Tribunal de Justiça na Corte do Rio de Janeiro¹, o mesmo periódico publica uma correspondência no mínimo provocativa. Trata-se de um pequeno texto em que seu autor, alcunhado "amigo de ver todos os estabelecimentos", narra sua ida até a sala da instituição com o intuito de assistir uma "coisa tão digna" como seriam os "debates forenses em decisões dos processos"². Diz que teria encontrado a sala fechada, sem porteiro, num dia previsto para os trabalhos do órgão; e mais: que junto com ele estariam mais duas pessoas, informadas de que seus ministros reuniam-se no fundo da sala, onde haveria uma estreita escada com uma porta que não encontraram. Pergunta maliciosamente, ao final da correspondência, quais seriam os verdadeiros dias de seu funcionamento e se os trabalhos seriam realmente abertos ao público.

¹ O Tribunal iniciou seus trabalhos no dia 9 de janeiro de 1829, instalado provisoriamente na sala das sessões do Senado da Câmara da Corte, adornada e mobiliada para recebê-lo, incluindo um local para o "público espectador". No mês seguinte, o Tribunal iria, também provisoriamente, para a casa ocupada pela extinta Mesa de Consciência e Ordens, no Largo da Carioca. Ver: *Diário Fluminense*, 14/01/1828 e 04/02/1829.

² *Astréa*, 22/01/1829, p. 1.675-6.

2

O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871)

José Reinado de Lima Lopes

1. O Judiciário como poder no constitucionalismo brasileiro:
Queixas contra a justiça antiga e montagem da nova justiça
- 2. Pontos de contato entre justiça e política - 3. As fontes da jurisprudência e o perfil geral da atividade do Supremo -
4. As questões eleitorais - 5. O julgamento dos empregados públicos - 6. As questões policiais e criminais - 7. Administração judiciária - 8. Questões de fazenda e administração econômica - 9. Síntese.

1. O Judiciário como poder no constitucionalismo brasileiro:

Queixas contra a justiça antiga e montagem da nova justiça

A afirmação do Judiciário no Segundo Reinado está estreitamente ligada às ideias que se faziam a respeito do papel desse poder em um regime constitucional e liberal, como queriam políticos e juristas do Império. Quem lê as queixas dos constituintes de 1823 contra os juizes do Antigo Regime tem logo uma noção do que se esperava da nova organização da justiça.

Um primeiro problema era o da imparcialidade dos juizes, especialmente na esfera criminal. Os juizes do Antigo Regime, a se dar crédito aos discursos dos constituintes, eram facciosos. Prontos a agradar aos superiores, à Coroa, e, portanto, aplicadores pouco isentos da lei. Sobre tudo no começo da vida independente esse parecia ser o maior problema, ou, se não o maior, um dos mais graves. Os remédios para tal problema estavam em novas instituições. Duas delas eram particularmente caras ao espírito liberal da época: a eleição dos juizes e o tribunal do júri. Ambas teriam por efeito temperar a presença dos letrados, sempre ligados à Coroa, com alguma forma de participação popular. Os juizes eleitos

vieram a ser os juízes de paz, com atribuições muito relevantes no processo criminal até 1841, quando ocorreu a reforma do processo de inspeção conservadora (centralizadora). Os jurados tiveram lugar em todos os processos criminais. A própria Constituição de 1824 confirmou os termos do debate havido na Assembleia de 1823 e previu os jurados em todos os casos. Na mesma linha definiu que o Poder Judiciário se comporia de juízes e jurados.

Ambas as formas de "participação popular" (eleição dos juízes de paz e presença dos jurados) no aparelho de justiça consistiam também, de certo modo, na outorga de poderes à esfera local, pois era no âmbito dos distritos (juízes de paz), termos e comarcas (jurados) que se organizavam as eleições dos juízes de paz ou as listas dos jurados. Por isso, a solução judiciária coadunava-se com o ideal de justiça participada e local. O fato de ter esse modelo na letra da Constituição não impediu, contudo, que as correntes centralizadoras propusessem reformas limitando os poderes locais, apresentando seguidamente seus juízos negativos contra a experiência liberal radical.

O quadro do anexo I (p. 150-156) mostra os ministros nomeados para o Supremo Tribunal de Justiça no período em questão (1841-1871) e suas respectivas procedências, bem como cargos ocupados na magistratura e em outros órgãos do Estado. Como se vê, o tribunal supremo continuou sendo tribunal de letrados (bacharéis), com a função tanto de controlar os erros cometidos nos julgamentos das outras instâncias (pelo recurso de revista, Constituição do Império, art. 164, I), como julgar os crimes dos altos empregados públicos (seus próprios ministros, os desembargadores das relações, os empregados do corpo diplomático e os presidentes de província, Constituição do Império, art. 164, II). A participação popular restringia-se à primeira instância.

