

O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO BRASILEIRO: ANTECEDENTES E PERÍODO DE FORMAÇÃO

THE JUDICIARY IN BRAZIL, HISTORY AND FORMATION CYCLE

Plínio Régis Baima de Almeida

Procurador do Estado do Amapá

Especialista em Direito Tributário

E-mail: pliniobaima@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A HERANÇA DA BUROCRACIA ESTATAL PORTUGUESA; 3 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NO BRASIL COLONIAL; 4 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NO BRASIL INDEPENDENTE; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE LEGACY OF THE PORTUGUESE STATE BUREAUCRACY; 3 JUDICIAL ORGANIZATION IN COLONIAL BRAZIL; 4 JUDICIAL ORGANIZATION IN BRAZIL INDEPENDENT; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O conhecimento histórico é pressuposto à compreensão crítica do direito. Insere-se, nessa perspectiva, o Poder Judiciário, cuja atividade está intimamente ligada ao conhecimento jurídico. Dessa forma, importante conhecer as bases históricas que originaram o Poder Judiciário para melhor compreender a sua atuação na sociedade contemporânea brasileira a auxiliar diagnóstico que propicie uma atividade jurisdicional mais próxima dos valores republicanos e democráticos.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Conhecimento histórico. Burocracia portuguesa.

Abstract: The historical knowledge is required to the critical understanding of the right. At this point, the judiciary inserts it-self with activities closely linked to juridical expertise. So, it's important to know the historical bases that originated the Judiciary to understand the interaction with the contemporary Brazilian society and help to provide information for juridical activities closer to democratic and republican values.

Keywords: Judiciary. Historical knowledge. Portuguese bureaucracy.

1 INTRODUÇÃO

Compreender o Poder Judiciário brasileiro implica necessariamente entender as causas e fundamentos que o constituíram, através dos quais torna clara sua forma de atuação, já que muitos dos problemas atuais encontram sua razão de ser em formas institucionais do passado. Dessa forma, não se pode diagnosticar o judiciário atual sem antes identificar as razões que o levaram à forma que se apresenta, sob pena de conduzir superficialmente a um propósito de modelo evolutivo sem que se pondere questões intrínsecas de sua constituição.

Seria contraproducente pensar a história do judiciário brasileiro sem verificar a influência da burocracia estatal portuguesa como fonte de constituição inicial e de valoração. Importa, portanto, ao presente trabalho, resgatar parte da história que envolveu o judiciário com o objetivo de representar ao máximo os efeitos que ainda hoje se manifestam na sua atuação funcional. O conhecimento fático-histórico é, portanto, pressuposto à reflexão crítica, sendo necessário o seu domínio para contrabalancear o modelo político que conduz a prática judiciária a uma resposta social eficaz às exigências da democracia.

2 A HERANÇA DA BUROCRACIA ESTATAL PORTUGUESA

O Brasil herda de Portugal uma organização administrativa hierarquizada e rígida, fruto da necessidade comercial portuguesa em expandir-se, na busca de especiarias, mão-de-obra e mercado consumidor. O financiamento das grandes navegações pela coroa portuguesa acarretou uma privilegiada concentração de riqueza e poder nas mãos do monarca que, em contrapartida, fortaleceu-se diante de uma aristocracia que dispunha de um poder próprio exercido numa esfera territorial do feudo, tecendo, de forma centralizada, um sistema administrativo em que todos dele dependiam.

Para que tivesse controle e gerência do fecundo "comércio",

o Rei de Portugal criou uma rede hierarquizada de funções, atribuindo a pessoas de sua confiança o exercício de atividades convergentes aos seus interesses. Em um processo de nova formulação política que sustentou a formação do Estado moderno, a monopolização de força do monarca acarretou a homogeneização da ordem, a qual deveria ser verificada e aplicada aos súditos. Carvalho (1981, p. 25), assinala a importância desse tipo de concentração do poder do monarca no processo de modernização política do Brasil:

Substantivamente, o processo exigiu a concentração do poder nas mãos dos monarcas em detrimento da igreja e da nobreza. O imperium impor-se-ia lentamente ao sacerdotium, o absolutismo à dispersão do poder nas mãos dos barões feudais. Particularizando, a transformação envolveu principalmente o progressivo controle pelos monarcas da aplicação da justiça, tirando-o das mãos da igreja e dos feudos; a ampliação do poder de taxaço e a monopolização do recrutamento militar. Os três processos estavam, aliás, estreitamente vinculados, pois o controle do aparato judiciário era importante para a arrecadação de impostos e estes eram indispensáveis à manutenção das burocracias civil e militar, que por sua vez reforçavam o poder de controle e de taxaço.

O prematuro sistema capitalista português, de natureza mercantilista, necessitava, como forma de administrar-se, de um modelo que, ao mesmo tempo em que possibilitasse ao monarca o controle da atividade comercial, conferisse uma estabilidade social (WEBER, 1978). A formação de uma administração centralizada possibilitou tanto a unidade dos prematuros Estados, nos séculos XIV e XV, como auxiliou a expansão do comércio marítimo europeu.

