

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FRANCISCO DE ASSIS DO REGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR

**OS RECURSOS CRIMINAIS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO IMPÉRIO (1841-1871): DECISÕES LIBERAIS NA
CÚPULA DE UM JUDICIÁRIO CLIENTELISTA**

CURITIBA

2012

FRANCISCO DE ASSIS DO REGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR

**OS RECURSOS CRIMINAIS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO IMPÉRIO (1841-1871): DECISÕES LIBERAIS NA
CÚPULA DE UM JUDICIÁRIO CLIENTELISTA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, Área de Concentração: Direito do Estado, Linha de Pesquisa: Direito, poder e controle, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

**Orientador:
Prof. Dr. Luis Fernando Lopes Pereira**

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

FRANCISCO DE ASSIS DO REGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR

OS RECURSOS CRIMINAIS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO IMPÉRIO (1841-1871): DECISÕES LIBERAIS NA
CÚPULA DE UM JUDICIÁRIO CLIENTELISTA

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Luis Fernando Lopes Pereira
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof.^a Dr.^a Clara Roman Borges
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof.^a Dr.^a Andrea Slemian
Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP

Prof. Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

Curitiba, 13 de dezembro de 2012

RESUMO

A presente tese discute a competência recursal criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Império, durante as décadas de 1840 a 1860. Discute, especialmente, como se amoldaram, como se enfrentaram e como se compuseram as matrizes ligadas ao liberalismo então nascente, e o característico clientelismo das nossas instituições administrativas e judiciais. Para tal fim, procurou-se delimitar o discurso liberal então utilizado para embalar a independência brasileira, e como ele teria se acomodado às estratégias políticas e jurídicas dos formadores das nossas primeiras instituições, ao mesmo tempo em que se intentou demonstrar as razões para a conceituação de uma das facetas da nossa formatação social, política e institucional como sendo o clientelismo, e quais foram as permanências que legou ao séc. XIX. Destes referenciais, e a partir da noção de sistema penal legada pela criminologia contemporânea, procuramos traçar um painel das estruturas penais e processuais penais então vigentes, sem olvidarmos das suas respectivas efetividades, a partir das quais pudemos enfrentar o objetivo primordial da presente tese: analisar como os discursos do clientelismo e das práticas clientelistas se corporificaram na jurisprudência criminal da Corte Suprema Imperial nas décadas referidas. Nesse sentido, não se buscou, evidentemente, a presença dos vocábulos “liberalismo” ou “clientelismo” nas decisões analisadas, mas se procurou analisar a interpretação e a aplicação das normas criminais então vigentes, o papel dos Ministros, e a própria institucionalização autônoma do Supremo Tribunal de Justiça do Império que, ao fim e ao cabo, formaram a cultura jurídica que lastreou a modernização do direito penal e do processo penal brasileiros à época pesquisada.

Palavras-chave: Recursos criminais. Clientelismo. Liberalismo. Supremo Tribunal de Justiça do Império.

RESUMEN

La presente tesis discute la competencia de recurso criminal del Supremo Tribunal de Justicia del Imperio, durante las décadas de 1840 a 1860. Se discute, especialmente, como se amoldaron, como se enfrentaron, y como se compusieron las matrices relacionadas al liberalismo naciente em aquel entonces, y el clientelismo característico de nuestras instituciones administrativas y judiciales. Para tal fin, se buscó delimitar el discurso liberal utilizado para embalar la independencia brasileña, y como el se había acomodado a las estrategias políticas y jurídicas de los formadores de nuestras primeras instituciones, al mismo tiempo en que se intentó demostrar las razones para la conceptualización de una de las facetas de nuestra formación social, política e institucional como era el clientelismo, y cuáles fueron las permanencias que ha dejado como legado al siglo XIX. De estos referenciales, y a partir de la noción de sistema penal que ha sido legado por la criminología contemporánea, buscamos trazar un panel de las estructuras penales y procesales penales vigentes en la época, sin olvidar sus respectivas efectividades, a partir de las cuales, se pudo enfrentar el objetivo primordial de la presente tesis: analizar como los discursos y las prácticas del clientelismo se corporificaron en la jurisprudencia criminal de la Corte Suprema Imperial en la referidas décadas. Evidentemente, no se buscó la presencia de los vocablos “liberalismo” o “clientelismo” en las decisiones analizadas, pero se buscó analizar la interpretación y la aplicación de las normas criminales vigentes, el papel de los Ministros, y la propia institucionalización autónoma del Supremo Tribunal de Justicia del Imperio que al cabo, formaron la cultura jurídica que ha lastrado la modernización del derecho penal y del proceso penal brasileño en la época investigada.