O quadro mostra também que esses juízes letrados que chegaram ao Supremo eram simultaneamente personagens de tradição política, por ocuparem cargos também nos outros poderes e vários deles possuírem, pois, carreiras políticas paralelas à magistratura. Dos 47 nomeados para o Tribunal no período aqui estudado (1840-1871), 15 serviram também como presidentes de província (perto de 30 %), 10 foram também senadores (perto de 20 % dos ministros). Presidentes de província e senadores dependiam, como se sabe, de nomeação pelo Imperador. Na função de deputado, isto é, sem dependência direta do Imperador, encontraram-se nada menos que 24 ministros, ou seja, mais de 50% de todos os nomeados! Assim, além de uma carreira na magistratura, vários deles tiveram simultaneamente carreiras políticas. Notável que não fez aqui uma pesquisa indicando outros cargos ocupados na alta ou média burocracia estatal (secretários de ministério, consultores etc.), nem indicando as relações de parentesco em linha reta (filiação), colateral, por afinidade (casamentos), de compadrio ou amizade entre os membros do Tribunal e

outros membros da elite do Império. Os pais de Eusébio de Queirós — um dos membros da "Trindade Saquarema" — e Perdigão Malheiro, advogado de grande influência na vida cultural jurídica do Rio de Janeiro, duas figuras de proa na corte, foram ministros do Supremo. Há uma inegável presença dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça à elite da monarquia.

É de se ressaltar que o primeiro ministro formado em um dos cursos jurídicos do Império foi indicado apenas em 1861: até então todos eles provinham do curso de Coimbra (leis ou cânones). Note-se também que a maioria estava servindo na Corte, seja no Tribunal da Relação da Corte, seja no Tribunal de Comércio, seja no Conselho Militar. No início da carreira, praticamente todos serviram como juízes de resíduos, o que os obrigava a ter algum contato com o direito público, pelo menos com os interesses da Fazenda ou do Tesouro em casos de sucessão aberta. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro forneceu 38% de todos os ministros nesse período. Os que vieram de outros tribunais já haviam servido em cargos no Rio em algumas ocasiões.

Um segundo problema de que falavam os constituintes era a lentidão da justiça e a incerteza de seus caminhos. Para enfrentá-los, uma das soluções aventadas era a reforma completa da legislação e por aí se explica a promessa constitucional da feitura de códigos. Como se sabe os dois primeiros a serem editados foram justamente o criminal (1830) e o de processo criminal (1832). Outra solução era a mudança no regime de educação, seleção e recrutamento dos juízes de carreira (juízes letrados e juízes de direito). Isso explica também o precoce interesse dos legisladores pelo estabelecimento de uma faculdade oficial de direito, o qual resultou na Lei de 11 de agosto de 1827, ainda durante a primeira legislatura.

O que parecia unanimidade era que a nova justiça deveria ser isolada de decisões de caráter político. Essa, aliás, era a experiência tentada na Europa, particularmente na França, e nos Estados Unidos. No caso da França é bem conhecido o ideário que influenciou os formadores daquele Estado. Os juízes e tribunais deveriam decidir as questões de direito, não as de conveniência ou de orientação legislativa geral. Juízes julgam conforme a lei; os órgãos da soberania, particularmente os representantes do povo, julgam conforme as conveniências. O resultado é que as questões de conveniência deviam decidir-se pela maioria dos representantes, em assembleia reunidos e livres. Juízes e tribunais tiravam sua legitimidade da conformidade com as leis. Dessa mesma matriz de pensamento surgiu a separação da justiça administrativa. Os juízes podem julgar os particulares, mas não os representantes nem os agentes do povo, os administradores, quando agem dentro de sua função constitucionalmente garantida de dirigir os rumos do Estado e da coisa pública. Para o julgamento dos administradores e gestores da administração seria necessário estabelecer órgãos independentes dentro do próprio departamento executivo. É essa a origem da justiça administrativa, ou mesmo do direito adminis-

trativo, como se dizia no século XIX. Para um célebre observador inglês do regime constitucional dos franceses, esse limite à justiça ordinária era um limite à própria liberdade constitucional dos cidadãos. Dicey, esse célebre inglês, dizia que ou existia *rule of law*, como na Inglaterra – onde qualquer ilicitude, de quem quer que seja, pode ser julgada pelos tribunais gerais e ordinários – ou existe *droit administratif*, como em França. Ambos são, contudo, alternativos e excluintes¹.