Não obstante se admita o modelo administrativo centralizado ou burocrático como um dos acontecimentos determinantes na formação dos Estados mercantilistas, não se pode esquecer o fato de que este modelo sofreu variações entre os países europeus. Na tentativa de diferenciar as diversas experiências de formação do Estado moderno, Carvalho (1981, p. 29) formula uma classificação constituída por três ordens distintas: "primeiros países de revolução burguesa", onde o parlamentarismo exerceria maior influência. É

o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos; “países de revolução burguesa retardada”, nos quais se traçou um convívio entre as elites burocráticas e as representativas; e por último, os “países de revolução burguesa abortada”, onde houve o predomínio da burocracia. Neste se insere Portugal.

A formação do corpo administrativo português destoa do tipo burocrático ideal preconizado por Max Weber. Três características marcam o modelo weberiano: existência de normas abstratas que regulem as atividades da administração, dos administrados e do chefe da administração; relações de autoridade entre indivíduos postos numa estrutura hierarquizada de funções, o que infere em uma complexa divisão de trabalho, além de uma nítida separação entre cargo e indivíduo; por fim, uma recompensa salarial aos que compõem o quadro de funcionários da administração (BOBBIO, 1998)¹.

No prematuro Estado português², a mais alta escala de hierarquia era ocupada pelo monarca, o qual era responsável pela distribuição dos cargos na realidade política de sua administração, “[...] resultado fatal, inelutável do rei comerciante, confundida a exploração econômica com a guerra e a administração pública” (FAORO, 2001, p. 99). Onde havia cargo cabia uma negociação. Quando faltava esse, criavam-se novas “tarefas” e, como consequência, novos cargos; tudo para não desprestigiar os fidalgos da época. Forma-se, portanto, em virtude de uma onda de progresso impulsionado pela expansão marítima financiada pela Coroa, um verdadeiro “balcão” de troca e venda de cargos, já que títulos e cargos eram considerados prerrogativa e posse de nobres.

Comparato (2003, p. 184 – 185) reforça o caráter comercial da investidura de cargos no processo de burocratização típico dos Estados modernos, comparando-o à relação de vassalagem própria

1 Numa análise comparativa entre o modelo de Weber, acima sucintamente descrito, e o inicialmente desenvolvido no Estado português, encontramos diferenças que, sob um olhar sistemático e linear, não identificariam uma administração burocrática em Portugal. Não obstante, é preciso lembrar que Max Weber teorizou sobre um modelo que para ele seria o “ideal”, não se podendo exigí-lo, portanto, a uma administração em vias de formação.

2 Note-se que o Estado português forma-se já no século XIV, quando a maior parte do território europeu estava em regime de fracionamento e dispersão.

da antiga sociedade romana:

Tudo isso contribuiu para moldar, duradouramente, a estrutura da sociedade portuguesa em torno do poder monárquico. Os senhores, em lugar de autênticos vassalos, ligados por um pacto de honra ao soberano, reconheceram-se desde cedo como clientes deste, reproduzindo-se com isso a situação vigorante na sociedade romana em torno do latifundiário. Com a passagem do poder pessoal do rei ao poder impessoal do Estado Moderno, a velha clientela tornou-se burocrática, capturando para si empregos, rendas públicas ou privilégios de negócio.

Os funcionários-clientes são, por conseguinte, recompensados com benefícios de toda ordem, que vão desde a troca de favores (na sua maioria demonstrando uma escala de dependência e submissão ao Rei) até pagamentos em pecúnia financiados pelo Estado. Fora de uma esfera de critérios impessoais de competência, os cargos, como já ressaltado, são distribuídos de acordo com o arbítrio do monarca. Dessa forma, a personalidade na ocupação torna impossível uma distinção entre cargo e funcionário, fazendo com que aquele seja exercido longe de sua natureza pública, enquanto o status de funcionário público a serviço do Rei se confundia com o poder a ele atribuído³.

Faoro, ao dissertar sobre a consolidação do comércio em Portugal, condensou bem o fenômeno do funcionalismo português e a estrita relação de personalidade e fidalguia entre cargo e poder através dele exercido ao afirmar que (2001, p. 100):

A voracidade comercial, a conquista ao serviço do trato das especiarias, a artilharia encobrindo a avareza culminam numa corrente burocrática, presidida pelo rei. O funcionário está por toda parte, dirigindo a economia, controlando-a e limitando-a a sua própria determinação. Uma realidade política se entrelaça numa realidade social: o cargo confere fidalguia e riqueza. A venalidade acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela do poder que o acompanha.

3 Alguns cargos eram “sublocados” ou sub-rogados a terceiros, tais como o de Oficial de Justiça.

O texto revela-nos uma realidade estranha para os padrões atuais que foi comumente praticado durante a expansão marítima, e que marcou a formação da sociedade capitalista do mercantilismo. Percebe-se, com isso, que a estrutura administrativa constituída durante a formação do Estado Português orbitava em torno do monarca, ao qual estavam subordinados todos os funcionários. O patrimônio do Rei se confundia com o próprio patrimônio do Estado, fazendo daquele proprietário de quase tudo contido nos limites territoriais de Portugal. "Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos da família ou em obras e serviços de utilidade geral" (FAORO, 2001, p. 23).

