

# JUDICIÁRIO E ESTADO NO BRASIL: TRIBUNAIS SUPERIORES E JUÍZES NA FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

*Professor do Curso de Direito da UNIFOR,  
Procurador do Município de Fortaleza e  
Doutor pela Universidade Johann Wolfgang  
Goethe - Frankfurt/M.*

## RESUMO

*A formação institucional do Estado Brasileiro pode ser explicada muito mais por meio de suas origens ibéricas do que pela recepção de correntes européias e americanas. Neste contexto, o Poder Judiciário é também herdeiro desta tradição, desempenhando desde os primeiros instantes da colonização portuguesa, papel fundamental para a solidificação de um aparelho burocrático. Durante o período imperial e o nascimento no Brasil, o Poder Judiciário continuou a exercer este papel. O Supremo Tribunal Federal, na qualidade de última instância do Poder Judiciário, teve importante função no desenvolvimento desta relação com o estado e seus objetivos.*

## ABSTRACT

*The Institutional formation of the Brazilian State has much more to do with its Iberian (Portuguese) origins than any mechanical transposition of western ideologies. Within this context, the Judiciary Power was a very important element in the execution of the objectives of the Brazilian State. In this way, The High Court of Bahia, instituted by the Portuguese Crown still in the XVII century, the justices of the peace, established by the liberal governments of the Empire; and the Federal Supreme Court, created by the Republic, do not only reveal themselves as fundamental political actors, but also affirm themselves as capable of imposing their own interest in a complex web of power relations in the colonial period, during the Empire and in the Republic. Despite all of this political and institutional activity, the Federal Supreme Court of today maintains itself, in the end, as a closed power, conservative and still discredited to a large degree by the Brazilian society. The historical premises brought together here, assist in the understanding of a problematic co-existence, that is, the Federal Supreme Court with the defense of democracy. This has shown itself to be difficult primarily during the authoritarian governments which Brazil experienced.*

### 1. Introdução

1 - O trabalho que ora escrevo se constitui num resultado inicial de uma pesquisa a se tornar mais elaborada e, conseqüentemente, melhor fundamentada. Embora pareça desnecessário, gostaria de salientar que minhas afirmações neste **paper** se constituem muito mais num esboço do que propriamente na versão final de minhas conclusões. Por outro lado, será principalmente a partir das referências históricas que aqui discuto que fundamentarei e delimitarei o objeto de minha investigação,

para assim identificar-lhe as características e situá-lo no contexto da realidade nacional, sem considerar tal objeto isoladamente.

Desta maneira alguns esclarecimentos metodológicos se fazem importantes a fim de precisarem a elaboração que aplico. Ocupo-me, basicamente, com o papel do Judiciário na formação do Estado brasileiro. Desde os primeiros instantes da fundação do Brasil, seja enquanto colônia, seja como nação independente de Portugal e mais tarde na versão de Estado Novo ou sob o regime militar após 1964, o papel do

Judiciário se apresentou de um modo absolutamente oposto ao que se poderia qualificar de distante ou intocável, ou ainda "acima das disputas", como insiste parte da literatura sobre o tema. Portanto, com base nisso afirmo que, segundo as constatações históricas mais avalizadas, o Judiciário brasileiro desempenhou funções ativas e determinantes para os rumos que o Estado brasileiro iria tomar. No início essa intensa atividade se deixava traduzir pelo papel do Tribunal de Relação da Bahia, (abreviado como Relação daqui em diante) instituído pela Coroa portuguesa em Salvador. A falta de arquivos que expliquem mais precisamente o funcionamento e alcance da Relação da Bahia, embora inviabilize a exatidão sobre este tribunal, não foi obstáculo para que se conhecessem seus membros, suas histórias e origens e, sobretudo, sua ação política na incipiente colônia. Proveniente destas observações, as quais ainda comentarei, é que os magistrados da Relação da Bahia "se tornaram o centro da burocracia imperial portuguesa"<sup>1</sup>. Mais tarde, com a independência de Portugal, a burocracia da colônia permaneceu na sua forma patrimonial e se revelou importante especialmente no que diz respeito à formação da unidade territorial do Brasil. Nesta fase, destaco apenas o papel exercido pelos juízes de paz na década de do-

mínio liberal que se iniciou em 1827, antes da abdicação de Dom Pedro I, estendendo-se durante a maior parte do período regencial. A relevância dos juízes de paz, reorganizados pelo governo liberal sob a forma do Código de Processo Criminal de 1832, é amplamente reconhecida; seja como avanço (no livro de Thomas Flory **Judges and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871 - Social Control and Political Stability in the New State**), ou como desastre (Aurelino Leal em **História Judiciária do Brasil** ou Oliveira Vianna, especialmente em **Instituições Políticas Brasileiras**).

Com a República, o Judiciário passa a ter uma condição mais relevante na consecução dos objetivos do Estado brasileiro, condição esta identificada, sobretudo, com a criação do Supremo Tribunal Federal e a redefinição de suas competências, onde se sobressai sua função de exercer a jurisdição constitucional.

Um outro esclarecimento se faz necessário. Se havia no Brasil imperial um tribunal superior, o Supremo Tribunal de Justiça, fico a dever explicações sobre os motivos que me levam a não abordá-lo, mas sim os juízes da Regência brasileira. O Supremo Tribunal do Império tinha reduzidíssima competência constitucional, uma vez que o grande ator da Constituição de 1824 era o

<sup>1</sup> SCHWARTZ, STUART: *Magistracy and Society in Colonial Brazil*, p.715

Poder Moderador. Deste modo, o significado político do Supremo Tribunal de Justiça se diluiu entre os embates de conservadores e liberais, que movimentavam juízes e o Poder Judicial. Apenas para ilustração, o discurso do velho Senador pernambucano, José Thomaz Nabuco de Araújo bem denuncia a necessidade de definição mais precisa para o Tribunal do Império: "Não é possível, porque o tribunal, que é o primeiro na hiêrarquia, e cujas decisões deviam ter autoridade, decide de um modo e as Relações podem decidir de outro e contrariá-lo"<sup>2</sup>.

II - O primeiro ponto metodológico que me fez recorrer ao levantamento histórico que acima expliquei é a convicção de que as origens do Estado brasileiro (e do seu aparato institucional) podem ser melhor compreendidas por meio do estudo da herança lusitana do que propriamente pela influência das denominadas ideologias ocidentais (em especial aquelas da Europa e Estados Unidos). Realmente é impossível negar a recepção que tiveram entre nós doutrinas oriundas do Iluminismo ou das Revoluções Americana e Francesa. Igualmente com a chegada do positivismo (na proclamação da República) ou do marxismo (por exemplo, em 1895 com o livro de José Ignácio Abreu e Lima, **O Socialismo**, em Recife; ou em 1899 com Farias Brito, e sua obra **A Filosofia Moderna**), não há como

desconhecer a função destas ideologias e doutrinas sobre os mais diferentes atores de nosso cenário e as marcas que indiscutivelmente deixaram nos intelectuais e políticos. Entretanto, a lenta superação do absoluto domínio patrimonial do Estado rumo a uma organização racional de seu aparelho institucional (e é claro que o Judiciário integra este último) ressalta a importância do nosso passado colonial e imperial. Como explicar que, num mesmo espaço histórico, puderam conviver formas não só antagônicas, mas até excludentes entre si de se conceber o Estado? Esta pergunta se exemplifica melhor no caso do império português, burocraticamente desenvolvido mas que, no caso da Relação da Bahia, principalmente, foi obrigado a tolerar desrespeito às suas determinações, em função de conflitos locais de poder e de relações pessoais dos envolvidos. Esta linha se repete na década liberal que procuro investigar. Como entender o convívio das postulações democráticas dos liberais, externadas na dilatação das competências dos juízes de paz, na criação do tribunal do júri ou autonomia das províncias, com as remoções e nomeações de juízes amigos, expediente preferido dos conservadores, porém largamente utilizado pelos liberais no poder?

Esta intrigante contradição impede que sejam, pelo menos nesse âmbito do caso brasileiro, aplicadas

---

<sup>2</sup> Nabuco, Joaquim: *Um Estadista do Império - Nabuco de Araújo*, v. 1, p. 65.

as noções de Max Weber sobre os desdobramentos do desenvolvimento da burocracia em favor do Estado. Weber é claro: o desenvolvimento burocrático substitui a forma patrimonial de domínio<sup>3</sup>. No Brasil é inegável que o Judiciário se desenvolveu e que gradualmente evoluímos para um estado de direito. Porém, este caminho não erradicou as formas patrimoniais do Estado. No tocante à prestação jurisdicional são notórios os casos cujo resultado da demanda se deu muito mais em função de relações pessoais do que como produto de uma reflexão jurídica? Eis aqui o segundo ponto metodológico que eu desejaria explicitar, ou seja, a não-aplicação dos parâmetros de Weber para caso brasileiro. É inegável que o Judiciário brasileiro evoluiu e que a acomodação de novos instrumentos e competências, ainda que lenta, ao recente cotidiano dos brasileiros não autoriza a conclusão de que no Brasil tudo ainda se resolve com o "jeitinho". Ainda assim, estas novidades não erradicaram o nosso lado patrimonial, arcaico. Estas duas perspectivas convivem numa estranha simbiose onde sua existência histórica parece insinuar que uma não sobrevive sem a outra e que aos agentes corporificadores do Estado

(as instituições em especial), e não à sociedade, é que competiria a tarefa de contribuir para a superação de nossa condição de patrimonial. Muito mais próximo da compreensão de nossa realidade se encontra Samuel Noah Eisenstadt, quando de sua afirmação de que "estagnação ou perturbações não conduziram necessariamente ao caos total. Apesar da instabilidade estes regimes continuaram mostrando capacidade de se reorganizarem e, desse modo, de assegurarem sua continuação"<sup>4</sup>. Aqui se refere Eisenstadt às nações que hoje formam o chamado Terceiro Mundo, então saídas do colonialismo europeu. Esta aparente contradição (digo aparente porque entendo que ela é inerente à condição patrimonial de nossas origens) da convivência entre patrimonialismo e uma burocracia setorialmente desenvolvida, sobreviveu aos mais relevantes episódios na nossa história republicana: aos seus tumultuados nascimento e primeiros tempos, esteve presente na era Vargas, no golpe militar de 1964 e alcançou a organização formal e material do nosso Supremo Tribunal Federal. Um legado histórico deste porte não desaparecerá sem uma respectiva alteração na cultura jurídica de que somos portadores.

<sup>3</sup> Weber, Max: *Bürokratie*, p. 256.

<sup>4</sup> Eisenstadt, S. N: *Traditional Patrimonialism and Modern Patrimonialism*, pp. 9/10. Ver ainda, do mesmo autor: *The Political Systems of Empires*, The Free Press of Glencoe, New York, 1963.