Nos Estados Unidos, onde não havia tanto ódio aos juizes quanto ao Parlamento, decidiu-se por manter o Judiciário como árbitro de qualquer disputa, inclusive aquela em que fossem partes funcionários ou agentes do Executivo. A Suprema Corte, porém, construiu ao longo do tempo sua própria doutrina da "questão política". Embora a doutrina tenha evoluído e mudado tempo afora, creio que no essencial ela visava afirmar que em certas questões os tribunais deveriam ser deferentes para com os poderes políticos, ou seja, os poderes que vivem de prestar contas eleitorais aos representantes, e que tomam decisões gerais e vinculantes para todos. Os tribunais deveriam saber reconhecer quando um caso envolvia um direito propriamente dito, a ser decidido a favor de uma parte, e quando um caso envolvia uma questão política, ou seja, não um direito mas um mero interesse ou visão dos rumos adequados à República. Se fosse apenas política, a questão não seria a competência dos tribunais, nem da Suprema Corte².

Ora, o Brasil optou pelo sistema continental, francês, pelo menos nas grandes linhas e segundo a interpretação dos próprios participantes do sistema à época. Tanto assim que não se concedeu aos tribunais, muito particularmente ao Supremo, poder de invalidar as leis inconstitucionais. Pelo contrário, manteve-se sempre na esfera do próprio "corpo legislativo" a revogação desses atos contrários à Constituição. Enquanto não houvesse sua revogação, continuavam a valer plenamente.

¹ Nessa altura, vale a pena reproduzir a conversa que Alexis de Tocqueville teve com seus interlocutores norte-americanos: "Quando, porém, tentei fazê-los entender que o Conselho de Estado não era um corpo judicial no sentido comum, mas administrativo, cujos membros dependiam do rei, de modo que o rei, depois de usar seus poderes soberanos para mandar um de seus empregados, chamado prefeito, cometer uma injustiça, podia então legitimamente ordenar a outro de seus empregados, chamado Conselho de Estado, que evitasse que o primeiro sofresse uma punição, quando eu expliquei como o cidadão, prejudicado pela ordem do príncipe, ficava limitado a pedir ao próprio príncipe que lhe autorizasse a obter justiça, recusaram-se a acreditar nesse absurdo e me acusaram ou de mentir ou de ser ignorante". (*Democracy in America*, 1986)

² Para a doutrina da questão política ver Tribe (1978) e O'Brien (1995). Note-se que entre 1789 e 1888 (isto é, um século inteiro) a Suprema Corte declarou inconstitucionais apenas 22 leis federais, a mostrar que não era seu negócio diário examinar constitucionalidade de leis. Certamente, a atividade legislativa era muito diferente da atual, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil ou em qualquer outro lugar no século XIX.

A teoria política e constitucional do século XIX pretendia realmente afastar os tribunais e os juizes de carreira das questões políticas. Tratava-se de um modelo próprio de controle da intervenção dos juizes. Os juizes (e os tribunais) não deveriam arbitrar as disputas entre os interesses gerais, ou seja, não deveriam fazer escolhas de fins sociais (coletivos) a atingir. Deveriam apenas arbitrar conflitos comutativos (Lopes, 2004 *passim*), fossem estes entre particulares ou entre o Estado e os particulares. Por isso, o Supremo Tribunal de Justiça foi deliberadamente afastado de qualquer jurisdição constitucional ou administrativa, restando-lhe o mundo do direito privado e do direito criminal: aplicar a lei aos fatos.

A despeito dessa intenção, a história do Judiciário ao longo do século XIX ofereceu várias oportunidades para conflitos políticos com os outros poderes. E isso percebe-se na forma de organizar as eleições, no sistema precário de incompatibilidades eleitorais, nas dúvidas a respeito da aplicação da lei penal (criminal), na organização do processo criminal e da máquina judiciária e na fronteira nem sempre clara entre a jurisdição administrativa e a jurisdição civil, seja em matérias criminais seja em matérias civis.

Além disso, havia no Brasil uma doutrina difundida e de base constitucional, segundo a qual a Constituição previa apenas dois graus de jurisdição: a primeira instância e um grau de recurso para as Relações (em princípio). Considerava-se que o envolvimento do Supremo nos casos seria uma espécie de terceira instância, não aceitável em termos constitucionais. Essa doutrina fora expressa de forma lapidar por Paula Bapista em 1855, mas era já referendada pelos homens de Estado na primeira década do Segundo Reinado. Dessa forma, o Supremo não tomava conhecimento de qualquer caso e quando o fazia por jurisdição recursal era apenas para conceder ou negar revisas³.

Pelo menos, é assim que se lê no relatório do Ministro da Justiça Manoel Galvão para o ano de 1845 apresentado ao Corpo Legislativo. De fato, o artigo 158 da Constituição dispunha que haveria no Império tribunais de segunda e última instância. O artigo 164 dispunha que na capital haveria um tribunal, dito Supremo, que concederia revisas dos casos julgados pelos tribunais de segunda instância. A interpretação de que falava dizia que os tribunais da relação eram as últimas instâncias, não competindo, portanto, ao Supremo substituir-se a eles. Dizia o ministro à Assembleia Geral:

³ No mesmo sentido vai a doutrina de Ramalho (scdp), que diz: "Este julgamento [da revisa] não pode ser considerado uma terceira instância, porque o Tribunal de Revisão não aprecia o mérito da causa, sendo a injustiça ou nulidade, que faz a sentença nenhuma". (p. 599-600). Note-se que essa forma de conceder a revisa vai diferenciá-la do futuro "recurso extraordinário" segundo a opinião de João Mendes de Almeida Jr. para quem na Constituição Federal de 1891 o Supremo adquirira a capacidade (nova) de conhecer da causa e julgá-la no sentido amplo.