Palabras-Clave: Recursos criminales. Clientelismo. Liberalismo. Supremo Tribunal de Justicia del Imperio.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO - A HISTÓRIA DE UMA HISTÓRIA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO NO SÉC. XIX.....	8
CAPÍTULO 1 - LIBERALISMO NO IMPÉRIO BRASILEIRO	26
1.1 A PRÉ-HISTÓRIA: O LIBERALISMO CONTRA O ANTIGO REGIME.....	31
1.1.1 Liberalismo nas reformas iluministas do séc. XVIII.....	31
1.1.2 A Revolução do Porto de 1820, as 'Bases da Constituição' de 1821 e a recepção desses movimentos no Brasil.....	41
1.2 A HISTÓRIA: OS DELINEAMENTOS DO LIBERALISMO BRASILEIRO	46
1.2.1 O liberalismo antimetropolitano	52
1.2.2 O liberalismo constitucional	56
1.2.3 O liberalismo da moderação	60
CAPÍTULO 2 - CLIENTELISMO NO IMPÉRIO BRASILEIRO	71
2.1 O CLIENTELISMO COMO INSTRUMENTO ANALÍTICO DA CONFIGURAÇÃO SOCIOPOLÍTICO-INSTITUCIONAL DO BRASIL NO SÉC. XIX.....	75
2.2 ANTECEDENTES: CLIENTELISMO NA ADMINISTRAÇÃO E NO JUDICIÁRIO DA COLÔNIA	91
2.2.1 (Inexistência de) separação de poderes e atribuições na administração colonial	93
2.2.2 Clientelismo, administração e judiciário nos sécs. XVII e XVIII	96
2.2.3 Clientelismo, administração e judiciário no séc. XVIII.....	104
2.3 AS MATRIZES DO CLIENTELISMO NO IMPÉRIO BRASILEIRO.....	117
2.3.1 Clientelismo, cooptação e estabilidade.....	117
2.3.2 Clientelismo, autoritarismo e direitos	125
2.3.3 Clientelismo e o arranjo de poder: a relação entre o governo central e as elites regionais	135
CAPÍTULO 3 - O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL DO IMPÉRIO	148
3.1 A UTILIZAÇÃO DA NOÇÃO DE "SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL" COMO METODOLOGIA DE ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO DO SÉC. XIX	150

3.2	A ESTRUTURA NORMATIVA DA CRIMINALIZAÇÃO NO IMPÉRIO ENTRE 1841 E 1871	158
3.2.1	O liberalismo da criminalização primária	158
3.2.2	O clientelismo da criminalização secundária	174
3.2.3	As reformas na criminalização empreendidas pelo regresso conservador	185
3.3	O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO IMPÉRIO	200
3.3.1	A regulamentação do Supremo Tribunal de Justiça e do Recurso de Revista.....	200
CAPÍTULO 4 - OS RECURSOS CRIMINAIS NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1841-1871)		211
4.1	AS FONTES PESQUISADAS: POSSIBILIDADES E LIMITES	214
4.2	"INJUSTIÇA NOTÓRIA" E "NULIDADE MANIFESTA" COMO FUNDAMENTOS DA CONCESSÃO DOS RECURSOS DE REVISTA CRIMINAIS	221
4.3	AS DECISÕES CONSIDERADAS COMO "INJUSTIÇA NOTÓRIA" PELO STJ.....	224
4.3.1	Análise dos fatos e das provas para aferição da "injustiça notória"	224
4.3.2	A "injustiça notória" na privação de recurso judicial à parte.....	229
4.3.3	A "injustiça notória" nos equívocos de tipificação e de aplicação da pena.....	235
4.4	AS DECISÕES CONSIDERADAS COMO "NULIDADE MANIFESTA" PELO STJ.....	238
4.4.1	Análise dos fatos e das provas para aferição da "nulidade manifesta"	238
4.4.2	A "nulidade manifesta" nos erros procedimentais relacionados ao tribunal do júri	241
4.4.3	A "nulidade manifesta" no caso de julgamento por juízo incompetente.....	246
4.4.4	A "nulidade manifesta" da ausência dos requisitos formais da queixa e do equívoco na decretação da revelia	248
4.5	AS DECISÕES CONSIDERADAS COMO "INJUSTAS E NULAS" PELO STJ	251
4.5.1	"Injustiça e nulidade" apreciadas separadamente	251
4.5.2	"Injustiça e nulidade" na hipótese de nulidade manifesta	253
4.5.3	"Injustiça e nulidade" na hipótese de injustiça notória	256