Além disso, tem-se percebido que a maior parte da recuperação histórica sobre o Brasil, isto é, as tentativas de explicar o país racionalmente, remetem-nos apenas a um passado recente que, na literatura mais autorizada, retrocede até no máximo ao início do movimento tenentista dos anos vinte deste século. Não são em iguais qualidade e quantidade as análises que pretendem entender o Brasil antes do período republicano ou durante o colonial, instantes fundamentais para a compreensão do que somos. Como procurarei demonstrar, algumas atitudes semelhantes que se observam entre estas dimensões temporais sugerem elementos que ultrapassam a adjetivação de simples coincidências.

Eis, de maneira sucinta, as duas razões que me levaram a tentar analisar o Judiciário brasileiro a partir de seus principais órgãos jurisdicionais sob a luz de referências históricas.

Para finalizar esta introdução, gostaria de acrescentar que estou ciente das limitações impostas por uma investigação que se dê apenas sobre determinados órgãos jurisdicionais e etapas históricas, o que me impede de extrair conclusões válidas para todo o Judiciário brasileiro. Entendo, por outro lado, que mesmo com limitações, esta intenção poderá ser mais um auxílio no diagnóstico de parte interessante do problema.

Procederei, então, a uma breve exposição histórica de três etapas históricas do Brasil, onde procuro compreender o comportamento de seus principais atores no terreno do Judiciário, a saber: o período colonial, com a Relação da Bahia; o imperial, com os juízes de paz e os liberais no poder; e, com base nestas referências históricas, poder melhor compreender o Supremo Tribunal Federal de que dispomos.

## **2. O Período Colonial: A Relação da Bahia**

Antes mesmo de examinar o significado do surgimento da Relação da Bahia, parecem-me importantes algumas considerações a respeito de determinados pontos da história portuguesa. Fator relevante para o pioneirismo português nas navegações foi a domesticação, pelo soberano, de tendências feudais, representada por nobres detentores de terra, de armas e de gente para lutar. Este episódio só se repetiria em diferentes partes da Europa com o Absolutismo. Ao derrotar definitivamente os espanhóis em 1143 o monarca afonsino fez muito mais do que assegurar a unidade territorial da pequena nação: unificou também a jurisdição colocando sob seu domínio as forças centrífugas internas. A Revolução de 1383 possibilitou a subida ao trono da Casa de Avis, responsável pelo período glorioso da

expansão mundial lusitana. Foi igualmente com a dinastia de Avis que os juristas iniciaram o domínio da burocracia real. De qualquer forma, importante aqui é o fato de que o monarca português esteve em condição de impor sua vontade à nobreza e esta, ao contrário da experiência inglesa, mas semelhante àquela da Prússia e Rússia, encontrou exatamente no monarca e na sua burocracia os seus principais rivais<sup>5</sup>. Interessante notar que também no Brasil, o imperador conseguiu se impor ante a nobreza. Era ele quem formava e demitia gabinetes e na sua órbita gravitava o exercício do poder, aqui por força de dispositivo devidamente institucionalizado, isto é, o Poder Moderador.

Esta concentração do poder em Portugal já no século XIV propiciou o nascimento do Estado patrimonial, onde ao rei tudo pertencia e inviabilizou a formação do feudalismo. Daí se afirmar que Portugal, como a Espanha, não conheceram a experiência feudal. Por outro lado, tanto Portugal como Espanha ingressaram tardiamente no processo capitalista europeu, apegados até o presente século aos seus instintos colonialistas. Uma manifestação clara da unida-

de que Portugal sempre desejou assegurar ao seu domínio ultramarino foi a fundação e manutenção de um único centro de formação profissional e intelectual superior. A Universidade de Coimbra, fundada em 1286, permaneceu como o agente unificador da ideologia dos representantes da Coroa. Um desembargador na Relação de Goa, por exemplo, era portador de idêntica formação daquele na Relação da Bahia ou do Porto, ou mesmo da Casa de Suplicação e do Desembargo do Paço. Adicionado a isto, Portugal não necessitava ter maiores preocupações com seus vizinhos. Da Espanha até a Alemanha estavam todos envolvidos em disputas internas, o que lhes impossibilitava pensar, neste instante, em algum tipo de expansão territorial. Este conjunto de circunstâncias favoreceu Portugal, o mais fraco econômica e militarmente dos países europeus, a realizar política mundial e a Lisboa de determinar os rumos da política expansionista européia<sup>6</sup>.

Thomas Flory afirma que "quando o rei de Portugal desejava impor obediência a uma decisão ou ordem sua, raramente enviava tropas, mas sim ouvidores e coletores. Mais freqüentemente enviava juizes"<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Lieven, Dominic: *Abschied von Macht und Würden - Der europäische Adel 1815-1914*, p. 46.

<sup>6</sup> Salentiny, Fernand: *Aufstieg und Fall des portugiesischen Imperiums*, p. 340.

<sup>7</sup> Flory, Thomas: *Judges and Jury in Imperial Brazil*, p. 31.

A Relação da Bahia foi instituída pela Lei de 7 de março de 1609. A sua primeira fase vai até 5 de abril de 1626 quando foi extinta. Refundada pela Lei de 12 de setembro de 1652, a Relação da Bahia permaneceu sozinha como instância superior na colônia até 1751, quando por meio do Alvará de 13 de outubro foi aprovado o Regimento para a Relação do Rio de Janeiro. Em 13 de maio de 1812 foi expedido o Alvará com o Regimento da Relação de São Luiz, no Maranhão, e em 6 de fevereiro de 1821 foi criada a Relação de Pernambuco. Por noventa e nove anos foi a Relação da Bahia o centro da burocracia colonial no Brasil.

Com algumas evidentes variações, os Regimentos que se seguiram ao da Relação da Bahia eram semelhantes: o Governador possuía assento na Mesa Grande (o pleno) e iria a Relação “quantas vezes lhe parecesse necessário”<sup>8</sup>. Possuía ainda competência para suspender os desembargadores. Por outro lado, à Relação competia realizar uma devassa a cada três anos, bem como correição administrativa. Esta reciprocidade de poderes corresponde à estratégia do Conselho Ultramarino de Portugal: “Para o bom serviço de sua majestade não é aconselhável que haja forte amizade entre

desembargadores e o Governador. Ideal é que eles possam fiscalizar um ao outro”<sup>9</sup>. A exemplo dos primeiros nove que chegaram na cidade de Salvador em junho de 1609, eram os desembargadores que funcionariam na Relação, homens já experimentados na administração portuguesa. Não necessariamente oriundos de poderosas famílias. Pelo contrário. Dos 168 desembargadores entre 1609 e 1758 foi possível a Stuart Schwartz obter dados de 103<sup>10</sup>. É certo que o grupo de filhos de juizes letrados (juizes com o estudo de direito regularmente concluído em Coimbra) representava, individualmente, o maior número de desembargadores da Relação da Bahia: 23 dos 103 possuíam pai letrado. Todavia, os representantes de profissões ou ocupações que não tinham como exercer pressão política determinante contra o monarca, quando juntos, formavam a grande maioria da origem dos desembargadores. Havia, assim, filho ilegítimo, filho de inspetor de mercado, de mestre-de-obras, de pedreiro, de pequenos comerciantes, de artesãos, de alfaiates, de pequenos proprietários rurais e, apesar de expressa proibição régia, desembargadores nascidos no Brasil.

Gostaria então de proceder à interpretação destes e outros aspectos

<sup>8</sup> Ley de 7 de março de 1609, p. 5.

<sup>9</sup> Schwartz, Stuart: *Sovereignty and Society in Colonial Brazil*, p. 270.

<sup>10</sup> Id. ib. pp. 290/382 e ss.

tos da existência da Relação da Bahia e que me parecem relevantes para se compreender a origem de nossa formação judiciária. O primeiro ponto que julgo importante diz respeito ao papel dos desembargadores enquanto representantes fiéis da autoridade real. A promoção de cargos, principalmente os da burocracia judiciária, já que este segmento desempenhava funções essenciais no assessoramento direto do monarca, dependia exclusivamente da vontade real. Portanto, atitudes que desafiassem a estratégia da metrópole ou pusessem em risco a autoridade do rei não eram toleradas, diferentemente de outras que não implicassem em abalo do poder da Coroa como contrair núpcias com brasileiras, o que era proibido pelo Alvará de 22 de novembro de 1610. Deste modo, os desembargadores sabiam quem representavam e quais eram os objetivos a serem atingidos; manter a unidade da colônia e preservar a autoridade do rei uniformemente. Assim é que, por exemplo, os desembargadores não hesitaram em condenar a escravidão de índios que, apesar de proibida pela metrópole, era praticada pelos grandes senhores de engenhos, ou ainda em reafirmar a supremacia da autoridade do rei ante o poder da Igreja, ao fazer retornar à terra firme um condenado pelo bispo, já embarcado, a sair do Brasil. Revela-se aqui, ainda, uma certa independência espacial gozada pelos

desembargadores. Somente protegidos pela autoridade do rei dispunham eles de força para enfrentar os potentados locais, fossem senhores de engenho ou mesmo o Governador. A confirmação desta independência deixa-se ver quando da extinção da Relação em 1626, episódio que se efetivou durante a União Ibérica (1580-1640). Alegando medidas de economia, a metrópole entendeu abolir a Relação para que todos os esforços financeiros se transferissem para o combate à presença holandesa no Brasil. Embora esta razão mereça crédito, não menos descreditados são os relatórios do Governador para o rei onde se pode ler reiteradas reclamações daquele contra os desembargadores. Realmente, os desembargadores foram parte em diversos episódios: participavam do comércio da pesca da baleia, que lhes era vedado; compravam e vendiam escravos, o que também não lhes era permitido; e buscaram influenciar de forma aberta a política local. Toda esta movimentação parece evidenciar a autonomia de que gozavam, uma vez que eram protegidos da administração imperial. Importante lembrar que a Coroa estabelecia um "limite aceitável" para apreciar o comportamento de seus desembargadores na Bahia. Assim é que, não raro, existiram punições a desembargadores, como a suspensão aplicada aos desembargadores Pero de Cascais e António das Póvoas, ainda duran-

te o primeiro período da Relação (1609-1626)<sup>11</sup>.

Outro fato que merece atenção é o impacto da chegada dos desembargadores na sociedade local. Após a desejada ascensão profissional o desembargador teve funções importantes na vida da sociedade colonial. Por serem representantes diretos do poder real, integravam muitos deles as principais irmandades religiosas e alguns desempenharam importantes cargos, como Provedor da Santa Casa de Misericórdia. Assim, "com esta rede de influências entre desembargadores, funcionários, nobres, sábios locais, eram decididas as causas em Portugal", afirma o atualmente mais creditado historiador do direito em Portugal, António Manuel Hespanha<sup>12</sup>. As evidências de que esta mesma rede de influências aportou no Brasil são igualmente convincentes e dizem que o resultado era quase sempre em favor dos interesses da Coroa. Se por um lado a burocracia imperial portuguesa funcionava conforme regras e estruturas racionais de organização, na colônia sul-americana os resultados desta burocracia davam-se muito mais por meio de relações pessoais, fossem elas para poupar e proteger amigos ou para destruir inimigos, mas que não se afastariam, em termos

essenciais, dos objetivos determinados pela autoridade real.