A essa cultura, cujo traço limítrofe entre o público e o privado só conhece guarida na exatidão de seus conceitos, dá-se o nome de "patrimonialismo", de onde, no estado português em vias de formação, "... brota a ordem estamental e burocrática, haure a seiva de uma especial contextura econômica, definida na expansão marítima e comercial..." (FAORO, 2001, p. 236). Longe do modelo burocrático ideal de Max Weber, não se pode negar que o modelo patrimonialista desenvolvido em Portugal influenciou a formação da burocracia adotada no Brasil, a ponto de afirmarmos que o patrimonialismo, que Weber faz questão de contrapor ao sistema burocrático considerado por ele como próprio do Estado moderno, foi a forma inicial e prematura deste, agora evoluído para atender às novas necessidades do capitalismo globalizado.

O modelo burocrático adotado no Estado português, quer como medida necessária à unificação do poder nas mãos do monarca, quer como resultado de uma cultura de troca de favores reservada aos fidalgos, obteve marcante e decisivo apoio da denominada "nobreza de toga". "Como em outros países nos quais se fortaleceu o poder real, nessa época o instrumento de execução da política centralizadora foi a constituição de um núcleo burocrático fiscal e judicial junto ao monarca" (WEHLING, A. e WEHLING, M., 2004, p. 34).

3 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NO BRASIL COLONIAL

Não obstante tenhamos ciência da importância dos fazendários na constituição do corpo burocrático português, focaremos-nos na análise do judiciário. Segundo WEHLING A. e WEHLING M. (2004, p. 250), a importância dos juristas na denominada "administração profissional" portuguesa é facilmente verificada, pois:

A prestação da justiça pelo rei, um dos mais fortes instrumentos de centralização do poder no contexto absolutista, supunha a existência de um grupo razoavelmente profissional de juizes de fora, corregedores, ouvidores e desembargadores, responsáveis pela aplicação o mais uniforme possível do direito.

As dificuldades de organização na formação do Estado absolutista português foram amenizadas com o treinamento, voltado para o exercício do funcionalismo, de uma elite nos cursos de Direito, principalmente na Universidade de Coimbra, fundada em 1290. A esses juristas reservava-se a função de defesa institucional do Estado e do monarca, para o qual deviam plena fidelidade. Carvalho (1981, p.29) dá corpo à afirmação do legado dos juristas em Portugal quando ressalta que:

A presença marcante dos legistas na formação de quase todos os Estados modernos seria ainda mais acentuada em Portugal, onde as Cortes de Coimbra já tinham proposto em 1385 que eles fossem representados junto com a nobreza, o clero e o povo. Nesse mesmo século tornou-se obrigatório a nomeação de legistas para os postos mais altos da burocracia. Como uma das conseqüências, entrou em vigor em 1446 o Código Afonsino; o primeiro Código Legal a ser redigido na Europa.

Logo após, complementa o autor (1981, p. 34), traçando uma bifurcação conceitual do "legista" entre juristas e advogados e elucidando ainda mais a participação daquele na defesa do poder do monarca:

Os juristas estavam para os Estados absolutos assim como os advogados estavam para os Estados liberais. Não foi por acaso que advogados estiveram desde cedo presentes na política inglesa e particularmente na americana, ao passo que pouco se distinguiram na França, e ainda menos na Prússia e em Portugal. Os advogados eram frutos da sociedade aquisitiva e quanto mais forte esta tanto maior sua influência e mais generalizada sua presença. Os juristas, por outro lado, principalmente os de tradição romana, preocupavam-se antes com a justificação do poder real e com a montagem do arcabouço legal dos novos Estados. Daí também terem sido os países menos liberais os que se caracterizam pelos grandes códigos legais, ao passo que a Inglaterra e Estados Unidos ficaram conhecidos pelo maior peso do direito consuetudinário, a *common law*.

Longe de uma concepção inovadora, em que pese a diversidade étnica, cultural e a extensão territorial, o reino português buscou implementar no Brasil modelo parecido ao já estabelecido com sucesso em seu território. Ao optar pela posse efetiva do território, quando do reconhecimento de seu valor econômico (principalmente após a cultura do açúcar) foi enviado ao Brasil um grupo, chefiado por Martins Afonso de Sousa, que viria a ser responsável pelas primeiras instalações administrativas (Câmara Municipal; Igreja; cadeia; escolha dos funcionários reais) em São Vicente (QUEIROZ, 1969).

No início do período colonial, com a dificuldade encontrada pela Coroa portuguesa em estabelecer o centralismo jurídico-administrativo já plenamente desenvolvido na metrópole, a "jurisdição" ficou dividida em estamentos, dos quais encontrávamos principalmente o poder local exercido pelos latifundiários em seus domínios, a Câmara Municipal e o clero. Em coincidência irônica, os barões feudais, os quais viram reduzidos seus poderes políticos em Portugal com a ascensão do comércio, revigoraram-se, agora tendo a terra como principal fonte de riqueza na nova colônia. A relação da Igreja com o Estado português dava ao clero forte influência nas decisões finais conduzidas no âmbito municipal, principalmente por se ter como justificativa maior para a colonização a catequização

dos "selvagens" ali encontrados.