As suas [do Supremo Tribunal de Justiça] decisões não ligam em caso algum as relações revisoras. Bem que não esteja convencido da necessidade e conveniência de se lhe conferir atribuição de julgar as causas que sobem ao seu conhecimento por via de recurso de revista, o que, *além de tudo mais, seria contrário à regra constitucional de serem as causas decididas definitivamente nos tribunais de segunda instância*, todavia é minha opinião que este tribunal deve ser dividido em duas seções, exerceendo cada uma delas as atribuições designadas na Lei de 18 de setembro de 1828, e que quando a relação revisora não se conformasse com a decisão do tribunal supremo, em virtude da qual fora concedida a revista, pudesse a parte recorrer novamente para o mesmo tribunal, reunidas ambas as seções; e uma vez que se mandasse julgar o feito novamente, esta decisão obrigaria a relação a alterar o seu primeiro julgamento. (grifei)

Com tudo isto, era ainda mais isolado de possíveis conflitos políticos.

O preço desse mecanismo de isolamento em particular, ou seja, a jurisdição recursal restrita à forma da revista – isto é, da cassação do acórdão sem proferir julgamento sobre o feito, sem substituir-se ao Tribunal cujo acórdão se cassava ou revia – foi alto. Durante todo o segundo reinado discutiu-se uma reforma que desse mais poderes ao Supremo, pelo menos para uniformizar a jurisprudência e, se não julgar em última instância, pelo menos determinar aos tribunais de segunda instância a maneira correta de entender a lei. Ouça-se a queixa de Nabuco de Araújo no seu relatório de Ministro da Justiça à Assembleia Geral para o ano de 1852:

Este tribunal carece de reorganização para que possa preencher o fim de sua instituição: constituído como está, ele é antes um simulacro do que a realidade de supremo. Urge mais que todas as reformas, que vos têm sido indicadas, aquela que consiste em serem havidos por supremos e definitivos os seus acórdãos quando versarem sobre nulidades. É uma anomalia que os tribunais inferiores possam julgar em matéria de direito o contrário do que decidiu o primeiro tribunal do império. Sobreleva à subversão as ideias de hierarquia, infringidas por esse pressuposto de *desobediência da jurisprudence*, que não pode existir sem uniformidade, e aonde se acham arestos para tudo. A jurisprudência, para que possa suprir e auxiliar com seus arestos e estilos a legislação, que não previne tudo, deve sair desse estado de incerteza e controvérsia em que se achava abismada; fora para desear que o supremo tribunal, pelo que meio que vos indico, se tornasse o centro regulador da jurisprudência, imprimindo-lhe a uniformidade de que ela carece, dominado destarte o espírito de sofisma que põe em dúvida as disposições as mais expressas, as doutrinas mais inconcussas.

Antes que conceder ao Judiciário poder de controlar o executivo ou decidir os conflitos entre os poderes, a tendência que prevaleceu até meados dos anos 60 do século XIX foi aceitar uma jurisdição administrativa

autônoma para decidir as controvérsias de direito público, uma jurisdição ordinária – o poder judiciário propriamente dito, na época – para resolver as questões de direito privado, e o poder da Assembleia Geral de interpretar as leis e discutir sua constitucionalidade. A solução dos conflitos de jurisdição (ou atribuição, como se diz no constitucionalismo contemporâneo) foi dada ao Poder Moderador, via Conselho de Estado.

O que se nota ao longo da história do Segundo Reinado, no entanto, é que a organização de uma verdadeira justiça administrativa, como se vinha tentando na Itália (em 1865) e na França (com a reforma do Conselho de Estado em 1872, logo após a instauração da Terceira República), foi sempre postergada e nunca satisfez a todos os espíritos. Thomaz Nabuco de Araújo, por exemplo, a partir de certa data considerou ilegítimas todas as interferências da "jurisdição administrativa" nos conflitos pendentes nos tribunais ordinários. Apesar de seu grande prestígio e influência não conseguiu, contudo, mudar o regime. Mesmo os autores favoráveis ao contencioso administrativo independente, tendiam a reconhecer a insuficiência de nossa organização, como se vê nas queixas do Visconde do Uruguai ou de Rego Barros.