### 3. O Período Imperial: A Década Liberal

A Independência trouxe a evidentemente necessidade para a jovem nação de formar seus próprios quadros burocráticos. Durante os anos vinte do século XIX as figuras principais da vida política haviam estudado em Coimbra e foi esta a geração que se constituiu na primeira elite imperial, afirmam Jean e Roderick Barman, no seu ensaio sobre "O Papel dos Graduados em Direito na Elite Política do Brasil Imperial"<sup>13</sup>. Embora não se possa se dizer que todos os que estudaram em Coimbra eram vistos com desconfiança ou que defendiam eles próprios os interesses da antiga metrópole, a clara rejeição a tudo que tivesse ligação com Portugal apressou também a decisão de se criar cursos jurídicos no Brasil. Este sentimento antilusitano permaneceu por todo o Primeiro Reinado e, adicionado ao despotismo do primeiro Imperador, foi importante fator na Abdicação. A partir da formação acadêmica nacional passaram os juristas, de uma maneira geral e a exemplo de Portugal, a ser os responsáveis pela condução dos objetivos do Estado brasileiro. No

---

<sup>11</sup> *Id. ib.* p. 196.

<sup>12</sup> Hespanha, Antonio Manuel: *Lei e Justiça: História e Prospectiva de um Paradigma*, p. 44.

<sup>13</sup> Barman, Jean e Roderick: *The Role of the Law Graduated in the Political Elite of Imperial Brazil*, p. 444.

seu ensaio sobre os "Mandarins do Brasil Imperial" esclarecem Pang e Seckinger a carreira a ser percorrida pelos jovens juristas até chegar a posições de maior relevância política<sup>14</sup>. De acordo com estes últimos autores, de 219 ocupantes de cargo de Ministro de Estado entre 1822 e 1889, cento e quarenta e sete, ou seja, 67 por cento, eram juristas e apenas 22,4 por cento se dividiam entre demais profissões como engenheiros, médicos, militares ou religiosos<sup>15</sup>.

Também o Brasil teve de enfrentar o poder de forças dispersoras durante o período imperial, seja na forma de movimentos armados ou seja na forma explícita de desafio da autoridade central constituída. Esta primeira fase turbulenta da Independência contou não só com desafios internos, mas também externos. A questão cisplatina e desentendimentos com a Argentina só puderam definitivamente ser resolvidos na década de 1850, quando o Brasil decidiu, em função de seu potencial econômico e geopolítico, lutar por uma posição de poder decisiva na América do Sul. Com a etapa da Regência no Brasil, tem-se a interessante experiência de um governo a partir do Legislativo e não da força imobilizadora do Poder Moderador, caracterizadora de todo o Segundo Reinado.

A proliferação de movimentos separatistas convenceu o Estado da necessidade de fazer a autoridade central alcançar os mais longínquos cantos do país. É, pois, neste contexto que se desenvolveria a atuação da magistratura.

De 1824 até 1841 constata-se uma considerável atividade legislativa objetivando formar e reformar a estrutura judiciária do país. Não bastasse ter o Parlamento discutido questões de ordem judiciária em 1824, 1827, 1830, 1834, 1840 e 1841, significou o produto destas discussões, materializado numa nova legislação, alteração qualitativa da competência, formação e alcance do Judiciário. Os juizes de paz foram previstos pela Constituição de 1824. A Lei de 15 de outubro de 1827 ordenou e regulamentou a instalação dos juizes de paz, eleitos pelo povo. A hostilidade do Imperador ao novo dispositivo não tardou. Na sua fala anual de abertura da Sessão Legislativa de 1828, afirmou que "Poder Judiciário é que não tem apresentado melhoras."

Mesmo tendo sido instalados em 1827, os juizes de paz e a magistratura só vão passar a desempenhar funções decisivas com a aprovação do Código de Processo Criminal, que ocorreu com a Lei de 29 de novembro de 1832. Antes desta

<sup>14</sup> Pang, Eul-Soo e Ron L. Seckinger: *The Mandarins of Imperial Brazil*, pp. 223 e ss.

<sup>15</sup> *Id. ib.*, p. 235.

data, os juizes de paz vinham acumulando outras competências, concedidas mesmo de modo inorgânico, e que integravam a esfera das atribuições dos juizes ordinários. Desta maneira, pela Lei de 20 de outubro de 1831 eram os juizes de paz competentes para processar e julgar outros juizes de paz nos casos provenientes de violação à lei em razão do exercício de sua função. A Lei de 23 de outubro do mesmo ano conferiu aos juizes de paz competência para decidir sobre processos de naturalização e, a partir de 25 de outubro, puderam eles julgar também, de ofício, a ação penal pública. Naturalmente que todas estas novas atribuições possuem intrínseca ligação tanto com a aprovação do Código Criminal (Lei de 16 de dezembro de 1830), como com a presença dos liberais no poder. O crescimento da competência dos juizes de paz não teria mais impacto político caso não fossem observadas duas razões. A primeira delas é que na proporção inversa à dilatação das competências do juiz de paz se deu a redução da competência do juiz ordinário, nomeado e sujeito ao Imperador. A segunda razão reside nas intenções dos liberais de enfraquecer a herança lusitana na administração, fazer chegar a autoridade central e incluir, pela primeira vez, o povo na participação do Judiciário, por meio da valorização do tribunal do júri, já criado desde a Lei de 20 de outubro de 1822. O golpe

final dos liberais sobre os juizes ordinários veio mesmo com o novo Código de Processo Criminal. Com esta ferramenta o juiz de paz era competente para o processo de formação da culpa dos acusados e chefe da polícia local. O tribunal do júri, formado por habitantes locais, decidia os casos de homicídio doloso. Referida redistribuição de prerrogativas esvaziou o poder dos juizes ordinários e refletiu nos conservadores.

Enquanto os liberais estavam poder os juizes de paz representaram importante papel na solidificação da autoridade central. Nos aglomerados urbanos os juizes de paz realizavam a mediação política da nova estrutura do governo. Quando da elaboração das listas eleitorais e das próprias eleições, o juiz de paz era responsável pelo contrapeso em favor dos liberais, uma vez que o juiz ordinário representava os conservadores e o pároco o poder da Igreja.

Nem todos os juizes de paz eram provenientes de famílias poderosas, embora, claro, existissem juizes com referida origem. De treze juizes de paz de Salvador, na Bahia, entre 1828 e 1836, distribuídos nas Freguesias da Sé e de Santo Antônio Além do Carmo, sete eram proprietários suburbanos e: ou farmacêutico, ou mercador, ou burocratas, enquanto 82 por cento dos juizes de paz do Vale do Paraíba, num período distinto (de 1846 a 1850,

no domínio do partido conservador, portanto) eram plantadores de café<sup>16</sup>.

A intensidade da tentativa liberal se acentuou com a Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834, o Ato Adicional à Constituição. Por meio do Ato Adicional as províncias do Império puderam organizar seu Poder Legislativo, os quais tinham competências para definir a divisão civil, judiciária e eclesiástica no seu respectivo território, bem como decretar a suspensão e demissão de magistrados por crime de responsabilidade. Pouco após a edição do Ato Adicional em 1834 teve início a reação às medidas liberalizantes que ficou conhecida por Regresso e que culminou com a maioria e a subida de Dom Pedro II ao trono. O Regresso se constituiu, pois, na primeira - e eficaz - resposta do conservadorismo brasileiro a uma tentativa de se estabelecer um governo a partir do parlamento. Assim como na Europa, onde o conservadorismo surgiu como alternativa ao Iluminismo e à Revolução da França, ideais que insistiam numa maior concessão de poderes aos parlamentos, produtos da participação popular, sobre os governos, o conservadorismo brasileiro no Império também se caracterizou pela constante hostilidade à autonomia do Parlamento, preferindo contribuir para sua domesticação através do Poder Moderador.

A fase de maior atividade legislativa do Regresso coincide com a presença massiva dos magistrados no Parlamento brasileiro, o que induz à conclusão de que a magistratura era mais próxima do Imperador e dos conservadores, fato que se deixa provar quando se observa o envolvimento de três expressivas lideranças conservadoras com o Judiciário: Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai e Primeiro-Ministro, foi magistrado; Eusébio de Queiroz (Ministro das Finanças), Bernardo Pereira de Vasconcelos (ex-liberal e o mais expressivo dos líderes do Regresso) e José Tomás Nabuco de Araújo eram filhos de magistrados, sendo o último também magistrado, e que, nesta condição, julgou os rebeldes da Revolução de 1848, em Pernambuco.

Um dos instrumentos mais eficazes na redução da autonomia das províncias se deu com a aprovação da Lei n. 105, de 12 de maio de 1840. O n.7 do art. 11 do Ato Adicional de 1834 possibilitava à Assembléia Legislativa provincial suspender e demitir magistrados, nos casos de crime de responsabilidade, como afirmei. Qualquer magistrado. Este dispositivo aplicava-se, como é claro, aos magistrados de instância superior dos tribunais provinciais. O art. 4 da referida Lei n.º. 105, que "interpreta[va] alguns artigos da reforma constitucional", passou a esta-

<sup>16</sup> *Id. ib.* pp. 71/81.

belecer que “na palavra magistrado não se entende os membros das relações e tribunais superiores”. Estavam livres, portanto, os magistrados da instância superior provincial (nomeados pelo Imperador, como previa o Art. 99, 6, da Constituição de 1824) da ação do Poder Legislativo provincial. Em 1840, data da aprovação desta Lei constituíam os magistrados, sozinhos, o maior grupo parlamentar na câmara dos deputados com quase 40 por cento dos membros. Em 1843 os magistrados alcançariam o ponto mais alto de sua representação parlamentar ao serem 42 por cento do total na câmara dos deputados, sendo assim o maior agrupamento na Casa. Esta situação só vai mudar a partir de 1863.