As câmaras municipais exerciam parcela do poder político e judiciário na colônia. Alguns historiadores, como é o caso de Queiroz (1969, p. 14 - 15), atribuíam à câmara significativa importância nas relações de poder exercidas na colônia, pois era responsável por diversas atividades, dentre as quais

judgavam ações de injúrias verbais e pequenos furtos; à Câmara prestavam contas os tesoureiros e procuradores do Concelho, tinham a seu cargo a administração dos bens municipais, jurisdição sobre caminhos, fontes etc., e autoridade para taxar serviços e produtos, 'tudo o que se comprava e vendia, com exceção de pão, vinho e azeite', etc. (sic)

Para o restabelecimento da ordem na colônia, Portugal se via obrigado a ceder às pressões políticas desses três grupos, muitas vezes tendo que tomar decisões aquém da ordem legal por ele estabelecida. Percebendo a necessidade de instituir estabilidade social à colônia para atingir aos fins econômicos a esta destinados, a coroa portuguesa resolveu implementar o modelo jurídico-administrativo burocrático já consagrado em seu território e o qual acarretou maior domínio ao monarca.

Uma das formas encontradas pela coroa para retomar o poder de forma centralizada foi a instituição de tribunais. De início, em 1609, foi instituído o Tribunal de Relação da Bahia. Sob uma visão fortemente influenciada pelo Direito Romano, posicionou a coroa, formal e abstratamente, o magistrado num patamar "além-sociedade", longe de seus vícios e de pressões de ordem político-econômica. A relação entre a magistratura e a sociedade torna ainda mais clara a preocupação da Coroa em manter a "imparcialidade" (leia-se, parcialidade a seu favor) dos seus magistrados na colônia:

Parece clara a orientação [...] de reforçar o caráter institucional distinto do tribunal, no que diz respeito aos desembargadores, em relação à sociedade que sofria os efeitos de suas decisões. Essa orientação, que já ocorria anteriormente e que objetivava

garantir a isenção de julgamento, aplicava-se a uma sociedade estamental cujos vínculos sociais de tipo comunitário, caracterizados pela família extensa, pelo compadrio e pelo clientelismo eram muito fortes. (WEHLING A. e WEHLING M., 2004, p. 287)

Na busca de uma justiça burocrática honesta e leal ao paradigma real, criaram-se privilégios aos membros do judiciário, os quais iam desde esforços para elevar o prestígio e status dos magistrados a uma tentativa pueril de isolá-los dos demais membros que compunham a sociedade. Para atingir seus objetivos, a coroa portuguesa chegou a ponto de proibir expressamente o exercício pelos membros da Relação de atividades econômicas e o casamento destes com mulheres da colônia (SCHWARTZ, 1975). Evidente que as tentativas da coroa deram-se por frustradas, porquanto, tendo em vista a natureza aleatória do corpo social, *"isolating the desembargadores from society was impossible. The magistrates were no better or worse than the society in which they lived and they often sought to use their Office for personal again"*⁴ (SCHWARTZ, 1975, p. 174).

Mesmo contra a cartilha da coroa, não eram incomuns casamentos dos desembargadores da Relação com mulheres locais e muitos realizavam atividades econômicas proibidas. O poder e status por eles exercidos eram um forte atrativo para as famílias latifundiárias. A ligação destas com os magistrados da burocracia real possibilitava expressiva influência de seus interesses junto à Coroa.

The relationship established between desembargadores and elements of Brazilian society during the early years of the seventeenth century set the pattern for the remainder of the colonial period, even though specific conditions changed over time. The tribunal never fully ceded its independence and authority, but individual magistrates did become linked by kinship and interest to Brazilian society⁵. (SCHWARTZ, 1975, p. 190)

4 No português: "Isolar os desembargadores da sociedade era impossível. Os magistrados não eram nem melhores nem piores do que a sociedade em que viviam e muitas vezes procuravam usar seu cargo para proveito pessoal".

5 "As relações estabelecidas entre os desembargadores e os elementos da sociedade brasileira no início do século XVII estabelecem o padrão para o período colonial restante, mesmo que, com o tempo, condições específicas tenham sido mudadas. O Tribunal nunca abriu mão totalmente de sua independência e autoridade, mas os magistrados individualmente se ligaram à sociedade brasileira por laços de parentesco e de interesse".

Constituído para atender aos fins destinados pela coroa portuguesa e sujeito a relações de interesse de seus membros com elementos da sociedade colonial, o judiciário encontrava-se bastante longe do grau de independência pela qual viria ser pensado no constitucionalismo moderno. Via-se, dessa forma, imerso a um duplo dilema que comprometia a imparcialidade de sua atuação: de um lado, do ponto de vista institucional, a obediência junto às determinações da coroa, de onde dependia a manutenção e a ascensão profissional dos magistrados; do outro, as relações de parentesco e de interesses de seus membros, das quais se originava em perigoso precedente de pressões da aristocracia da colônia. Talvez, por esses motivos, tenham os desembargadores se envolvido com vários escândalos e disputas de poder, sendo decisivo para que a coroa optasse pelo fechamento do Tribunal de Relação da Bahia de 1626 e 1652 (SCHWARTZ, 1975).

Dessa forma, percebe-se um judiciário longe de adquirir independência junto ao executivo por se mostrar originariamente como uma estrutura burocrática focada na centralização do poder do monarca e domínio deste, ao mesmo tempo em que, distante fisicamente do poder coercitivo português, via-se na colônia fragilizado diante de uma sociedade latifundiária e escravocrata, onde o setor econômico destacava-se nas relações de poder, dificultando sobremaneira a efetivação, ainda que parcial, da cartilha imposta pelo Estado português.