4.5.4 "Injustiça e nulidade" tratadas conjuntamente	258
4.6 DECISÕES LIBERAIS NA CÚPULA DE UM JUDICIÁRIO	
CLIENTELISTA.....	259
4.6.1 O liberalismo das decisões criminais proferidas pelo STJ entre 1841 e 1871	259
4.6.2 Os limites do liberalismo jurídico-criminal no STJ.....	267
4.6.3 Os fundamentos do liberalismo jurídico-criminal no STJ	272
4.6.4 O clientelismo nos interstícios do liberalismo jurídico-criminal no STJ	279
CONCLUSÕES	286
REFERÊNCIAS	294

INTRODUÇÃO

A HISTÓRIA DE UMA HISTÓRIA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO NO SÉC. XIX

I

Como viria a ser comum durante todo o século XIX, a sessão de 15 de julho de 1834 do Supremo Tribunal de Justiça do império não foi encerrada sem discussão entre os ministros sobre a decisão que deveria ser tomada em um recurso criminal submetido à apreciação da Corte. Em pauta naquela data, o Recurso de Revista¹ interposto por Manoel Antonio Gonçalves.² De um lado ficaram os ministros que concediam a revista requerida, posição que ao final acabou prevalecendo, capitaneados pelo próprio presidente da Corte, o Monsenhor Pedro Machado de Miranda Malheiro, que antes de assumir a vaga fora Chanceler-Mor do Brasil, ladeado pelos ministros José Albano Fragoso, que fora o primeiro presidente daquele Tribunal, André Alves Pereira Ribeiro Cirne, antigo Desembargador na Relação de Pernambuco, José Ricardo da Costa Aguiar de Andrada, originário da Relação da Bahia, além de João José da Veiga e Agostinho Petra de Bitencourt, ambos provenientes da Casa da Suplicação. De outro lado, negando provimento ao recurso, posicionaram-se os ministros João de Medeiros Gomes, colega dos dois últimos desde seus tempos de Casa da Suplicação, Eusébio de Queiroz Coutinho da Silva, oriundo do Desembargo do Paço e o novato Francisco José de Freitas, que vindo da Relação de Pernambuco só assume a sua vaga em 1832, ao contrário de todos os demais integrantes daquele quórum, que as ocupavam desde 1828, ano da fundação da Corte Suprema.

¹ O Recurso de Revista, como será pormenorizado no capítulo 4, constituía-se na espécie recursal julgada pelo Supremo Tribunal de Justiça do Império, por meio da qual as partes impugnavam as decisões de segundo grau (Tribunais das Relações), nas hipóteses de "injustiça notória" e (ou) "nulidade manifesta" nos acórdãos.

² SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. Anexo II. p.180-181.

O voto condutor do acórdão se fundou em dois argumentos para a concessão da revista: a nulidade manifesta e a injustiça notória da decisão recorrida.³ Haveria nulidade, no entender da maioria formada, pela "falta de observâncias das formalidades literalmente exigidas em tais processos pelo Código do Processo nos artigos 206 e seguintes⁴, especialmente no art. 209⁵, que manda ler a queixa, ouvir, e escrever a defesa, o que não aparece praticado nos autos", mas também pela injustiça notória do caso. Essa se constituiria no fato de que a punição recebida pelo recorrente teria afrontado o parágrafo 1.º do art. 2.º⁶ e o art. 1.º⁷, ambos do Código Criminal do império, visto que os fatos que lhe foram imputados, quais sejam, a venda de trinchetes e canivetes, não eram proibidos por lei. Consta ainda do acórdão que, mesmo havendo autorização legislativa específica no art. 299 do próprio Código Criminal⁸ para que as câmaras municipais regulamentassem quais armas seriam permitidas, e quais dentre elas seriam as proibidas, seria

³ Como se debaterá na subseção 3.3.1 e na seção 4.1, "nulidade manifesta" e "injustiça notória" eram os requisitos legais para a concessão do Recurso de Revista pelo Supremo Tribunal de Justiça da época.

⁴ Art. 206. Não havendo queixa, ou denuncia, mas constando ao Juiz de Paz que se tem infringido as posturas, lei policial, ou termo de segurança, e de bem viver, mandará formar auto circunstanciado do facto, com declaração das testemunhas, que nelle hão de jurar, e citar o delinquente na fôrma do artigo antecedente.

Art. 207. O Escrivão, ou Official de Justiça permitirão ao delinquente a leitura do requerimento, ou auto, e mesmo copial-o, quando o queira fazer.