O Regresso não poupou o juiz de paz e retirou-lhe as competências devolvendo-as aos juízes ordinários e, no caso da chefia de polícia, entregando-a aos presidentes das províncias quando da Lei de 3 de dezembro de 1841, dispositivo legal qualificado como “reacionário” por Ministro do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 8 de maio de 1895<sup>17</sup>. Em 1841 os magistrados já eram 40 por cento dos membros da Câmara dos Deputados. A presença e ação da magistratura no parlamento foi objeto de discursos. Declarações

como “Senhores, é espantoso que nos dias de hoje ninguém deseje fazer mudanças sem a magistratura. Nos velhos tempos as reclamações ecoavam: basta de juízes! Abaixo os juízes! Organizemos um código de processo criminal e formemos o tribunal do júri! Mas agora todos estamos excluídos e os juízes...são tudo”<sup>18</sup> ou, como por ocasião das reformas após o domínio liberal: “O governo se tornará uma oligarquia, e uma oligarquia judiciária”<sup>19</sup>, passaram a ser comuns e revelam o poder de que a magistratura dispôs no início do Segundo Reinado.

Não me parece, destarte, estranho que o Judiciário brasileiro alcance o advento da República como elemento importante na configuração da forma de Estado que o Brasil assumiria.

#### 4. A República e o Supremo Tribunal Federal

1 - Juízes ou o Judiciário jamais impediriam a eclosão de movimentos políticos do porte das Revoluções Americana, Francesa ou Russa. Do mesmo modo, nem juízes nem o Judiciário brasileiro poderiam impedir o Estado Novo ou o golpe militar de 1964. Por outro lado, existe um espaço onde o Judiciário

<sup>17</sup> Rodrigues, Leda B.: *História do Supremo Tribunal Federal*, tomo I, p. 55.

<sup>18</sup> Segundo Thomas Flory (*Judicial Politics in Nineteenth-Century Brazil*, p. 668-669), declaração atribuída ao Deputado Antonio Francisco de Paula

<sup>19</sup> Afirmação do porta-voz dos liberais, Deputado Francisco de Paula Souza, *id.ib.* p. 669.

e os juízes se movimentam e, assim, desenvolvem seu projeto de atuação enquanto parte do poder instituído de uma sociedade. Que o capitalismo ocidental tem demonstrado uma capacidade de acomodar forças e atores aparentemente antagônicos não se duvida. Também não restam dúvidas que se, no caso de uma insuportável radicalização deste conflito, rumassem estas forças e atores para o comprometimento do sistema, a legalidade seria uma das primeiras a sucumbir. Há de se reconhecer que o capitalismo possibilitou também o aparecimento de democracias (ainda que frágeis) em ambientes onde ela tinha pouca ou nenhuma chance. Não ignoro que estas democracias, embora acompanhadas de algum sucesso apenas econômico, são discutíveis. Entendo, outrossim, que esta indagação foge ao apelo central de meu trabalho.

O que gostaria de afirmar é que nestas democracias, sejam elas as desenvolvidas da Europa ou as inseguras da América Latina e Ásia, existe um espaço entre as tensões sociais que se tem mostrado relevantíssimo para determinar a atuação do Judiciário e dos juízes. Inegavelmente, e por uma razão evidente, este papel desempenhado por

juízes e Judiciário produz muito mais impacto numa sociedade onde espaços livres que poderiam ser preenchidos por uma sociedade mais determinada na defesa radical da democracia e da, "res publica", e ao mesmo tempo consciente de seu papel, o é apenas por setores institucionais. Neste sentido, seria difícil imaginar um juiz de tribunal superior em nações com democracia mais solidificada, por exemplo, nomear parentes para servi-lo em seus gabinetes sem que isso desencadeasse uma contundente reação, no sentido de reprovar tal atitude, da opinião pública, seja por parte dos denominados canais institucionais, seja, principalmente, por parte daqueles definidos por Sérgio Costa como "contra-institucionais" e que tão importantes se mostraram no início da Redemocratização brasileira<sup>20</sup>. No Brasil, por outro lado, não são poucos os casos conhecidos e tolerados pela sociedade. Aqui, fora de esfera rigorosamente positivista de atuação do direito, juízes e o Judiciário se revelam e, por conseguinte, revelam também a natureza do **habitat** que ocupam dentro da esfera de poder. Sim, juízes e Judiciário não evitariam nem muito menos realizariam revolução alguma. Isto não significa que eles permanecem

<sup>20</sup> Recorro aqui à tradução livre do termo „Gegenöffentlichkeit“ utilizado por Sérgio Costa (em *Dimension der Demokratisierung: Öffentlichkeit, Zivilgesellschaft und lokale Partizipation in Brasilien*). Esse setor, que denomino de „contra-institucional“, teve suas origens, para Costa, ainda durante a ditadura militar, quando algumas organizações passaram a informar à sociedade, a partir de suas próprias fontes de investigação, aquilo que a informação oficial não trazia a público (id. ib. pp. 67/69).

paralisados diante de episódios eminentemente políticos. O caso da doutrina brasileira do **habeas corpus**, a qual comentarei adiante, é um exemplo do comportamento ambíguo do Supremo Tribunal Federal. No mesmo instante em que ele foi tolerante na concessão de **habeas corpus**, observa-se, numa direção oposta de seu entendimento, outra aplicação do sentido da lei, quando se trata de expulsão de anarquistas ou na proibição de **meetings** de caráter anarco-sindicalistas. A Suprema Corte Americana, sempre fonte de inspiração para as decisões do Supremo Tribunal Federal, também segue o mesmo caminho, ao apoiar, de um lado, por via de suas decisões, as chamadas liberdades civis ("civil liberties") e, ao mesmo tempo, a repressão a movimentos anticomunistas (como a decisão "Laird vs. Tatum", onde ficou permitida a vigilância militar sobre aqueles que presumivelmente faziam propaganda comunista)<sup>21</sup>. É claro que de uma ordem jurídica de inspiração capitalista não há como se exigir que um tribunal julgue a aplicação da lei contrariamente ao que se previu. A legalidade é uma conquista que as experiências totalitárias deste século (comunista, fascista e nazista) mostraram o quão é preciosa. Porém, como dito acima, a de-

mocracia se estabeleceu em nações capitalistas. E o fato de se ter uma legalidade definida pelo capitalismo não significa que inexistam espaços onde as desigualdades inerentes a esse modelo possam ser reduzidas, oferecendo aqui terreno para que a democracia se fortaleça.

Entendo, pois, que o desafio teórico reside precisamente na identificação desta atuação, de seu alcance e do significado dos seus discursos para o público. Em outras palavras, a pergunta central é: se a democracia foi instituída, que atitudes teve o Judiciário no sentido de fortalecê-la especialmente em circunstâncias onde os desejos da elite dominante (que, sim, ainda existe, para desgosto dos pós-modernos)<sup>22</sup> esperavam por compreensões menos ampliadas, face à possibilidade de uma interpretação jurisdicional que não coincidissem com estes interesses? Para que se revele de modo mais elaborado referida atuação é que o recurso histórico se mostra valioso.

O ambiente político brasileiro possui uma característica, que embora seja possível registrá-la em outras sociedades, não deixa de ter peculiares desdobramentos. O discurso liberal, quando em oposição ao conservadorismo, dificilmente pôde

---

<sup>21</sup> Roelofs, Joan: *Foundations and The Supreme Court*, p. 85.

<sup>22</sup> Neil Larsen (em *Postmodernism and Imperialism: Theory and Politics in Latin America*) observa as dificuldades do pós-modernismo em incorporar os conceitos do Iluminismo e Marxismo. Neste sentido, a definição de dominantes e dominados numa dada sociedade tem ocupado consideravelmente os esforços pós-modernistas, sem, contudo, levá-los a um lugar mais seguro do que aquele oferecido por marxistas.

ser defendido e abraçado pela elite do modo com o qual foi concebido. Embora o liberalismo admitisse a República (aqui influenciado pelos positivistas) contra a monarquia, defendia não só uma ordem e disciplina de inspiração militares como ainda a ditadura dos homens sábios. Na forma de manifestação contrária ao Partido Republicano Paulista e sua "política do café-com-leite", aparecem outros partidos (o Partido Federalista, o Partido Democrático e o Partido Democrático Nacional) que, juntamente com o tenentismo golpista apostaram na Aliança Liberal, originando "novamente uma solução conservadora"<sup>23</sup>. Mais tarde, na origem da Nova República em 1985, os liberais abrigados no PMDB aceitaram uma transição conservadora abandonando a radicalidade democrática que se materializaria, caso desejassem participar incisivamente da pressão democrática contra o regime militar, na realização de eleições diretas para presidente em 1984. E, como tentarei demonstrar, não escapou o Supremo Tribunal Federal de refletir, à

sua maneira, este espírito conservador conciliatório.

2 - Desejaria, então, comentar algumas das informações a respeito do início do Supremo Tribunal Federal e de como estes acontecimentos se relacionam com a história da formação do poder de nossa última instância do Judiciário e de sua relação com o Estado brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal foi organizado pelo decreto n. 848, de 11/10/1890. Foi instalado em 28 de fevereiro de 1891. Dos quinze primeiros ministros nomeados, quatro eram nobres.<sup>24</sup> Assim como a sua fonte inspiradora, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a conviver com o não cumprimento de suas sentenças, especialmente por parte do Poder Executivo<sup>25</sup>. Só com a decisão do caso do "vapor Júpiter", em 12 de agosto de 1893, é que o Supremo Tribunal Federal começaria a gozar de credenciais que o habilitavam para ser denominado de independente. Ao aplicar nada mais que legalidade para

<sup>23</sup> Nascimento, Amós: *Traços da Ação Neo-conservadora no Brasil*, p. 354.

<sup>24</sup> Visconde de Sabará, Barão de Sobral e Barão Pereira de Franco. O Barão de Lucena, apesar de nomeado, era membro do Poder Executivo, e nessa condição se encontrava impedido de exercer o cargo, retirando-se logo após assinar o termo de posse (Rodrigues, Leda B., *ob. cit.*, tomo I, p. 7).

<sup>25</sup> Entre os casos mais importantes da Suprema Corte dos EUA que resultou na desobediência de suas decisões, destaca-se o "Dred Scott vs. Sandford" em 6/3/1857. Dred Scott, um escravo, saiu de um dos estados que admitia a escravidão e viveu certo tempo noutra, onde não existia escravidão. Ao retornar, seu antigo proprietário reivindicou sua posse. A defesa de Dred Scott criou o princípio de que "once free, free forever" para tentar libertá-lo o, assim, diminuir o poder dos estados escravocratas. A Suprema Corte decidiu que Dred Scott não era cidadão dos EUA, portanto não poderia ser considerado livre em todo o território federal. Segundo William Lasser (*The Limits of Judicial Power*, p.21), dos seis juizes que assim votaram, cinco eram provenientes de estados escravocratas: Roger Toney, o relator, de Mariland; John Catron,

garantir a liberdade individual dos que se opuseram ao Presidente Floriano Peixoto, - e com uma boa dose de coragem e determinação política, num ambiente onde predominava a falta de civilidade para solução de disputas políticas - inaugurou o Supremo também o processo de maturação da doutrina brasileira do **habeas corpus**.