2. Os pontos de contato entre justiça e política

Essa configuração do sistema brasileiro gerou, como era de esperar, uma forma de afastamento do Supremo Tribunal de Justiça de questões mais diretamente políticas, visto que de modo geral os conflitos de direito público não lhe pertenciam. Mas esse afastamento não foi completo, e por isso é possível falar de conflitos entre os poderes nos quais o Judiciário joga algum papel, ainda que não de protagonista. Mais adequado seria falar dos conflitos entre o Judiciário em geral e os outros poderes, se nessa afirmação quisermos também incluir os juizes de primeira instância⁴. Assim, os conflitos se multiplicaram, pelas razões que serão expostas a seguir.

Primeiramente, o ingresso na carreira de juiz era, de fato, um ingresso na carreira política⁵. O ofício de juiz, ou emprego de juiz, era dos mais relevantes tanto para os cidadãos quanto para os interessados no cargo. Para os cidadãos ele era muitas vezes a autoridade mais próxima, mais presente: Flory (1986) o chama de um delegado do poder central em

⁴ Devo essa formulação a Paulo Macedo Garcia Neto em discussão sobre o andamento dessa pesquisa.

⁵ Veja-se a própria trajetória de Eusébio de Queirós, cujo ápice da carreira poderia ter sido tanto na política quanto na magistratura. Tendo de optar entre sua nomeação para o Supremo e a permanência na política propriamente dita, escolheu esta última e não assumiu o posto de ministro para o qual fora nomeado em 1864. Veja-se também a pitoresca narrativa do Conselheiro Albino a respeito de sua entrada na magistratura, que começa com uma sua apresentação ao regente Feijó feita por seu pai, como se tratasse de uma simples visita... (Oliveira, 1943).

todas as comarcas. Embora juízes de direito fossem nomeados pelo Imperador, eram mandados servir nas localidades. Poderiam assim tornar-se parte do sistema de poder local. Gozando de visibilidade e poder, o juiz de direito – e mesmo o municipal – deveria também gozar de reconhecimento do governo, ou não teria sido indicado. O juiz de direito tinha, portanto, algum “conhecimento” na Corte, o que serviria para valorizá-lo entre seus jurisdicionados.

A essas características, os juízes juntavam o saber jurídico, o grau de bacharel em direito. Portanto, em segundo lugar, os bacharéis eram primariamente os operadores do aparelho de Estado, gozando *ipso facto* de certo recurso de poder, um *capital social*, para falar com Bourdieu, que era também político. No século XIX, em que estava em jogo a montagem do aparelho do Estado constitucional e de direito, era aos bacharéis que cabia a operação da máquina, seu diagnóstico, sua reforma pelo processo legislativo. Como se sabe, uma das características da revolução liberal ou burguesa do século XIX era a reforma legislativa, pois ela se fazia contra a sobrevivência das instituições antigas, já disfuncionais e inúteis. O saber exigido para essa reforma era, em primeiro lugar, um saber legal. A revolução liberal visava pôr em pé um edifício legal-jurídico que correspondesse às práticas da própria burguesia. Não se fazia como revolução social, ou seja, revolução que pusesse no poder uma classe que ainda não se havia tornado hegemônica, dominante ou dirigente. Tudo isso somado, levava os bacharéis e os magistrados a uma natural candidatura a cargos políticos.

Em terceiro lugar, não se desenhava desde logo um sistema de separações de funções, de incompatibilidades eleitorais e funcionais. Com isso, os juízes locais entraram frequentemente na vida política aderindo a um partido local. Isso os tornava particularmente vulneráveis a críticas de seus adversários, sobretudo quando da presidência dos júris criminais. Nestes, quando os próprios potenciais locais não eram pessoalmente os réus ou indiciados, eram seus protegidos, seus familiares, seus compadres, capangas ou aliados que compareciam às barras do tribunal. Sem um rígido sistema de incompatibilidades os juízes viam-se envolvidos em disputas nas quais seus próprios interesses eleitorais estavam em jogo. As incompatibilidades foram introduzidas pouco a pouco, começando pela lei dos círculos de 1855⁹. Esta determinava que os juízes não concorressem

dentro dos distritos onde exerciam sua jurisdição. O presidente de *Maiores* Gerais faz essa espécie de acusação ao juiz de direito de Indaia (do partido liberal), taxando-o de político, faccioso e homem de partido, pedindo-lhe a remoção ainda em 1871. A remoção foi recusada pelo Conselho de Estado.

Em quarto lugar, as próprias leis eleitorais, tendo em vista a figura ideal dos juízes, encarregavam-nos de presidir turnos de recursos das qualificações nos pleitos locais. Era mais um âmbito em que juízes podiam facilmente entrar em conflito com seus jurisdicionados ocupantes de outros cargos.