4 A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NO BRASIL INDEPENDENTE.

Com a longa estadia da coroa portuguesa em solo colonial, motivada pela expansão napoleônica na Europa Ocidental no início do século XIX, surgiu forte sentimento de progresso e valorização da colônia que, logo após, receberia o status de Reino Unido (1815). Não foi por acaso a insurgência de movimentos de libertação durante a época, motivados pelo ideário liberal das revoluções burguesas francesa e estadunidense, dos quais podemos destacar os revolucionários pernambucanos de 1817.

Em 24 de abril de 1821, já com o retorno da Coroa a Lisboa, foi promulgado um decreto de conteúdo conservador, cujo texto deu margem a uma interpretação obscura findada em um retorno do Brasil à posição de colônia portuguesa. Nesse sentido, comenta Bonavides (2001, p. 194):

A linguagem do decreto de 24 de abril de 1821, por exemplo, arrogante, capciosa e ambígua, inculcava uma retroação colonialista; já não falava em Reino Unido, mas em Províncias ultramarinas e Estados Portugueses de Ultramar, ao mesmo passo que parecia atentar contra a política de aglutinação do Príncipe Regente, cuja autoridade buscava desconsiderar e enfraquecer.

A possibilidade de retorno do Brasil à condição de colônia gerou forte desconfiança por parte da elite política e econômica, a qual não queria abdicar dos privilégios conquistados frente à coroa portuguesa; o que serviu como estopim à proclamação da independência. Posteriormente, como fruto da frustração da Constituinte de 1823⁶, a qual “deixara, em grande parte, uma impressão dolorosa e de sobresaltos” (sic) (LEAL, 2002, p. 93), nasce em 1824, por meio de ato de outorga de Dom Pedro I, o primeiro texto constitucional brasileiro.

Inspirado na teoria de Benjamin Constant, o prematuro constitucionalismo monárquico brasileiro instituiu a figura de um quarto poder alheio à concepção tripartite defendida por Montesquieu. Criado por Constant para atender a uma função de poder judiciário dos demais poderes, exercendo seu papel de fiscalização e controle de forma “neutra”, o Poder Moderador dota-se, na primeira Constituição do Brasil, de uma semântica centralizadora que o distancia de sua doutrina original. Ao tratar do Poder Moderador, sustentava o artigo 98 da Constituição Imperial de 1824, in verbis, que:

art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu

⁶ Sobre a primeira constituinte brasileira: LEAL, Avelino de Araújo. História constitucional do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2002.

Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.

Cabia ao Imperador o exercício do Poder Moderador, além da chefia do Poder Executivo, o que o tornava quase supremo diante dos demais poderes, quais sejam, Legislativo e Judiciário. A Constituição de 1824, ao mesmo tempo em que esboçou uma certa identificação com a ideologia liberal, como se pode constatar com a defesa da divisão e harmonia dos Poderes Políticos (Legislativo; Executivo; Judiciário) “como princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (art. 9º da Constituição de 1824), sustentou, contraditoriamente, ao atribuir ao Imperador o status de “moderador dos demais poderes”, uma estrutura política centralizadora característica dos estados absolutistas. Nesse sentido, é clara a afirmação de Silva (2003, p. 29):

A verdade é que o Imperador detinha um poder eminentemente político e ativo, pelo qual interferia em tudo, como dissemos: agia sobre o Poder Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara, pelo direito de adiamento e de convocação, pelo direito de escolha, em lista tríplice, dos senadores vitalícios; atuava sobre o Poder Judiciário pelo direito de suspender os magistrados; influía sobre o Poder Executivo pelo direito de nomear e demitir livremente os ministros de Estado; influía sobre a autonomia das províncias pelo direito de suspender as resoluções das assembleias provinciais; atuava sobre a administração do País como chefe do Poder Executivo, que exercia por meio dos ministros. Por isso é que se dizia que, aqui, o Rei reinava, governava e administrava. (grifo original)

Oportunas ainda as palavras de Bonavides (2001, p. 196 – 197) ao analisar a importância do Poder Moderador naquilo que denominou ironicamente de “constitucionalização do absolutismo”:

Nossa primeira ‘ditadura constitucional’ ocorreu ao alvorecer do Império. Foi obra do Poder Moderador, configurado, em verdade, um estranho paradoxo, do ponto de vista teórico, porquanto veio a ser

exercitada precisamente por aquele Poder que havia sido concebido, teoricamente, pelo menos como uma espécie de corregedoria dos três ramos em que se divide o exercício da soberania nacional (executivo, legislativo e judiciário).

Demais disso, o Poder moderador era a programação deliberada da ditadura porquanto contrariava a regra substantiva de Montesquieu da divisão e limitação dos poderes.