Nesta primeira fase histórica do Supremo conviveram dois entendimentos que parecem contraditórios. No mesmo instante em que se desenvolvia a doutrina do **habeas corpus**, garantia individual aplicada numa inédita extensão democrática, ganhava corpo a tese da defesa da centralização do poder, traduzida principalmente na presença de Alberto Torres no Tribunal. Torres foi Ministro do Supremo de 1901 até 1909, após ter sido Presidente do Estado do Rio de Janeiro (1898-1900). Tanto em sua obra, como nas decisões, é Alberto Torres claro quanto à concepção de identidade e consciência nacional.

No seu trabalho Questões Forenses, expressa Alberto Torres sua convicção sobre o papel do governo central: "Nada tem fartado à ambição desmedida dos Estados. (...) A República que se aniquile, a União que se dissolva, a Pátria que pereça! Que importa, se dos seus escombros emergem ricas e poderosas as *pequenas pátrias* de

agora! Encontrará essa louca imprevidência amparo e animação no Supremo Tribunal Federal?"<sup>26</sup>. A interpretação de Alberto Torres poderia passar sem merecer maiores comentários não tivesse ela orientado todo um repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal, em especial quanto à matéria tributária, em favor da União; e, por outro lado, não houvesse ele influenciado um dos mais expressivos representantes do pensamento autoritário brasileiro, Oliveira Vianna, seu amigo e discípulo. Ao deixar o Supremo Tribunal Alberto Torres não parou sua produção dedicando-se a escrever artigos e livros. Fora da condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal não deixou de se manifestar por um poder central forte.

É certo que se pode alegar uma contradição entre o posicionamento do Supremo Tribunal e a forma como as ações políticas se desenvolviam na República Velha, isto é, a política dos Governadores, que implicava exatamente no contrário daquilo defendido pelo STF. Assim, restaria questionável a proximidade do Judiciário ao poder, pelo simples fato de que, neste instante, eles estariam em posições opostas. Parece-me, entretanto, que seria mais cauteloso que se diferenciasssem os objetivos do Estado brasileiro daqueles do governo. Este último, uma instância transitória, traça seus objetivos em sintonia com a configuração que

---

<sup>26</sup> Apud Leda. B. Rodrigues ob. cit., tomo II, p. 42.

as diferentes forças políticas vão adquirindo. No Brasil, onde alianças entre conservadores e progressistas são constantes, estes desdobramentos levaram governos a abandonar aliados logo no seu início, e vice-versa, o que, em muitas vezes, derivou em golpes. Vargas abandonou os tenentes (importantes no movimento de 1930) e nem por isso o seu governo - de Vargas - esqueceu dos objetivos que levariam o Brasil à industrialização e a busca de implantar o liberalismo. Esta parece ter sido a reflexão dos mais importantes membros do Supremo Tribunal, e também a direção para onde seus esforços intelectuais se dirigiram, na busca da definição da tarefa do Estado e não simplesmente dos governos. A Relação da Bahia também pensou a colônia no sentido de proteger e garantir a autoridade régia. Os juízes de paz e ordinários defenderam a centralização exatamente porque o país vivia sob a iminente ameaça de esfacelamento territorial causada por sucessivos movimentos separatistas. Aqui o objetivo do Estado (fosse ele governado por liberais ou conservadores) era a união territorial. Para a consecução desse objetivo juízes e Judiciário não assistiram impassíveis a tudo.

Gostaria de registrar que a formação da chamada doutrina brasileira do **habeas corpus**, juntamente com os **habeas corpus** em favor dos Governadores de Goiás, Mauro Borges; do Amazonas, Plínio Coelho e de Pernambuco, Miguel Arraes, são talvez os melhores momentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo considerando a duração efêmera que tiveram<sup>27</sup>.

A doutrina brasileira do **habeas corpus** deve muito à compreensão do Ministro Enéas Galvão, em permanente combate com o Ministro Pedro Lessa. O texto da Constituição de 1891, anterior ao da Reforma de 1926, possibilitava a extensão do **habeas corpus** para além da defesa do direito de ir e vir. Dizia o § 22 do artigo 72: "Dar-se-á **habeas corpus**, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder". Em função deste texto o STF concedeu as mais variadas medidas garantidoras de liberdades: para publicação de discursos, para realização de "meetings" partidários, para mandar soltar Governadores presos. Leda Boechat Rodrigues bem demonstra os limites que a discordância interna entre os Ministros Enéas Galvão e Pedro Lessa alcançou<sup>28</sup>. Com a

<sup>27</sup> Também assim se manifesta - sobre o STF antes do golpe de 1964 - Verner, Joel *The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature*, p. 488-490.

<sup>28</sup> Rodrigues, Leda B.: *ob. cit.*, tomo III, pp. 333 e ss.

morte de Galvão, a liderança incontestada assumida pelo conservador Pedro Lessa e a posterior Reforma de 1926, o **habeas corpus** passou a ser compreendido limitadamente. O texto de 1926 estabeleceu: "Dar-se-á o **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar no iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção". A adaptação do STF à nova realidade, sem questionar um recente (e democrático) passado jurisprudencial, bem pode ser explicada nas palavras dos Ministros Pedro Santos e Castro Nunes. Num artigo seu de 1932, escrevia Pedro Santos a respeito da diferença entre um controle "preventivo" e outro "repressivo" do Estado sobre o direito de reunião. "Os povos cultos"<sup>29</sup>, dizia, conheciam e praticavam os dois. O controle preventivo concedia à autoridade o direito de proibir determinadas manifestações antes mesmo de sua realização (Bélgica, Itália, Áustria e Alemanha). No controle repressivo a autoridade somente interviria para conter os excessos. "Nos povos >democraticamente< organizados, como no seu Preâmbulo quis a nossa Cons-

tituição que fosse o brasileiro"<sup>30</sup> reconhece Pedro Santos que o controle escolhido é o repressivo. Entretanto "se aquele outro regime [o preventivo] é o que melhor nos convém, por melhor satisfazer aos nossos intuítos, à nossa índole, às nossas conveniências, então é o adaptar, revogando o que possuímos. Antes disso, porém, este outro [o repressivo], que é o nosso por disposições legislativas as mais altas e imperiosas, é o que dentre as nossas fronteiras, deve ser respeitado, e obedecido"<sup>31</sup>. O Ministro Castro Nunes na qualidade de relator do acórdão de 28 de janeiro de 1942, proferido no **habeas corpus** n. 28.045, assim se manifestou: "A legislação antiga limitava o tempo da prisão. Hoje, porém, segundo o mesmo decreto 479, nenhum limite existe. Pelo contrário, um dos artigos permite que o ministro da justiça conserve o estrangeiro preso pelo tempo necessário às averiguações. Nessas condições, meu voto é para negar a ordem"<sup>32</sup>.

É verdade que em 1942 a situação política do Brasil era bastante diversa daquela dos anos 20, já que o país se encontrava sob o Estado Novo. Mas o que eu gostaria de chamar

<sup>29</sup> Santos, Pedro. *O Direito de Reunião*, p. 242. A referência ao que era adotado, em termo de jurisprudência, nas "nações cultas" (a brasileira não integrava esse rol) serviu também de argumentos a muitos: Rui Barbosa, Pedro Lessa, Oliveira Vianna são apenas alguns exemplo mais destacados.

<sup>30</sup> Santos, Pedro. *ob.cit.*, p. 247.

<sup>31</sup> Santos, Pedro. *ob. cit.*, p. 254.

<sup>32</sup> In: *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*, vol. 141, fasc. 1, jul. 1942, p. 506.

atenção neste ponto é sobre o significado, e as futuras implicações, que este tipo de raciocínio imprimiu no comportamento do Supremo Tribunal Federal e de como esta operação tem se mostrado mais dura-doura do que reais disposições democráticas do STF.

3 - Ao se apegarem a critérios de ordem prática, existentes, constatáveis e vividos na realidade nacional para defenderem a necessidade de governos centrais fortalecidos, que pudessem garantir a realização do projeto liberal para o Brasil, os formuladores desta doutrina deixam revelar sem dúvidas uma inclinação teórica de dimensão conservadora.

Quero salientar novamente que utilizo o termo conservador para denominar a tentativa que se propôs a enfrentar o Iluminismo e a Revolução Francesa. Nesta linha, o político e pensador inglês Edmund Burke exerce um papel destacado que, além do vigor de suas teses contra a Revolução Francesa e a favor da nobreza, alcançou repercussão fora da Inglaterra<sup>33</sup>. Esta supervalorização do experimentado se faz presente em Burke. Nas suas "Considerações sobre a Revolução Francesa" registra Burke não

somente sua aversão às discussões teóricas, como apego às determinantes impostas pelas circunstâncias<sup>34</sup>.

A conseqüência racional desta forma de elaboração conservadora é o abandono da legitimidade da discussão e especulação teóricas sobre determinada realidade, debate este que o pensamento conservador tenta obstacularizar. Assim, Burke é incisivo: "Um espírito inovador é geralmente o resultado de um temperamento egoísta e visão limitada. (...) Demais, em preservando o método da Natureza na condução do Estado, nunca seremos totalmente novos naquilo que melhoramos, nem nunca seremos completamente obsoletos naquilo que retemos. (...) Ao escolhermos esta herança que nos é legada, oferecemos à nossa forma política a imagem de uma relação de sangue: unindo nossa Constituição ao nosso país com nossos mais caros laços; recebendo nossas leis fundamentais no seio da família; mantendo, assim, com o acolhimento destas combinações, inseparáveis nosso Estado, nossos corações, nossos sepulcros e nossos altares"<sup>35</sup>.

Burke é ainda mais veemente quando se trata das discussões teóricas

<sup>33</sup> Ludwig Elm (em *Konservatismus als Reaktion auf die Französische Revolution*, pp. 23-24) afirma que Adam Heinrich Müller (1779-1829), na sua obra *Elemente der Staatskunst*, definiu Burke como o "redentor da Inglaterra, e talvez de toda a Europa".

<sup>34</sup> Neste sentido, Honderich, Ted. *Das Elend des Konservatismus*, pp. 42/43.

<sup>35</sup> Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*, pp.274/275.

cas que derivaram nos direitos do homem, que puseram em dúvidas a autoridade real. Sem estas idéias, "terfeis, então, um povo protegido, satisfeito, laborioso, e obediente, educado para enxergar e reconhecer a felicidade que é encontrada pela virtude em todas suas condições, - a qual consiste na verdadeira igualdade do homem, e não nesta monstruosa ficção, inspirada em falsas idéias e na vã expectativa do homem destinada a conduzi-lo por uma obscura caminhada que leva somente a agravar e tornar mais amarga a real desigualdade que nunca pode ser removida (...)"<sup>36</sup>. Em outra oportunidade, Burke não poupa os membros da Assembléia Revolucionária: "Eles se encontram tão possuídos de tais noções que é ingênuo falar-lhes sobre a prática de seus antecessores, as leis fundamentais de seu país, a forma fixa de uma Constituição cujos méritos podem ser confirmados pelo sólido teste da longa experiência, pela força do crescimento público e da prosperidade nacional. Ignoram essas experiências como se fossem homens iletrados, e de resto, ergueram estruturas que pretendem, de uma só vez, destruir todos os exemplos da antigüidade, todos os precedentes, caracteres e atos do Parlamento. Criaram os >direitos do homem<"<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> *Id. ib.* p. 279.