Art. 208. Não comparecendo o delinquente na audiencia aprazada, o Juiz dará á parte juramento sobre a queixa, inquirirá summariamente as suas testemunhas, e decidirá, condemnando, ou absolvendo o réo.

⁵ Art. 209. Comparecendo o delinquente, o Juiz lhe lerá a queixa, ouvirá a sua defesa (que sendo verbal, o Escrivão a escreverá); inquirirá as testemunhas; e fará ás partes as perguntas, que entender necessarias; depois do que lhes dará a palavra se a pedirem, para vocalmente por si ou seus procuradores deduzirem, o que lhes parecer a bem de seu direito.

⁶ Art. 2.º Julgar-se-ha crime, ou delicto:
1.º Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes

⁷ Art. 1.º Não haverá crime, ou delicto (palavras synonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique.

⁸ Art. 299. As Camaras Municipaes declararão em editaes, quaes sejam as armas offensivas, cujo uso poderão permittir os Juizes de Paz; os casos, em que as poderão permittir; e bem assim quaes as armas offensivas, que será licito trazer, e usar sem licença aos occupados em trabalhos, para que ellas forem necessarias.

[...] evidente o excesso pretender por ele [art. 299] julgar as Câmaras Municipais autorizadas para vedarem a venda de tais instrumentos, cujo uso é de tanta necessidade pública quanto sabiamente foi lembrada no já citado Alvará, não valendo por isso a faculdade para declarar por Editais as armas para o uso das quais podem conceder licença os Juizes de Paz para proibir a venda por nenhuma Lei vedada, contendo assim uma tal proibição plena infração não só do direito de propriedade, da liberdade do Comercio, e das Leis que a permitem, e auxiliam, ordenando expressamente no artigo 10 do art. 58 da Lei de 1.º e outubro de 1828⁹, se abstenham de a tal respeito fazerem quaisquer restrições, mas até decisiva invasão do Poder Legislativo, a quem só toca alterar a Legislação e adicionar o Código Criminal.¹⁰

Ainda que não saibamos as razões sustentadas pelos votos vencidos, fato é que a concessão da revista continha uma mensagem do Supremo Tribunal em seu primeiro quinquênio: tanto o procedimento processual quanto a criminalização propriamente dita de condutas no império dependiam de lei prévia. Não seriam admitidas flexibilizações do procedimento, e tampouco regulamentações das hipóteses de crime, ainda que legalmente aceitas pelo sistema, mas que redundassem na arbitrária ampliação da criminalização.

A análise do precedente de 1834, bem como o estudo de toda a jurisprudência criminal do Supremo Tribunal de Justiça que será citada no presente trabalho, trouxe-nos uma perspectiva inusitada no trilhar da presente pesquisa: a de que a doutrina penal e processual penal contemporânea, mesmo que por vias transversas, poderia, afinal

⁹ Dispunha a referida lei sobre a "fórma [d]ás Camaras Municipaes, marca suas attribuições, e o processo para a sua eleição, e dos Juizes de Paz". Salvo melhor juízo, quer nos parecer que tenha se equivocado o Supremo Tribunal na referência aos citados artigos dessa lei, cuja redação não se aplicaria exatamente aos contornos do debate, qual seja, os limites das atribuições das Câmaras Municipais, como se verifica de suas respectivas redações: "Art. 10. Recebidas as cédulas dos votantes, a mesa remetterá fechadas, as que respeitam aos Vereadores, com officio, em que se declare o numero dellas, á respectiva Camara, a qual, logo que houver recebido as de todas as parochias do seu termo, as apurará a portas abertas em o dia que deverá designar, e fazer publico por editaes". "Art. 58. Darão parte annualmente, ou quando convier, ao Presidente da Provincia e Conselho Geral das infracções da Constituição, e das prevaricações, ou negligencias de todos os empregados". Os limites daquele incipiente pacto federativo seria um dos principais temas que pautariam o debate político durante todo o séc. XIX. Seus desdobramentos no âmbito criminal serão examinados na subseção 3.2.3.

¹⁰ SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. Anexo II, p.181.

de contas, ter acertado no diagnóstico que fizera da criminalização imperial¹¹, quando a definiu como sendo liberal. Mas por que se afirmar que o acerto foi por "vias transversas?" Para respondermos a tal indagação, daremos alguns passos atrás para contar o início dessa história.