Mesmo ciente da dificuldade encontrada pelo imperador na implementação da doutrina constitucional por ele outorgada, tendo em vista o vastíssimo território ainda não ocupado e a disputa de poder entre diversos setores da sociedade local, o centralismo instituído pela Constituição outorgada de 1824 foi sentido pela população, gerando forte descontentamento em âmbito municipal. Nesse diapasão, Queiroz (1969, p. 37 – 38) destaca bem essa marcante passagem do centralismo imperial na história local brasileira, ao afirmar que:

A centralização era mais do que evidente; o senhor rural perdia toda a possibilidade de governar seu município; qualquer coisa que tentasse fazer as menores posturas municipais de ordem administrativa e econômica, precisariam da aprovação do governo supremo; a câmara podia expedir posturas (excluídas as judiciais), mas valeriam só por um ano e, para durar, necessitavam da aprovação da assembléia geral do Rio.[...] Ela desencadeou uma onda de descontentamentos que se concretizou em movimentos como a Confederação do Equador, em Pernambuco, e a República de Piratini, no Rio Grande do Sul. (sic)

Na prática, a divisão dos poderes como diagnóstico do estado liberal contra o velho absolutismo não atingiu bons níveis de realização no prematuro Estado brasileiro, encontrando, porquanto, dificuldades várias para superar as barreiras formais da estrutura pela sistematização do constitucionalismo moderno. É em meio a essa atuação que o judiciário brasileiro há de principiar-se, dependente e ajojado ao vírus do absolutismo.

A Constituição de 1824 não poderia oferecer significativa mudança diante de uma estrutura social já bastante consolidada. Mesmo com as formulações liberais pelas quais passou o sistema judicial no Brasil independente, em que pese as da lei da Justiça de Paz, do Código de Processo Criminal, do Código Criminal e da lei n. ° 261 de 1941, em defesa de uma nova política judicial descentralizadora, aspectos importantes herdados da formação judicial burocrática portuguesa ainda desvirtuavam o propósito de uma atuação imparcial dos magistrados. Em Carvalho (1981, p. 36), encontramos importante subsídio que relata o judiciário de um Brasil independente, porém longe de assumir-se, do ponto de vista empírico, como um poder imparcial e igualmente independente:

O Brasil, como já dissemos, disporia, ao tornar-se independente, de uma elite ideologicamente homogênea devido a sua formação jurídica em Portugal, a seu treinamento no funcionalismo público e ao isolamento ideológico em relação a doutrinas revolucionárias. Essa elite iria reproduzir-se em condições muito semelhantes após a Independência, ao concentrar a formação de seus futuros membros em duas escolas de direito, ao fazê-los passar pela magistratura, ao circulá-los por vários cargos políticos e por várias províncias.

Diante de uma Constituição dita liberal que, ao mesmo tempo em que declarava independente o “Poder Judicial” (art. 151), concedendo aos seus membros vitaliciedade no exercício do cargo (art. 153 que atribui perpetuidade aos Juizes de Direito), atribuiu-se ao Imperador o poder de remover juizes ou mesmo suspendê-los (art. 153 c/c art. 154). Não se poderia, portanto, exigir dos magistrados um sentimento democrático ou republicano de uma ideologia que se encontrava distante das metas e métodos traçados pelo Estado na figura centralizadora do Imperador.

O magistrado, além de exercer de forma acuada a atividade judicante em decorrência de uma submissão constitucionalmente deflagrada, via-se jungido a interpretar os litígios a ele submetidos de acordo com a lei, sob pena de responsabilidade. Percebe-se, com isso, uma atuação judicial despropositada das necessidades sociais, exercendo uma função subserviente às vontades do chefe

do executivo, onde ao judiciário incumbia a manifesta defesa dos interesses representativos do Imperador.

Longe de afirmar que o Judiciário encontrava-se como “vítima” de um sistema autoritário, latifundiário e excludente, cabia situá-lo nessa época como parte orgânica de composição desse sistema, exaltando-se a relação dos seus membros com parte da sociedade da época. A dispersão do poder político verificado no período colonial marcará fortemente tanto o Brasil imperial quanto a primeira república, emergindo, em virtude disso, o denominado coronelismo oligárquico: fenômeno típico da sociedade latifundiária brasileira (SILVA, 2003). O poder e status atribuídos ao cargo público de magistrado, como relatado no momento anterior, diferente do efeito isolacionista pretendido pelo poder central – o que acontecia apenas com a população marginalizada –, aproximavam ainda mais essa elite econômica, que via com bons olhos o relacionamento com representantes diretos do Império.

Os magistrados, em que pese os esforços do poder central para isolá-los da sociedade com o fito de proporcionar uma atuação imparcial, acabaram por se envolver com os coronéis: verdadeiros detentores do poder político e econômico local. Já no Império, essas relações, que antes se via como excepcionais pela coroa portuguesa, tornaram-se regra na política brasileira, a ponto de situar aqueles que possuíam bacharelado em direito numa escala de ascensão aos principais postos da hierarquia estatal (KOERNER, 1998).

Cursar direito não significava, portanto, apenas seguir futuramente a carreira de magistratura. Para o bacharel em direito no período colonial, em termos gerais, a carreira jurídica não possuía lógica se junto com ela não se ingressasse na política; esta sim poderia ser exercida sem que fosse preciso o “sacrifício” de uma magistratura. No entanto, mais lógico para o jovem bacharel que ansiasse ascender mais rápido na carreira política seria exercer um cargo na judicial. Nas faculdades de direito, o ensino era voltado para a ocupação de cargos jurídicos burocráticos do Império e para o futuro exercício da atividade política. “Uma carreira típica para o político cuja família não possuía influência bastante para levá-lo diretamente à Câmara começava pela magistratura (...) Logo após

a formatura, o candidato à carreira política tentava conseguir uma nomeação de promotor ou juiz municipal...” (CARVALHO, 1981, p. 93).