<sup>37</sup> *Id. ib.* p. 307.

<sup>38</sup> *Apud Leda B. Rodrigues. ob. cit., tomo II, p. 40*

<sup>39</sup> *Id. ib.* p. 40.

Desde o seu início importantes membros do Supremo Tribunal Federal se manifestavam neste sentido. Ao elogiar a Constituição de 1891 como "talvez o mais notável documento da cultura contemporânea"<sup>38</sup>, completa Alberto Torres que ao se retirar "do terreno puramente abstrato e da contemplação da forma, começam a surgir as lacunas, as imperfeições e incoerências do sistema" causados pela falta de "critério prático, próprio de um trabalho legislativo assentado sobre o terreno da observação e da experiência, única que pode dar a lei uma feição inteligível, porque reflete as formas da vida real"<sup>39</sup>. A se concluir por esse discurso não resta dúvida quanto à conclusão de que Alberto Torres radicaliza sua interpretação conservadora ao qualificar o critério prático como o *único que pode dar a lei uma feição inteligível*. A exclusividade do critério prático impede, por exemplo, que indagações - o que implica no desdobramento teórico - sejam realizadas com intuito de aperfeiçoar instituições que não se mostraram satisfatórias para uma sociedade e, a partir daí, apresentarem novos programas.

Habermas atribui também ao reaparecimento do conservadorismo a característica do abandono da

"perspectiva teórica", patente na construção de governos da atualidade<sup>40</sup>. A força com que emergem teses que nos dias de hoje anunciam o fim da história ligadas à inevitável globalização, onde quem não adere recebe a excludente - e pejorativa - adjetivação de arcaico, corresponde a uma das mais ousadas expressões do conservadorismo que se deixa explicitar, principalmente, em dois instantes. Primeiro: transformando-se num apelo à modernidade, devem ser reduzidas ao máximo as competências de sua intervenção política, econômica e social do Estado, na firme crença de que a sociedade se autoregulará. Este "descarregamento" ("Entlastung") do Estado envolve ainda a sua saída do terreno da mediação política entre as forças desiguais da sociedade. Nesta perspectiva, o sistema eleitoral proporcional, por exemplo, significaria uma intervenção do Estado a ser revista, já que este, mesmo longe do ideal, garante por determinação legal a presença de minorias na representação política. Segundo: segue-se a isto a busca de se descredenciar idéias e intelectuais identificados com o julgamento ético - principalmente - e crítico do novo *status quo*<sup>41</sup>.

Mesmo antes de explicitar algumas outras manifestações de tendência conservadora encontráveis em

decisões e em discursos de membros do STF, desejaria explicitar algumas outras referências históricas sobre o conservadorismo.

O florescimento e desenvolvimento do conservadorismo entre nós se encontra numa origem bem mais remota do que os dias atuais. A proximidade de Portugal com a Inglaterra custou àquela nação parte considerável de sua soberania, inclusive sobre sua mais preciosa colônia. Mais do que isso, o espírito conservador inglês deixou marcas na sociedade, exatamente em contraposição à presença da Revolução Francesa. A inimizade entre França e Inglaterra, acirrada pela era de Napoleão, impôs a Portugal uma difícil escolha: submeter-se à dependência econômica britânica ou à opressão militar francesa. A opção pela primeira alternativa fez com que os ingleses permanecessem no Brasil em situação privilegiadíssima - e odiosa - até o advento da República. Numa perspectiva oposta, deram-se as relações com a França e seus ideais revolucionários, o que retardou a penetração destes mesmos ideais no Brasil. Não foi sem regozijo que a Inglaterra assistiu ao surgimento da primeira, e única, monarquia independente na América. Não foi também sem motivos que os vizinhos dos brasileiros suspeitavam de eventuais laços entre a jovem monarquia e a Santa Aliança.

<sup>40</sup> Habermas, Jürgen. *Die neue Unübersichtlichkeit*, p. 30.

<sup>41</sup> *Id. ib. pp. 153/154.*

Fora do restrito âmbito do Supremo Tribunal, mas sempre inserido na reflexão de importantes referências do pensamento jurídico nacional (e que desempenharam funções na administração do país), é possível se encontrar a elegia à experiência. Oliveira Vianna, assim como Alberto Torres, e recorrendo a Joaquim Nabuco, ironiza os ideais defendidos por juristas e legisladores liberais do Império: "As bases são as *teses* - e não os fatos; o material, as *idéias* - e não os homens; a situação, o *mundo* - e não o país; os habitantes - as *gerações futuras*, e não as *atuais*"<sup>42</sup>

A semelhança entre a defesa da experiência em Burke e Alberto Torres pode até ser concebida como coincidência. Segundo Oliveira Vianna, Torres "não gostava de citações de autores, nem de nos revelar as fontes doutrinárias onde se abeberava"<sup>43</sup>, o que dificulta saber se Torres terá lido Burke.

A recusa ao debate teórico como elemento de uma postura conservadora se materializa na tentativa de elevar o empirismo à categoria excludente de outras formas de averiguação e de conhecimento da realidade. Assim, define Honderich que "é dominante entre os conservado-

res a tese de que o conservadorismo não se apóia em teorias, mas sim na *experiência*, isto é, na pureza dos fatos. (...) e que o discurso conservador somente aprova como válidas as afirmações que se baseiam em fatos e foram aprovadas pelo teste dos tempos. Todo o resto, define este discurso como não-empírico e por isso teórico, ideológico, abstrato e sobretudo geral e sistemático"<sup>44</sup>.

Esta ausência de questionamentos teóricos em tribunais não é exclusividade do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Há muito mais do que uma simples coincidência entre o comportamento de alguns tribunais ocidentais, pelo menos no tocante ao discurso teórico na forma que aponte aqui. E esta coincidência de atitudes entre os tribunais convenceu Tocqueville de que "no ponto onde direito e poder se movimentam, pode se originar um despotismo que sufoca o homem; quem somente pensa no monarca, e não nos juristas, para entender tal fenômeno, só conhecerá um lado da tirania. Para compreender o todo é necessário ter os dois diante dos olhos"<sup>45</sup>. Mais preciso sobre a ausência de teoria é Blankenagel ao afirmar que a principal crítica que se faz ao Tribunal

<sup>42</sup> Id. ib. p. 22.

<sup>43</sup> Vianna, Fco. J. *Oliveira. Instituições Políticas Brasileiras*, v. 2, p. 62.

<sup>44</sup> Honderich, *Ted. ob. cit.*, p. 43.

<sup>45</sup> *Tocqueville, Alexis de. Die gesellschaftlichen und politischen Zustände in Frankreich vor und nach 1789*, p. 133.

Federal Constitucional da Alemanha é, pois, essa ausência de debate teórico, uma "Theorielosigkeit"<sup>46</sup>.

Um dos principais resultados a que a ausência do debate teórico conduz se constitui também na ausência daquilo que Blankenagel identifica de "diálogo histórico"<sup>47</sup>, ou aquilo que na acepção de uma Teoria da Ação Comunicativa, de Habermas, assume a forma de um diálogo com os diferentes envolvidos num processo de decisão da sociedade, inclusive os processos decisórios jurídicos. Na perspectiva de uma ação comunicativa constituem-se estes diferentes elementos não somente na pluralidade de participantes, de partes envolvidas; mas principalmente na heterogeneidade de fatores sociais que sempre gravitam na órbita de qualquer fato social, seja ele determinantemente jurídico ou não, e que para legitimarem a decisão e dotá-la de caráter democrático, devem ser necessariamente considerados ao longo do processo. Pela falta de debate teórico e pela exclusão dos diferentes pólos que coexistem no processo de cognição da realidade social, é que tem havido espaço no Supremo Tribunal Federal para considerações como a do Ministro Hahnemann Guimarães de que "Estamos aqui para aplicar a lei e não para fazer justiça"<sup>48</sup>. Em

1994 a ausência do debate teórico, na forma da ausência do diálogo com a sociedade e com a heterogeneidade dos fatos, levaram o Supremo Tribunal Federal a decidir pela não condenação do ex-Presidente Collor de Mello, alegando escorreita aplicação da lei.

4. A coincidência entre a prática conservadora do discurso do Supremo Tribunal Federal e os instantes em que o Brasil se viu tomado por governos conservadores (alguns, ao mesmo tempo, também reacionários) deixa-se constatar em outras oportunidades. A ausência da discussão teórica colabora ainda para que se ponha a distância a crítica que o Supremo Tribunal Federal (por meio, principalmente, de seus membros; mas também através de muitos dos que sobre o Tribunal escreveram) poderia sobre si próprio ter realizado, o que levaria a ter um outro tipo de reflexão sobre seu papel na sociedade brasileira.

Escrevendo sobre o STF afirmou o Ministro Oscar Dias Corrêa: "Algum direito fundamental de cidadão ou coletividade, constitucionalmente amparado por *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular, ou defendido em outro instrumento processual, deixou de ser julgado pela Corte? (...) Ninguém neste país terá coragem de responder afirma-

<sup>46</sup> Blankenagel, Alexander. *Tradition und Verfassung*, p. 167.

<sup>47</sup> *Id. ib.* p. 142.

<sup>48</sup> Rodrigues, Leda B. *ob. cit.*, tomo III, p. 39.

tivamente a essas questões fundamentais<sup>49</sup>. Não corresponde esta afirmação ao que diz Thomas Skidmore: "A 13 de julho [de 1935] a polícia invadiu os centros da Aliança [Nacional Libertadora], confiscando documentos que seriam mais tarde usados para provar que o movimento recebia financiamentos externos e era controlado por comunistas. A Aliança foi fechada por ordem do governo por seis meses. Diversos líderes da esquerda foram presos, enquanto a maioria do congresso deixou o julgamento das medidas repressoras nas mãos do Supremo Tribunal Federal, **o qual se recusou a conhecer pedido da Aliança para que medidas judiciais fossem tomadas contra a repressão**"<sup>50</sup> (sublinhei).