Pois bem. Não são raras as críticas do uso da história no âmbito do direito, e mais especificamente nos capítulos introdutórios das monografias e dos manuais jurídicos, no qual ela é utilizada apenas para demonstrar erudição, tornando-a um enfeite do "estudo principal", sem qualquer operacionalidade teórica, como, dentre outros, aponta Ricardo Marcelo Fonseca¹². Como ironicamente sintetiza Marc Bloch, referindo-se a outros cientistas aquilo que pode ser aplicado aos juristas,

¹¹ É o que se verifica com os clássicos Aníbal Bruno (afirma que o Código Criminal de 1830 "[...] reúne como premissas do novo regime punitivo alguns dos postulados iniciais do Direito Penal Liberal, os mais opostos ao regime das Ordenações, como o princípio da igualdade de todos perante a lei, o da não-retroatividade da lei penal, o de que a pena não passará da pessoa do criminoso" (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Tomo 1: introdução, norma penal, fato punível. p.102), Edgard Magalhães Noronha (Sustenta o autor que "O Código honrava a cultura jurídica nacional. De índole liberal, a que, aliás, não podia fugir, em faço do liberalismo da Constituição de 1824, inspirava-se na doutrina utilitária de Bentham. Influenciavam-no igualmente o Código Francês de 1810 e o Napolitano de 1819". (NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1973. v.1. p.56), e ainda com os contemporâneos Guilherme de Souza Nucci ("Somente com a edição do Código Criminal do Império (1830), advindo do projeto elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, conseguiu-se uma legislação penal mais humanizada e sistematizada. Constituiu-se um avanço notável, criando institutos (como, por exemplo, o dia-multa) até hoje utilizados pelo direito brasileiro e também por legislação estrangeira". (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.69) e Paulo José da Costa Jr. ("Proclamada a independência, faz-se necessária a reforma penal, que só pela autonomia do País, como pelo advento das ideias liberais. Foram apresentados sucessivamente os projetos de Bernardo Pereira de Vasconcelos e de José Clemente Pereira (ambos em 1827). Preferido pela Comissão da Câmara o primeiro, sobre ele se assentaram os trabalhos da Comissão mista (Câmara e Senado), incumbida do projeto, que foi discutido, emendado e aprovado, resultando no Código Criminal do Império, aprovado em 1830 e sancionado no ano subsequente. Dizem que o Código, que influenciou o Código espanhol de 1848 e diversos Códigos da América Latina, foi objeto de estudo de alguns juristas como Haus e Mittermayer, que aprenderam o português para lê-lo". (COSTA JR., Paulo José. **Direito penal**: curso completo. São Paulo: Saraiva, 1999. p.19) e por fim Julio Fabbrini Mirabete ("De índole liberal, o Código Criminal (o único diploma penal básico que vigorou no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo e elaborado pelo Parlamento) fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos". (MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2004. p.43).

¹² FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTR, 2002. p.26.

A história dos períodos um pouco distantes só os seduz como um inofensivo luxo do espírito. De um lado, um punhado de antiquários, ocupados, por uma macabra dileção, em desenfeixar os deuses mortos; do outro, sociólogos, economistas, publicistas – os únicos exploradores do vivo...¹³

Nesse diapasão se esvai toda a potencialidade crítica e questionadora da história, que se torna um adereço sem muito sentido, mas tradicional e absolutamente influente. As introduções históricas dos manuais de direito penal ou de processo penal, ainda que redigidas sob a estrita inspiração desses postulados, e ainda que veiculadoras de todos esses equívocos, tornam-se a interpretação por excelência do período a que se referem, ademais por se reforçarem uma às outras. Como para a finalidade estética da história do direito – uso como enfeite – não há pesquisa, mas cópia, e, como o processo é contínuo, copia-se a geração antecedente e essa cópia é novamente reproduzida pela geração conseqüente, os textos legitimam-se uns aos outros, num ensaiado balé sem muito sentido, além do dançar a música já posta.

Fato é que diante dessa inarredável perspectiva, e tendo-se em conta o "estado da arte" da história da criminalização no século XIX retratada por todos esses manuais como sendo um período liberal, fundador de institutos que permeariam as ciências jurídico-penais até os dias de hoje, no qual os pilares da legalidade e da culpabilidade foram firmados, a hipótese inicial do presente trabalho era clara: demonstrar como, sob os "escombros" do formalismo dos códigos, da "letra fria da lei", havia uma criminalização que seguiria seus próprios desígnios: bruta e mordaz normalmente. Clientelista e patrimonialista em alguns casos esparsos. Em apertada síntese: se liberal eles sustentavam ser, isso só poderia ser oriundo de uma análise formal-positivista que não levava em consideração os fatores reais do poder e da sociedade à época.