As palavras de Koerner (1998, p. 44 a 46), ao relatar o papel político do bacharel em direito no período imperial, não poderiam ser mais oportunas:

[...] Nas academias de direito, os estudantes aprendiam apenas a reproduzir as técnicas e praxes estabelecidas: eles adquiriam especialmente um determinado estilo de ação política e estabeleciam ligações pessoais. A formação voltada para o exercício de cargos no Estado havia sido o objetivo explícito da criação das academias de direito de São Paulo e de Olinda. Na academia de São Paulo.

[...]

O aprendizado tinha então como objetivo a aquisição de determinado estilo de comportamento político, o da ação pautada pela prudência e moderação.

[...]

Após a formatura, o investimento intelectual do bacharel em direito no conhecimento técnico-jurídico era reduzido, porque na sua carreira entrelaçavam-se perspectivas de atividades de caráter judicial e político, nas quais a ascensão se dava por intermédio de bons padrinhos, em vez de algum sistema institucionalizado de mérito. A carreira política dos jovens bacharéis em direito freqüentemente iniciava no cargo de juiz municipal. Esse cargo era a ‘antesala’ na qual era posta à prova sua fidelidade.

No mesmo sentido, Faoro (2001, p. 446) torna ainda mais claro o papel desempenhado pela comunidade jurídica no Império, situando o modelo de formação acadêmica dos bacharéis como reflexo/exigência da formação sócio-política brasileira:

O bacharel, o pré-juiz, o pré-promotor, o pré-empregado, a véspera do deputado, senador e ministro, não criam a ordem social e política, mas

são seus filhos legítimos. O sistema prepara escolas para gerar letrados e bacharéis, necessários à burocracia, regulando a educação de acordo com suas exigências sociais. Eles não são as flores de estufa de uma vontade extravagante, mas as plantas que a paisagem requer, atestado pelo prestígio que lhes prodigaliza, sua adequação ao tempo.

O judiciário Imperial, no qual se dá expressiva importância ao período regencial, encontrava-se, em virtude de sua atuação político-partidária, distante ou mesmo desorientado em relação à atuação judicial que já era reclamada pelo nível de relações e de conflitos sociais próprios da época. De uma maneira desabusada, o governo imperial se beneficiava da atuação política dos magistrados, os quais não poderiam esquecer o dever de obediência àquele, formando-se, em virtude disso, mais um canal de controle social, agora tendo como alvo a vontade do legislativo.

De grande valor as palavras de Flory (1981, p. 184) ao mencionar a atuação do judiciário na perspectiva do governo central, além do seu grau de dependência com este:

The existence of national parties made a ministry's choice of personnel crucial, not only to the long-run authority of the central government, but also to the short-term fortunes and electoral success of the party-in-power. Manipulation of judicial personnel, therefore, became an infamously partisan activity, and while the partisan aspect was only a variation on the government's basic right to control its own agents, such party maneuvering does suggest the extent of the judiciary's dependence as well as its politicization.

The Constitution forbade dismissal of professional magistrates, so the mechanics of judicial manipulation centered in the use and abuse of the power of transfer (remoção).

Leal (1986, p. 197) vai mais longe, atribuindo ao vínculo político a corrupção praticada pelos magistrados:

[...] a organização judiciária, por outro lado, conquanto assinalasse sensível progresso em relação à situação anterior, deixava muito a desejar: a corrupção da magistratura, por suas vinculações políticas, era fato notório, acadamente condenado por muitos contemporâneos.

[...]

Como o problema não é de ordem puramente legal, ainda hoje é encontrada a figura do juiz politiqueiro, solícito com o poder, ambicioso de honrarias ou vantagens, embora muito mais extensas as garantias que desfruta.

Não raros eram os desvios de conduta dos magistrados em favor de forças políticas locais. Na verdade, em virtude do grau de dependência dos magistrados tanto com o governo que os controlava e de quem dependiam para a manutenção dos seus cargos como dos grupos que exerciam a força político-econômica no período imperial brasileiro, encontrava-se um judiciário longe de uma liberdade institucional que lhe garantisse uma perspectiva social de atuação judicial.

Sob uma análise da concepção crítico-democrática atual, o envolvimento dos magistrados com a política não realça em todo o cerne do problema de uma atuação judicial descompromissada com o social. A real dificuldade está em aceitar que esse envolvimento político priorizava interesses pessoais dos magistrados e da elite a qual ele representava ou da qual ele participava diretamente, deixando à margem da atuação judicial parcela significativa da sociedade brasileira por falta de representatividade política.

Não há aqui, em nenhum momento, a defesa de uma participação política dos magistrados. Contudo, o que se reconhece é que, no modelo institucional em que se encontrava o judiciário na época, se existia campo de atuação política dos magistrados, sob uma perspectiva da democracia representativa, nada mais justo que a pluralidade social obtivesse fração devida de representatividade na política; mas exigir de cara uma concepção pluralista, mesmo que no plano do dever-ser da ordem legal, a uma sociedade

culturalmente excludente, era quase como reconhecer que o abstrato das ideologias e teorizações compartilhasse o mesmo campo de realização com as necessidades de ordem prática da realidade social, o que de fato não ocorre. O que ocorre é vinculação, nunca confusão entre os planos abstrato e real.