Alguns outros membros do STF também escreveram sobre a impotência do Tribunal ante "o estado de sítio, o de guerra e os atos institucionais"<sup>51</sup>. Por outro lado, in-sistem, literatura e membros do STF, na independência de que gozam os nomeados da autoridade que os designou para o cargo de ministro. O que se observa é que esta independência não tem redundado em

desafio, ainda que meramente no plano do discurso (que é, realmente, o que está ao alcance do STF por força de sua condição de poder desarmado), aos estados de sítio, golpes e atentados à democracia. Oscar Corrêa afirma: "Com efeito, nomeado, o Ministro despreende-se de qualquer influência do nomeante, que aliás, tem mandato por prazo certo (o Presidente da República), enquanto ele o tem vitalício"<sup>52</sup>. Os Ministros Luiz Galloti, Adalício Nogueira e Prado Kelly, aceitam a explicação, em entrevista a Osvaldo Trigueiro do Vale, de que o aumento de vagas ocorrido pelo movimento de 1964 quando da edição do Ato Institucional n. 2, de 20/10/1965, se deu por motivos técnicos, como a necessidade de acelerar os trabalhos do Tribunal<sup>53</sup>. Uma interpretação de tal fato que resulte de uma análise dos componentes que o cercam não apresentaria a menor coincidência com o que foi afirmado pelos referidos Ministros: o AI 2 foi, a exemplo do Decreto n. 19.711, de 18/2/1931 de Getúlio Vargas que aposentou compulsoriamente os Ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antônio C. Pires e

<sup>49</sup> Corrêas, Oscar D. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, p. 53.

<sup>50</sup> Skidmore, Thomas E. *Politics in Brazil*, p. 22. No original: „On July 13 police raided the headquarters of the Alliance, confiscating documents later used to prove that the movement was foreign-financed and Communist-controlled. The Alliance was closed by government order for six months. Many leaders of the left were arrasted, while the congressional majority left judgement on the repressive measures to the Supreme Court, that refused to act on the Alliances's petition for judicial measure against the supression.“

<sup>51</sup> Trigueiro, Osvaldo. *O Supremo Tribunal no Império e na República*, p. 22.

<sup>52</sup> Corrêa, Oscar D. *ob. cit.* p. 105/106.

<sup>53</sup> Vale, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional*, pp.177-207.

Albuquerque, Pedro Afonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano de Franca, uma ação domesticadora de alcance absoluto sobre o STF.

Se por um lado atos de violência como estes podem ser vistos como denunciadores de resistência do Tribunal, também podem ser analisados como espaço de independência que o Tribunal possui e, que, na maioria das vezes de sua história, utilizou para colaborar com as finalidades do Estado brasileiro. Por meio da averiguação histórica se confirma também que a relação da efetividade das normas que sempre integraram nossos descritivos ordenamentos jurídicos, não se resume a uma questão de análise de sua positividade, enquanto déficit atribuído à distância entre o país real e legal, determinada pelo monopólio exclusivo do poder de alguns poucos. O Judiciário brasileiro sempre dispôs de um razoável raio de ação. A intervenção de forças autoritárias e o resultado de muitas decisões do Judiciário confirmam que ele possui autonomia para se locomover no sistema social, sendo, assim, detentor de poder que contribui para acelerar ou retardar transformações.

Um outro sinal do conservadorismo do STF se deixa constatar nas palavras de seu Presidente, quando da visita do Presidente Castelo Branco ao Tribunal em

17 de abril de 1964. O fato de o STF ter sido o primeiro objetivo de demonstração de prestígio junto ao governo de 1964 pode ser diferentemente analisado: como crença no civismo do Presidente ou como tentativa de convencer o STF da importância do movimento de 1964 para os objetivos do Estado, que me parece mais plausível. O Presidente do STF, Ministro Ribeiro da Costa, assim saudou o Presidente da República: "Ressaltarei, de início, que a reconquista e, portanto, a sobrevivência da democracia se há de fazer, nos momentos de crise com o sacrifício transitório de alguns de seus princípios e garantias constitucionais. (...) Proclamemos que, em verdade, foram os detentores do Governo deposto que, movidos por um propósito vesânico, nos arrastaram a essa situação"<sup>54</sup>. Bernardo Pereira de Vasconcellos, líder máximo do Regresso, fez semelhante apelo há mais de um século: "Fui liberal então, a liberdade era nova no país, estava nas aspirações de todos, mas não nas leis, não nas idéias práticas; o poder era tudo, fui liberal. Hoje, porém, é diverso o aspecto da sociedade: os princípios democráticos da sociedade tudo ganharam e muito prometeram; a sociedade, que então corria o risco pelo poder, corre agora risco pela desorganização e pela anarquia. Como então quis, quero hoje servi-la, quero salvá-la, sou regressista. Não sou trãfuga, não

<sup>54</sup> *Id. ib.* p. 26

abandono a causa, que defendi, no dia de seu perigo, da sua fraqueza; deixo-a no dia em que tão seguro é o seu triunfo que até o excesso a compromete"<sup>55</sup>. De novo, o conservadorismo se mostra capaz de absorver discursos e práticas liberais e de incorporá-los, para posteriormente neutralizá-los alegando, dentre outros, o lema da "liberdade com responsabilidade".

A nomeação de membros do STF pelo Chefe do Executivo, tradicional no Brasil, atende aos requisitos de conservadores de primeira hora. Edmund Burke condenou também os juízes eleitos pelo povo na França: "Naquela Constituição [Francesa], os juízes eleitos, temporários, locais, como se organizou, exercendo suas funções dependentes numa sociedade limitada, devem ser o pior dos tribunais"<sup>56</sup>. O modo histórico de nomeação de juízes - dos Tribunais de Justiça estaduais aos Tribunais Superiores e STF - tem denunciado as marchas e contra-marchas que um candidato ao cargo realiza. Ninguém ignora, neste jogo, a existência de pedidos e intermediações de caciques políticos. Este processo, é sabido, corre num ambiente clandestino, onde predominam a argúcia, o conchavo, o "bote" e onde o interesse democrático não possui a menor importância. Após este périplo, é difícil convencer que os nomeados permaneçam livres de

pressão e desvinculados da rede de influência responsável por sua nomeação. As declarações dos três Ministros sobre suas nomeações durante o regime militar provam isso também.

O debate em torno de quem é o magistrado brasileiro e quem é aquele que chega à mais alta instância do Judiciário no Brasil não é recente. Não desejo uma simplista transferência de informações históricas que me imponha a afirmação de que a experiência brasileira na República é uma repetição de nossa experiência colonial e monárquica. O que pretendo é, obedecendo critérios de um dado contexto, fazer que aos nossos fenômenos políticos do atual século seja conferida a devida racionalidade histórica, exatamente para compreendê-los à luz desta racionalidade e não como fatos isolados, sem concatenação com o passado. Desta maneira é que a observação dos grupos sociais que compõem o Judiciário desde nossas remotas origens é merecedora de maior atenção. Comecei por afirmar que a maioria dos membros da Relação da Bahia não era formada por representantes de classes influentes e absolutamente poderosas. Os juízes de paz e ordinários também não o eram necessariamente. Recente levantamento realizado pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro,

<sup>55</sup> Vianna, Fco. J. *Oliveira. Instituições Políticas Brasileiras*, v. 2., p. 23.

<sup>56</sup> Burke, Edmund. *Reflection on the Revolution in France*, p. 507

em trabalho conjunto com a Associação dos Magistrados Brasileiros, afirma que o juiz brasileiro pertence a classe média. Em 1960 Ronald Schemann também pesquisou a origem econômica e social dos juizes brasileiros. Embora a pesquisa seja limitada pelo número da amostragem, ela sustenta prognósticos que hoje mais precisamente se confirmam. Vinte e três por cento dos juizes brasileiros (a maior parte) eram filhos de "businessman", comportando aqui esse gênero uma ampla graduação que inclui muitas de suas espécies. Observa ainda Schemann que "A incidência de representantes da classe alta nos Tribunais de Justiça estaduais é notavelmente baixa"<sup>57</sup>.

Como entender a ascensão ao poder de representantes que não necessariamente pertençam às camadas mais influentes da sociedade? Uma das plausíveis explicações pode ser a de Florestan Fernandes que, aliás, fortalece a tese da autonomia que o Judiciário no Brasil teve enquanto parcela do poder. Para ele, o sistema burguês instalado no Brasil possibilita o surgimento de uma denominada "democracia restrita" onde estratos e facções de estratos são credenciados a participar desta versão de democracia. É pois na seqüência do desenvolvimento desta democracia que se opera a cooptação destes segmentos,

conduzindo-os a uma participação no rateio e a se privilegiarem "muito além do seu próprio prestígio social"<sup>58</sup>. Se nos tempos da Relação da Bahia a vinculação dos desembargadores à autoridade real era aberta e sem receios (e não se pode esquecer que este era o mecanismo que abria a porta da ascensão profissional); e no Império a fidelidade aos objetivos do Estado significava um futuro promissor na sua burocracia; na República o silêncio quando das aposentadorias compulsórias, a crítica leve ao regime militar e a fácil adaptação aos novos sopros democráticos são indicativos da tônica de docilidade por parte do Judiciário para com o poder instituído no Brasil.

Assim como era difícil imaginar um mulato vir a ter como sogro ou como parceiro comercial um desembargador da Relação da Bahia<sup>59</sup>; ou o mesmo mulato ocupar o posto de juiz no Império, é pouco provável que setores abaixo da classe média constituam quantidade expressiva na composição da magistratura brasileira. Leda B. Rodrigues não deixa de citar o quanto incômodo era para o Ministro Pedro Lessa sua própria condição de mestiço: "Por mais alta que fosse sua reputação, maior a sua grandeza, maior a sua estatura, o travo da falta da alvura era um espinho a acicatar-lhe per-

<sup>57</sup> Schemann, L. R. *The Social and Economic Origin of the Brazilian Judge*, pp. 68 e 53/54.

<sup>58</sup> Fernandes, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*, p. 359.

<sup>59</sup> Schwartz, Stuart. *Sovereignty and Society in Colonial Brazil*, p. 182.

manentemente o azedume. Parece difícil entendê-lo sem levar em conta tal motivo, mesmo inconscientemente<sup>60</sup>. A mesma autora traz trecho de artigo de autoria de Epitácio Pessoa - escrito contra Pedro Lessa ao tempo em que ambos selaram inimizade por divergências de votos no STF - "em que Pedro Lessa aparece descrito como >um pardavasco alto e corpanzudo, pernóstico e gabola<"<sup>61</sup>. Estes estratos, por sua desorganização, não representam perigo, o que os leva a não participar, como é claro, da divisão realizada pela democracia restrita. E ainda hoje se observa que, ao atingirem postos de destaque na sociedade que se localizam absolutamente foram de seu alcance, a maioria dos representantes destes estratos assimila os discursos e posturas que o oprimem. Como se viu, mesmo o tornar-se ministro do STF não se afasta deste comportamento. Afinal, o Judiciário é, também a sociedade, ainda que muitos insistam em não encará-lo deste modo.