Nessa linha, tínhamos como pressuposto dessa hipótese inicial, não só "estado da arte" a que acima nos referimos, mas também e principalmente a noção trazida por Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, segundo a qual, um tradicional equívoco das análises históricas do direito penal seria a ausência de separação entre o que definem como sendo a história da legislação penal de um lado, e a sua

¹³ BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.62.

respectiva realização como programa do exercício punitivo de outro¹⁴. "Mas é claro", pensávamos ao ler a passagem da obra dos autores: a história do direito penal não pode se limitar à legislação, da mesma forma que a realidade prática não se reduz a simples acontecimentos que se conformam exatamente às normas.

Escorar-se em António Manuel Hespanha, também era reconfortante naquele momento, especialmente quando, de sua proposta de descobrir a complexidade do liberalismo constitucional português do século XIX, vinham valiosas pistas para relativizarmos as certezas "manualísticas" acerca da aplicabilidade do princípio da legalidade no mesmo século no Brasil. Especialmente quando admoestava que "[...] abaixo da lei, pode haver outras faces da prática – menos generalizadas, mais escondidas em fontes pouco compulsadas ou em desorganizados arquivos administrativos e judiciais"¹⁵.

Parecíamos ter encontrado a chave: sobrepujar a tradicional perspectiva da história do direito criminal brasileiro mediante a constatação de que, para além da norma criminal, há a efetividade prática desse direito penal, o exercício real do poder punitivo, e as análises de quem o exercia e contra quem era exercido. Além disso, teríamos que levar em consideração também quem era imune formal e materialmente ao poder punitivo, e ainda quem eram os selecionados preferenciais daquele sistema. Somando-se isso a respeitável corrente historiográfica brasileira¹⁶, segundo a qual

¹⁴ Explicam os autores sobre o ponto que "A história da concretização da legislação penal pode ser "[...] conhecida historicamente por outros meios, tais como as pesquisas sobre a vida cotidiana, os arquivos (judiciais, policiais, hospitalares) e pela chamada visão dos vencidos". Com a legislação, explicitam ainda os autores "[...] dispõe-se apenas de uma referência acerca do âmbito de seleção nela concebido, que nada nos diz sobre a forma como aquela foi exercida nem a quem se dirigiu, nem tampouco em que medida isso foi feito e muito menos ainda nos informa a respeito do exercício do poder de vigilância em cada época". (ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 65).

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português, Curitiba: Juruá, 2009. p.14.

¹⁶ Sérgio Buarque de Hollanda explica que os ideais liberais sofreram aqui a interpretação que pareceu ajustar-se melhor aos nossos velhos padrões patriarcais e coloniais (HOLLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.179); Gilberto Freyre retrata a tradição conservadora no final do século XVIII e início do século XIX, quando aportavam no Brasil os ideais liberais (FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira. 46.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.123); Raymundo Faoro demonstra que não obstante os ideais liberais, no século XIX, toda a autoridade se burocratiza, articulada hierarquicamente de cima para baixo, estando morta a autonomia local (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.378); Sérgio Adorno esclarece que o sistema de dominação

haveria uma histórica ambivalência no Brasil, representadas pelo convívio entre um liberalismo formal para feitura de leis e instituições, e um clientelismo autoritário material, nas práticas sociais e políticas. Diante do quadro que então montamos àquela época, uma hipótese nos acompanhava: em termos efetivos, nosso sistema penal teria essa caracterização, ou seja, teríamos um clientelismo penal no séc. XIX.

Estabelecidos os pressupostos de nossa pesquisa, e movidos por essa hipótese, o trabalho parecia fácil. Bastaria nos dirigirmos até à Rua dos Funcionários, 1796, no bairro do Cabral, na cidade de Curitiba, onde funciona o Arquivo Público do Estado do Paraná, que certamente nos depararíamos com vários autos de processos criminais, que lá estão cuidadosamente catalogados, para descobrirmos que "o formalismo da lei" não guiaria o destino das pessoas que teriam sido apanhadas pelo sistema penal do séc. XIX.

Tudo cartesianamente planejado, não fosse o detalhe descoberto naquelas tardes de 2009, em que me dava ao luxo de deixar de lado os recursos e as audiências dos processos criminais nos quais advogava à época (nos quais a secular morosidade faz com que eu ainda esteja advogando¹⁷...), para vestir as luvas cirúrgicas