Em quinto lugar, sobretudo a partir da década de 1850, o crescimento econômico foi a pouco e pouco ampliando casos de contratação de serviços públicos, como concessões de portos, ferrovias, navegação a vapor fluvial e de cabotagem, arrecadações de rendas e impostos, concessão de terras públicas para diversas funções (inclusive imigração), desapropriação para melhoramentos, e assim por diante. Com isso, abriu-se ou ampliou-se um campo de conflito, no qual figuram com mais frequência os presidentes de província. Eles são a origem de diversos conflitos de jurisdição ou conflitos de atribuição. Nesses casos, os personagens frequentes são os juízes das capitais e os presidentes das respectivas províncias. Algumas vezes são os juízes dos feitos da Fazenda e autoridades tributárias. A questão surgia porque quando havia contratos entre o Poder Público e o particular a disputa poderia, em princípio, caber ao judiciário (visto que uma discussão sobre contratos é uma típica discussão

⁹ Para se ter uma boa ideia das relações pessoais e familiares na montagem do Judiciário do Brasil é indispensável a leitura de Simões (2006). Os *bacharéis na política, a política dos bacharéis*. Simões (2006) apresentou os dados sobre as relações entre ocupantes de diversos cargos nos órgãos de poder desde a Independência até a República Velha no seu fundamental estudo dos bacharéis em direito. Dos 174 magistrados do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (período de sua pesquisa, 1828-1830), 109 ocuparam cargos políticos no legislativo (deputados gerais ou federais, deputados provinciais ou

estaduais, senadores, presidentes de província), isto é 62,6% de todos os ministros do Supremo, ao longo de sua história, foram também políticos profissionais, ligados aos outros dois poderes (três, no caso do Império). No caso do Conselho de Estado do Império, havia realmente a proibição de acumulação do cargo com o de ministro do Supremo, mas não com outros cargos, como o de senador ou ministro de Estado. Além disso, não foram poucas as relações familiares que Simões também levantou exemplificativamente. Embora mais evidentes no caso do Judiciário, também se revelaram no Conselho. No caso do Supremo, Simões lembra os casos exemplares de Eusébio de Queiroz e Perdigão Malheiro, ministros do Supremo Tribunal de Justiça, cujos filhos foram figuras proeminentes no segundo reinado: Eusébio de Queiroz, ministro e conselheiro de Estado, também indicado para ministro do Supremo (cargo que não assumiu, preferindo continuar Conselheiro de Estado) e Agostinho Marques de Perdigão Malheiro, advogado de destaque, presidente do Instituto dos Advogados e de grande prestígio no foro (e na vida política, presume-se) da Corte. Os dois vieram a ser cunhados: Simões prossegue narrando a nomeação de Francisco de Paula Ferreira de Rezende para ministro do Supremo, mostrando como ele, pelo casamento, se havia ligado tanto a Eusébio de Queiroz quanto a Perdigão Malheiro. Mostra também como um ascendente de Francisco de Paula, Estevão Ribeiro de Rezende, fora ministro de D. João VI e responsável direto pela indicação do velho Eusébio de Queiroz para chanceler da Relação da Bahia de onde partiu, após a Independência, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal de Justiça.

de direitos entre partes). No entanto, a presença de poderes excepcionais da autoridade responsável pelo gerenciamento da obra ou do serviço público levava muitas vezes os presidentes de Província a tomarem iniciativas contra os concessionários cujo resultado era frequentemente o anistamento do juiz dos feitos da Fazenda. Também as questões tributárias muitas vezes se apresentavam como disputas em torno de propriedade, da propriedade pública ou da propriedade particular (centúrgios, sustações de exportações ou importações etc.). Houve também questões ligadas aos processos de desapropriação: seja para novas obras, seja para melhoramentos, a segunda metade do século XIX assistiu à ampliação dessa espécie de interferência do Estado no domínio privado. Uma vez afetados em sua propriedade, poderiam os particulares socorrer-se do judiciário para preservar seus direitos.

Em sexto lugar, há uma série de conflitos entre juízes e autoridades policiais e promotores de justiça. Esses conflitos encontram seu esboço natural no sistema de recursos e nos pedidos de anulação de julgamentos.

Finalmente, a competência para julgar os altos empregados públicos (Constituição do Império, art. 164, II) expunha o Supremo diretamente a conflitos de caráter político.

Em vários desses casos, a questão pode também degenerar em pedidos de remoção de juízes, de sua suspensão, de seu afastamento e de sua responsabilização. A responsabilização dos juízes por atos de seu ofício que configurassem abusos, excessos, desvios, e coisas semelhantes era perfeitamente aceita. O juiz era enquadrado no Código Criminal, nos artigos referentes aos crimes dos funcionários ou empregados públicos. A ideia geral era que todos os funcionários eram responsáveis criminalmente por seus atos. Eram também responsáveis civilmente, numa época em que a doutrina e legislação não determinavam a responsabilidade do Estado por atos ilícitos de seus prepostos. A responsabilização criminal era possível, aceitável e de fato acontecia, embora não fosse frequente. Os processos eram longos e podiam ser revistos.