## 5. Conclusões Preliminares

Após esta mostra do que pretendo desenvolver no trabalho, queria expor, de maneira sucinta as conclusões que até o momento cheguei, não sem antes me resguardar o direito de alterá-las em função de leitura e pesquisa mais abalizadas.

As duas primeiras são eminentemente metodológicas. Embora tendo utilizado premissas da teoria de Max Weber, não vejo como sua formulação a respeito da organização burocrática do Estado e de sua relação frente ao Estado patrimonial, possa ser aplicada para explicar a evolução da burocracia e seu poder no Estado brasileiro. A convivência de formas burocráticas arcaicas com setores consideravelmente modernizados parece desafiar a teoria weberiana. Não causa mesmo espanto esta convivência, já que, no plano geral a nação brasileira tem se caracterizado pela convivência entre desníveis abissais de suas condições sociais.

A segunda consideração de ordem metodológica que faço é a que se refere ao retorno das origens e formação do Brasil para além da Proclamação da República. A quantidade e qualidade do que se tem escrito e pensado no Brasil sobre o período republicano continua sendo superior à observação de outros tempos de nossa história. Como o papel dos juristas e do judiciário foi relevantíssimo na formação do Estado português, na consolidação de seu poder na colônia sul-americana, revelou-se aí um ponto fundamental para a compreensão do papel de nossa burocracia judicial. Eis o que me levou à leitura de textos que discorrem sobre este período para

<sup>60</sup> Rodrigues, Leda B. ob. cit., tomo III, p. 124.

<sup>61</sup> Rodrigues, Leda B. ob. cit., tomo II, p. 113.

que fosse possível a recuperação de episódios que se tinham por esquecidos e, nessa condição, sem nenhuma influência na formação do Estado brasileiro.

Estas premissas me levaram à suspeita de que os juízes e Judiciário no Brasil, muito mais que simples representantes da lei dos dominantes, dispuseram, e ainda dispõem, de espaço de atuação no Estado, espaço este onde se verificou uma mediação entre poder central e local, entre objetivo do Estado brasileiro e defesa de seus interesses enquanto setor do exercício deste poder. Unidos ao Estado pelo lado profissional, mas também pelo desejo de ser partícipe das decisões nacionais, os membros da mais alta instância do Poder Judiciário não raro desempenharam papel de verdadeiros pensadores dos objetivos do Estado e se posicionaram nesta arena. Majoritariamente pertencentes a correntes conservadoras do pensamento, estes membros assimilaram a compreensão de que ao Estado competia promover o florescimento do liberalismo entre a sociedade brasileira, o que explica sua adesão aos principais objetivos do Estado.

Como conseqüência desta articulação é possível afirmar que o Judiciário no Brasil, ao reclamar a necessidade de maior autonomia, de se mostrar refratário à crítica, elegeu como obstáculo ao seu bom funcionamento sua condição de desarmado, em oposição principalmente

ao Poder Executivo. Além de ratificar o aspecto conservador, este comportamento desloca o debate que poderia se efetuar em função da estrutura do Judiciário, de sua formação, da nomeação de membros de tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal na qualidade de justiça constitucional, para um outro pólo de caráter meramente organizacional. Na verdade, a dificuldade que o Judiciário tem de olhar para dentro de si próprio deixa revelar, ainda, sua condição de detentor de autonomia para exigir, mesmo que no nível teórico, alterações na ordem jurídica nacional, retirando-lhe a característica de espaço de poder fechado (uma vez que sua mobilidade política tem se dado no âmbito interno do poder do Estado, âmbito em que o acesso à informação é mais especulativo do que real e depende de exercícios mentais quase sobre-humanos, pois que baseado, quase sempre, em intuições) e remetendo-o para a arena aberta do debate participativo com a heterogeneidade dos distintos atores e forças políticos integrantes das tensões nacionais.

Sem dúvida que a Constituição de 1988 possibilitou a descoberta do Judiciário. Eis um dos motivos que fazem ainda mais urgentes questionamentos no sentido de que sejam revistas prerrogativas tradicionais do Judiciário (quero fazer expressa referência pelo menos a dois pontos: aquele da nomeação de

magistrados para tribunais superiores, e o da existência da justiça constitucional). Se o Judiciário começa a despertar a confiança do povo, nada mais justo que ele também seja submetido a este mesmo povo, e não ao Estado.

## Referências Bibliográficas

BARMAN, Jean and Roederick: The Role of the Law Graduated in the Political Elite of Imperial Brazil, *in: Journal of Interamerican and World Affairs*, v. 18, n. 4, Sage Publications, Beverly Hills/London, November 1976.

BLANKENAGEL, Alexander. **Tradition und Verfassung**, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.

BURKE, Edmund: Reflections on the Revolution in France, *in: The Works*, v. III, Georg Olms Verlag, Hildesheim/New York, 1975.

CORRÊA, Oscar Dias: **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil**, Forense, Rio de Janeiro, 1987.

COSTA, Sérgio: **Dimensionen der Demokratisierung: Öffentlichkeit, Zivilgesellschaft und lokale Partizipation in Brasilien**, Tese (Doutorado) não publicada apresentada na Freie Universität Berlin, 1995.

EISENSTADT, Samuel Noah. Traditional Patrimonialism and

Modern Patrimonialism, *in: Studies in Comparative Modernizations Series*, v. 1, Sage Publications, Beverly Hills/London, 1973.

ELM, Ludwig. Konservatismus als Reaktion auf die Französische Revolution, *in: Falsche Propheten - Studien zum konservativen-antidemokratischen Denken im 19. und 20. Jahrhundert* (hrsg. von Ludwig Elm), Akademie-Verlag, Berlin, 1984.

FERNANDES, Florestan: **A Revolução Burguesa no Brasil - Ensaio de Interpretação Sociológica**, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1975.

FLORY, Thomas. Judicial Politics in Nineteenth-Century Brazil, *in: The Hispanic American Historical Review*, vol. 55, n. 4, Duke University Press, Durham/North Carolina, November 1975.

\_\_\_\_\_ Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871 - Social Control and Political Stability *in: the New State, Latin American Monographs*, n. 53, University of Texas Press, Austin, 1981.

HABERMAS, Jürgen. **Die neue Unübersichtlichkeit**, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1985.

HESPANHA, António Manuel. Lei e Justiça: História e Prospectiva de um Paradigma, *In: Justiça e Litigiosidade; História e Prospectiva*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Setembro de 1993.

- HONDERICH, Ted: **Das Elend des Konservatismus**, Rotbuch Verlag, Hamburg, 1984 (aus dem Engl. *Conservatism*, von Anne Vonderstein, Hamish Halmilton Ltd., London, 1990).
- KIRK, Russel: **The Conservative Mind**, Faber and Faber Ltd., London.
- LARSEN, Nell: Postmodernism and Imperialism: Theory and Politics in Latin America, in: **Postmodern Culture**, v. 1, n. 1, University of North Carolina/Oxford University Press and the University of Virginia's Institute for Advanced Technology in the Humanities, Jefferson, VA., September 1990. On line: <http://jefferson.village.virginia.edu/pmc/contents.all.html>
- LASSER, William: **The Limits of Judicial Power**, University of North Carolina Press, Chape Hill/London, 1988.
- LEY DE 7 DE MARÇO DE 1609, in: **Auxiliar Jurídico - Regimentos dos Antigos Tribunaes de Segunda Instancia e Superiores em Portugal e no Brazil**, v. 1, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa (Reprodução „fac-simile“ da edição feita por Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870).
- LIEVEN, Dominic: **Abschied von Macht und Würden - Der europäische Adel 1815-1914**, S. Fischer, Frankfurt/M., 1995 (aus dem Engl. *The Aristocracy in Europe, 1815-1914*, von Walter Brumm, Macmillan Press Ltd. London, 1992).
- NABUCO, Joaquim: **Um Estadista do Império - Nabuco de Araújo**, v. 1, Instituto Progresso-Editorial S/A., São Paulo, maio de 1949.
- NASCIMENTO, Amós: **Traços da Ação Neo-conservadora no Brasil**, monografia não publicada, São Paulo, 1990.
- PANG, Eul-Soo and Ron. Seckinger: The Mandarins of Imperial Brazil, in: **Comparative Studies in Society and History**, v. 14, n. 2, Cambridge University Press, London, 1972.
- RODRIGUES, Leda Boechat: **História do Supremo Tribunal Federal**, tomos I, II e III, 2. ed. Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1991.
- ROELOFS, Joan: Foundations and The Supreme Court, in: **Telos**, no.62, St. Louis, Winter 1984/85.
- SALENTINY, Fernand: **Aufstieg und Fall des portugiesischen Imperiums**, Hermann Böhlhaus Nach. Ges. m. b. H., Wien/Köln/Graz, 1977.
- SANTOS, Pedro: O Direito de Reunião, in: **Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal**, vol. 103, fasc. II-III, Livraria Jacyntho, Rio de Janeiro, 1932.
- SCHEMANN, L. Ronald: The Social and Economic Origin of the Brazilian Judge, in: **Inter-American Law Review**, v. 4, n. 1, Tulane Institute of Comparative Law, New Orleans, Jan/June 1962.

SCHWARTZ, Stuart: Magistracy and Society in Colonial Brazil, in: **The Hispanic American Historical Review**, v. 50, n. 4, Duke University Press, Durham/North Carolina, November 1970.

\_\_\_\_\_ : **Sovereignty and Society in Colonial Brazil** - The High Court of Bahia and Its Judges, 1609-1751, University of California Press, Berkeley/Los Angeles, 1973.

SKIDMORE, Thomas E.: **POLITICS IN Brazil, 1930-1964** - An Experiment in Democracy, Oxford University Press; New York, 1967.

TOCQUEVILLE, Alexis de: Die gesellschaftlichen und politischen Zustände in Frankreich vor und nach 1789, in: **Das Zeitalter der Gleichheit**, Westdeutscher Verlag, Köln/Opladen, 1967.

TRIGUEIRO, Oswaldo: O Supremo Tribunal no Império e na República, in: **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal**,

Coleção Temas Brasileiros, v. 25, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1982.

VALE, Osvaldo Trigueiro do: **O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional**, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1976.

VERNER, Joel: The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature, in: **Journal of Latin American Studies**, v. 16, part 2, Cambridge University Press, London, November 1984.

VIANNA, Francisco José de Oliveira: **Intituições Políticas Brasileiras**, v. 1 e 2, Editoras Itatiaia/da Universidade de São Paulo/ da Universidade Federal Fluminense, Belo Horizonte, 1987.

WEBER, Max: Bürokratie, in: **Max Weber** - Schriften zur Soziologie (hrsg. und eingel. von Michael Sukale), Philipp Reclam jun., Stuttgart, 1995.