5 CONCLUSÃO

Como se pôde observar, o poder judiciário brasileiro finca sua base de sustentação político-institucional no modelo burocrático português de formação patrimonialista, herdando uma mentalidade que fundamenta sua existência em si mesmo, longe das reais necessidades do povo; destinatário final e ator político legitimador da função judicial. A atuação política dos membros do judiciário e a relação de proximidade com a elite dominante estão longe de se apresentarem frágeis. Basta analisar a atual tendência parcial e conservadora patrocinada pelos membros do Supremo Tribunal Federal para compreender essa aproximação com atores dominantes do poder político no Brasil.

Longe de tentar patrocinar uma visão de mera causalidade, o judiciário brasileiro atual ainda carrega da burocracia portuguesa características intrínsecas que nos auxiliam a uma leitura de compreensão do seu papel na sociedade, bem como sua conduta conservadora diante das atuais exigências democráticas e republicanas. Para ilustrar essa proximidade entre o modelo burocrático português e o judiciário atual, no Estado do Amapá, até 2006, não existia quadro próprio para a carreira de procurador de estado, mesmo com o indicativo constitucional da década de 80, sendo preenchida em sua totalidade por profissionais de livre nomeação do governador.

O governo, por sua vez, era pressionado a nomear representantes de "grupos de interesses" locais, o que ajudava a manter margem de interação e expressão dos interesses desses grupos junto à estrutura formal de governo. Parte significativa dos nomeados possuía laços de parentesco e/ou de afinidade com membros do judiciário, sendo pública e notória a nomeação de procuradores comissionados parentes de membros do judiciário

amapaense⁷.

Tanto é assim que, hoje, a preocupação com o patrimonialismo no judiciário levou a discussões em âmbito nacional, tomando corpo através de súmula do Supremo Tribunal Federal (súmula vinculante 13) que proíbe o nepotismo nos poderes, inclusive o cruzado⁸.

O conhecimento histórico nos dá, portanto, a dimensão correta da atuação do judiciário atual, revelando-o como função estratégica de domínio da elite política. Talvez o motivo de alguns teóricos considerarem-no como um poder fora de época, ou seja, distante dos desafios apresentados pela sociedade, a ensejar uma atuação descompassada ao modelo democrático do Estado contemporâneo.

7 Essa realidade só foi alterada em março de 2008, com a posse dos procuradores concursados. Até então, de 2006 a 2008, o governo do estado tentou de todas as formas evitar a nomeação dos concursados, sendo o governador do Estado, inclusive, alvo de Ação Civil de Improbidade Administrativa pela procrastinação na homologação do concurso (Proc. 0014531-89-2007.8.03.0001 de 29.05.07 da 4 Vara Cível e Fazenda da Comarca de Macapá-AP). Mesmo após a nomeação dos procuradores de carreira, o governador do estado ainda manteve comissionados na Procuradoria-Geral, só sendo exonerados depois do julgamento da ADI 2682/AP (Relator Min. Gilmar Mendes), em que o Supremo Tribunal Federal confirmou o mandamento constitucional, aplicando a força normativa da constituição para afastar a latente inconstitucionalidade. Essa realidade ainda permanece na Defensoria-Geral do Estado do Amapá, que até então, maio de 2009, não foi realizado concurso para a formação da carreira de defensores.

8 Forma de nepotismo em que membros dos poderes (funções) do Estado (legislativo, executivo e judiciário), "trocaram favores", "doando" um cargo para parente de membro de outro poder em troca de nomeação de parente seu, como se função pública fosse objeto de troca, de poderio.

6 REFERÊNCIAS

BBOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. trad. Carmen C. Varriale Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luiz Guerreiro Pinto Caçais, Renzo Dini. vol. I e II. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder: Os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil. **Revista Latino-America de Estudos constitucionais**, p. 175-201. jan., 2003.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FLORY, Tomas. **Judge and jury in Imperial Brazil, 1808 – 1871 – Social control and political stability in the New State**. Latin American monographs, nº 53. Austin: University of Texas Press, 1981.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da República brasileira**. São Paulo: HUCITEC, 1998.

LEAL, Aurelino de Araújo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 5. ed. São Paulo: Alga-Omega, 1986.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. **O mandonismo local na vida política brasileira**. São Paulo: Institutos de estudos brasileiros, 1969.

SCHWARTZ, Stuart B. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil – The High Court of Bahia and its judges: 1609 – 1751**. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1975.

SILVA, José Afonso da. Poder executivo na Constituição imperial

do Brasil de 1824, in: **Revista Latino-America de Estudos constitucionais**, p. 21 – 37, jan., 2003.

WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: Edmundo Campos (Org). **Sociologia da burocracia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1978. p. 15 – 28.

WEHLING, A. ; WEHLING, Maria José . **Direito e justiça no Brasil colonial - o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEIS:

BRASIL. Constituição (1824). Brasília: Senado Federal, 2001.