baseado na economia patriarcal, na resolução de conflitos na base do autoritarismo e na apropriação de privilégios e direitos pela elite impediu a democracia em nosso país (ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.54); José Murilo de Carvalho assevera que o liberalismo político era admirado, contudo, tinha dificuldade de existir na prática. De tal sorte, diante da discrepância entre norma e a realidade, adotavam-se ideias e instituições alheias, que antes de significar um desconhecimento da realidade, tratava-se de estratégia de mudança social e de construção de sociedades civilizadas, pela via do papel educativo das normas (CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. capítulo 4.º da segunda parte); Roberto Schwarz sustenta que há uma disparidade entre a sociedade brasileira escravista, e as ideias do liberalismo europeu (SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. 4.ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1992. p.13); Emília Viotti da Costa discorre que a origem do liberalismo no Brasil residia em categorias rurais e sua clientela, que ansiava manter as estruturas tradicionais de produção e se libertar do jugo de Portugal, e que, para tanto, tiveram que lidar com essa contradição: liberalismo de um lado, e escravidão e patronagem de outro (COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.136); e Maria Emilia Prado aduz sobre o fato de que o império nascente precisava conviver com a ambiguidade proveniente de ter sido elaborada a partir de pressupostos liberais, que não foram utilizados para romper a escravidão. (PRADO, Maria Emilia. **Ordem liberal, escravidão e patriarcalismo: as ambigüidades do Império do Brasil**. In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.). **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.168), dentre outros autores.

¹⁷ Não se trata de tema que será aprofundado na presente tese, mas, para se verificar a demora dos processos criminais no séc. XVII e XVIII, veja-se SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, no final do séc. XVIII e início do XIX veja-se WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

com que folheava os que haviam tramitado no séc. XIX: a realidade era guiada, em termos concretos e precisos, pelas normas cuja efetividade, imaginávamos não existir. Mais impressionante que isso era não encontrar, em qualquer dos inúmeros autos analisados, e tampouco em todos os resumos de casos penais feitos por outros pesquisadores e que lá se encontram, qualquer traço daquilo que para nossa hipótese inicial de pesquisa se constituiria numa "limitação do princípio da legalidade" no século XIX, qual seja, uma "criminalização paralela ao código criminal" consistente nos crimes definidos pelas posturas municipais, decorrentes da autorização legislativa estabelecida pelo art. 308 do próprio Código Criminal, segundo o qual as posturas municipais poderiam punir condutas no âmbito penal¹⁸, mas que estariam ao encargo das autoridades municipais¹⁹. O fato é que a primeira notícia de julgamento de criminalização implementada por crimes definidos por autoridades municipais foi o precedente acima citado do Supremo Tribunal. No qual, como visto, a decisão foi a de que seria ilegal e ilegítima essa técnica. Em suma, nada se confirmava em termos empíricos.

Tão doloroso quanto nos desvencilharmos da hipótese preliminar de trabalho foi ainda nos depararmos com obras como a de Thomas Flory sobre o juiz de paz e o tribunal do júri no Brasil imperial, em que relata, dentre outros tantos exemplos que serão citados no corpo desta tese, os inúmeros casos de contrabando de escravos em que, clientelisticamente, seus autores eram absolvidos por ambas as instituições.²⁰ Para ficarmos num, podemos trazer à tona caso de 1841, quando o governo enviou um navio para patrulhar a costa da província do Rio de Janeiro. Contudo, como o tráfico ilegal de escravos havia se tornado extremamente importante em Parati, o juiz de paz reuniu a população, e, informando a todos que se tratava de um navio

¹⁸ Art. 308 do Código Criminal do Império: "Este código não compreende: os crimes contra a polícia e a economia particular das povoações, não especificados neste código, **os quais serão punidos nas conformidades das posturas municipais**" (grifo nosso).

¹⁹ Sobre as permanências do poder local, sob o manto das transformações modernizadoras do liberalismo, veja-se HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. Sobre o tema, no Brasil, ainda que a partir de outros pressupostos, veja-se FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1.

²⁰ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.100-102.

"pirata", lograram efetivar a prisão do comandante e a detenção da embarcação²¹. Mas mais eloquentes do que os vários casos que cita, traz o autor uma paródia publicada naquele mesmo ano de 1841 na qual se via a contribuição dos juizes de paz para o combate do tráfico ilegal: "sempre que o juiz de paz receber notícias de desembarque de africanos ele deve... criar um alarme geral, e proceder investigações no norte, quando o desembarque é no sul, e vice-versa"²².