No governo central tinha-se que os juízes fossem responsabilizados em função de seus atos e que isso fosse, em certa medida, uma representação dos poderes locais (inclusive a Assembleia Provincial) que estavam sempre dispostos a perseguir e expulsar os agentes da lei e do governo imperial (governo geral). Embora no estado atual da pesquisa não se possa dizer o quanto cada juiz era protegido pelo Ministro da Justiça ou outro secretário de Estado, pode-se suspeitar que vários desses juízes encontravam na Corte algum alívio contra pressões locais. O contrário também se dava, quando vinham do governo geral pressões sobre os juízes para darem efetiva aplicação a medidas de interesse político. Talvez o caso mais marcante e célebre dessa última espécie seja o famoso "desenbarque de Seriahém", quando Nabuco de Araújo, no Ministério da Justiça, enfrentou a Relação da Bahia e aposentou os desembargadores que protegeram os traficantes no episódio.

Antes de concluir essa introdução, é bom lembrar outra função exercida pelos tribunais, nesse período. Como se sabe, havia no Império apenas quatro relações (Corte, Bahia, Pernambuco e Maranhão), um Supremo Tribunal de Justiça, além dos tribunais de Comércio (a partir de 1850 e com funções contenciosas recursais a partir de 1854), o Tribunal do Almirante, além do próprio Supremo Conselho Militar. Havia também um Tribunal do Tesouro (corte administrativa de contas e de inspeção geral) e o Conselho de Estado, compoando a precária justiça administrativa da época. A função que os tribunais judiciários propriamente exerciam, e que hoje oficial e formalmente já não têm, era a de *consultar* o governo nos casos de necessidade de reforma das leis, na feitura dos regulamentos (decretos de regulamentação das leis) ou de suas mudanças. Chamados a tal função, os órgãos da justiça não entravam propriamente em conflitos com o governo (ou, indiretamente com a Assembleia), mas seria possível e interessante traçar as diferenças de entendimento entre eles. Também essa é uma pesquisa que está por ser feita no Brasil, sobretudo se levarmos em conta a importância dos temas levantados para a história econômica do País – já que não poucos casos diziam respeito à interpretação e aplicação de leis comerciais – ou para a vida privada – já que outros tantos casos diziam respeito à regulamentação da vida civil (direito de família e sucessões, e.g.) enquanto não se fazia o esperado e prometido Código Civil.

O que levou à escolha de apenas algumas espécies de casos nesta pesquisa também precisa ser justificado. Trata-se da identificação do que pode ser considerado político e, portanto, externo à atividade mesma dos tribunais, algo capaz de gerar confrontos com os outros poderes, esses sim ditos *poderes políticos* do Estado. Política é a luta eleitoral para ocupar cargos e funções de Estado cuja função é deliberar em nome de outros (Sartori, 1994) ou impor a outros a força cujo monopólio o Estado pretende⁷. Assim, tanto chamamos de política a decisão coletivizada, nos termos de Sartori, quanto as decisões que afetam quem vai exercer a autoridade para decidir, como acede a tal autoridade (por exemplo, pelo sistema eleitoral), como deixa de exercê-la (por exemplo, pela responsabilização criminal, administrativa ou política do ocupante do cargo). Política também é a deliberação sobre os bens indivisíveis ou coletivos, na acepção dada pela economia (Olson, 1971; Cooter; Ulen, 1996). Dessa forma, toda vez que os tribunais se envolvem nas disputas eleitorais, ou na adjudicação de recursos indivisíveis ou coletivos, estão em potencial conflito com as questões políticas. Essa alás, é a origem da *doutrina das questões políticas*, desenvolvida pela Suprema Corte

7. Sartori distingue quatro tipos de decisão: individual, grupal, coletiva e coletivizada. As coletivizadas "se aplicam e são impostas a uma coletividade independentemente de serem tomadas por uma pessoa, por algumas ou por uma maioria. O critério de definição não é mais quem toma as decisões, mas seu alcance [...] a política consiste em decisões coletivizadas." (Sartori, 1994, p. 287).

norte-americana. Tendo ela sido chamada a ocupar uma posição de preeminência nas disputas originadas pela Constituição de 1787, logo percebeu que não estava preparada para resolver disputas de todas as naturezas, elaborando o limite de sua própria competência. Lembremos apenas que o uso da força estatal sobre os cidadãos é um caso paradigmático e extremo do exercício do poder político.

Por isso privilegiei nesse texto o envolvimento dos tribunais (a) na vida eleitoral, (b) nas atividades de repressão e coação (inclusive dos ocupantes de empregos públicos), e (c) naquilo que hoje chamaríamos o direito administrativo da regulação da economia.

3. As fontes da jurisprudência e o perfil geral da atividade do Supremo

A fonte da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça utilizada neste trabalho primariamente é a *Jurisprudência dos Tribunais*, organizada por Manoel da Silva Mafra⁸. Desse trabalho, feito a princípio para uso próprio, segundo informa o autor no prefácio, datado de 1868, constam 358 acórdãos, majoritariamente de revistas concedidas desde 1841 até dezembro de 1867. Poucos acórdãos (não chegam uma dezena) são de casos de jurisdição originária, não de revistas. O critério de seleção do autor não é explícito, embora todas as revistas sejam revistas concedidas. Em alguns casos, mas não em todos, o autor reproduz os acórdãos de revisão em longas notas de rodapé. O número 358 também não é exato, pois o próprio autor confessa que introduziu na coleção algumas decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Lisboa, coligidas por Corte Real e Castello Branco na *Coleção de acordados do Supremo Tribunal de Justiça de Lisboa*, quando "fundadas em legislação portuguesa ainda vigente no Brasil". São poucos esses acórdãos, e não é possível determinar um critério mais preciso por parte do compilador brasileiro. Mesmo não exaustiva, a coleção cumpre um importante papel, tendo em vista a falta generalizada de fontes publicadas para o período, exceto o material veiculado pelos jornais (oficiais e comerciais) da época.

A coleção de Mafra contém acórdãos publicados em diversas fontes, inclusive em periódicos existentes na Corte como a *Chronica do Foro*, a *Gazeta dos Tribunais*, a *Nova Gazeta dos Tribunais*, a *Revista Jurídica* e outras. A *Gazeta dos Tribunais* publicou-se entre janeiro de 1843 e dezembro de 1846. Tinha formato de jornal cotidiano, com quatro páginas, e sala às terças e sextas-feiras no Rio de Janeiro. Além de decisões do Supremo Tribunal, publicava a agenda e pauta de trabalho do Ministério da Justiça e do Imperador. Em dezembro de 1846 parou de

ser publicada porque o Conselheiro Aragão (do Supremo), escusou-se para "dedicar-se a outras coisas". Francisco Alberto Teixeira de Aragão (1788-1847) foi juiz do Supremo desde 1829 e era de fato o editor da *Gazeta*, era sua alma. A *Chronica do Foro* tinha formato semelhante ao da *Gazeta*, e publicou-se entre 1850 e 1861. Seu editor era advogado na Corte e oferecia seus serviços a clientes e colegas de outras províncias, além de responder a consultas na própria publicação. Como se sabe, revistas propriamente jurídicas só começam a aparecer em 1862, com a publicação da *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados*. O modelo mais longo e já semelhante ao que se usará até praticamente hoje é o da revista *O Direito*, cuja circulação só tem início em 1873.

Na coleção de Mafra, vinte por cento (20%) dos casos são de matéria criminal. Dos restantes 80% de casos, divididos em revistas cíveis e matéria comercial, 25% são de questões de família. Disputas sobre direito das sucessões somam 20% do total dos casos cíveis e comerciais decididos pelo Supremo. Isso é bastante significativo, pois mostra o quanto a propriedade produtiva era ainda a propriedade familiar, já que as disputas de sucessão e de família têm sempre um caráter patrimonial, relativas a heranças e direitos dos filhos menores ou das mulheres a participarem nos negócios ou serem representados em atos, negócios e inventários. Tudo isso demonstra, a meu ver, o quanto a gestão das unidades produtivas, fossem elas sociedades mercantis ou fazendas (engenhos, plantações, plantel de escravos etc.), e da riqueza (dotes, títulos deixados nos montes a inventariar, contratos a cumprir, créditos em empréstimos etc.) concentrava-se na esfera da família e, portanto, o quanto o direito de família e das sucessões era importante. Resta a pesquisar algo que me parece de grande relevância para entender a lentidão e nosso processo codificatório civil: a dificuldade em modernizar de vez essas relações e inseri-las num modelo burguês de direito civil.

O número de revistas comerciais é crescente a partir da segunda metade do período analisado. Ao todo, as questões comerciais chegaram a cerca de 20% dos casos cíveis. Disputas com a Fazenda Pública atingiram 6% das revistas cíveis. Desse modo, casos comerciais, de família, de sucessões e disputas com a Fazenda somaram 71%, ou seja, mais da metade do total de assuntos tratados pelo Supremo. A partir da coleção de Mafra, temos então o seguinte quadro:

Quadro 1 – Recursos de revista concedidos pelo STJ (1841-1867), por matéria, segundo Mafra

Revistas	Porcentagem
Criminais	20%
Cíveis e Comerciais	80%
Total	100%

⁸ Manoel da Silva Mafra (1831-1907) foi magistrado (juiz de direito) e político, originário de Santa Catarina, chegando a presidente de Província (1878, Espírito Santo) e ministro da Justiça (1882). Ficou conhecido como Conselheiro Mafra e obteve o grau de bacharel em Direito na Faculdade de São Paulo em 1855.