Os encontros e desencontros dessas diferentes perspectivas finalmente nos levaram a constatar, durante o ano de 2011 que diferentes referenciais metodológicos deveriam ser utilizados. Ou seja, se não tínhamos um sistema totalmente liberal, tampouco ele era totalmente clientelista. Muito menos seria totalmente arbitrário e bárbaro, como corretamente poderia ser a leitura daqueles que a fizessem a partir da mirada do escravo, como o faz Maria de Fátima Novaes Pires, em obra que relata as agruras vivenciadas pelos escravos, sob os aplausos do sistema penal da época.²³

Mas o foco estava equivocado. Seria impossível tirar uma foto geral, pra chegarmos na "síntese definidora" daquele sistema, sendo ele tão díspar, e composto por elementos tão heterogêneos quanto revelaria um olhar simultâneo para um ministro do Supremo Tribunal e um carcereiro do interior de São Paulo. Isso sem considerarmos um painel mais amplo, do qual fariam parte os eleitos juizes de paz, os indicados juizes de carreira, as conservadoras faculdades de direito, os pragmáticos advogados, os influenciáveis tribunais do júri, a liberal legislação, a vetusta doutrina, os carreiristas desembargadores das relações, dentre tantos outros elementos.

Nesse sentido, um recorte seria absolutamente imprescindível. Não para esquecermos de todas as engrenagens desse sistema, como se uma queda de um homem num precipício fosse única e exclusivamente causada pelo tropeço, na feliz metáfora de Marc Bloch sobre o tema. Não. Assim como houve inúmeros fatores para que o acidente acontecesse, como a gravidade, um relevo acidentado resultado de longas vicissitudes geológicas, o traçado de um caminho destinado a ligar uma

²¹ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.100-101.

²² Tradução livre do original: "*Whenever news is received of a landing of Africans, the juizes de paz shall...create a general alarm, carrying out investigations to the north when the landing is to the south, and vice-versa*" (*Ibid.*, p.100).

²³ PIRES, Maria de Fátima Novaes. **O crime na cor: escravos e forros no alto sertão da Bahia (1830-1888)**. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2003. p.185.

aldeia a suas pastagens de verão etc.²⁴, um recorte do sistema penal imperial não poderia deixar de lado um quadro geral do sistema penal do séc. XIX. Ainda que insuficientemente esboçado. Ainda que sem todas as tintas que a realidade vivida àquela época portaria.

Mas qual base documental aprofundar? Que parcela específica do sistema penal imperial focar? Quando nos deparávamos com a angústia de responder a essas questões, e debatíamos com nosso orientador que talvez fosse interessante nos interrogarmos acerca do que acontecia no órgão de cúpula daquela sistema penal, ele sutilmente nos sugere que não seria má ideia que o autor de um livro sobre o trâmite dos recursos criminais contemporâneos no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça²⁵ estudasse a criminalização do império a partir da mesma perspectiva, qual seja: a jurisdição criminal do Supremo Tribunal de Justiça do império. Chegávamos então à primeira definição de nosso objeto de estudo: o que estudaríamos naquele período investigado.

II

Se a "história" do recorte do objeto sofreu as vicissitudes acima indicadas, a mesma variabilidade não se refletiu na postura metodológica com a qual partimos no início da empreitada que ora se apresenta. Pensávamos naquele momento, o que agora ainda continua a nos guiar: uma história da criminalização no século XIX, especialmente se o objeto a ser enfrentado é a jurisprudência penal e processual penal da Corte Suprema, precisa ir além dos textos legais, ultrapassar uma concepção meramente dogmática reduzida à história legislativa – como se fossem entidades separadas do resto da prática social –, mas sem que isso signifique o abandono dessas condicionantes formais.²⁶ Simplesmente inverter a postura, fazendo com que a história de um determinado fenômeno jurídico seja reduzida ao reflexo da história

²⁴ BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.155.

²⁵ ROCHA JÚNIOR. Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Recurso especial e extraordinário criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁶ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português, Curitiba: Juruá, 2009. p.31. No mesmo sentido tem-se HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p.25.

das ideias, da história socioeconômica ou da história dos eventos da política, tampouco é metodologia consistente. Se estava correto o diagnóstico realizado por Michel Foucault, segundo o qual, era missão verificar matriz comum entre história do direito penal e história das ciências humanas²⁷, tínhamos, como ainda temos, que um passo adiante possa ser dado.

O que se propõe é a realização de uma história, tanto quanto possível, que dê conta da complexidade do fenômeno jurídico e que, de tal forma, dialogue com as análises sociais, políticas e institucionais da época estudada; mas, que não olvide sua especificidade, a de ser uma história que não reduza os fenômenos político-institucionais a um espelho das condições socioeconômicas e também a de adotar um conceito alargado de poder que inclua no sistema político fenômenos que não pertencem ao universo jurídico-estatal, e assim, realce sua autonomia (como caráter autorreferencial) e que contemple ao lado do poder oficial, os poderes informais periféricos.²⁸

Trata-se, enfim, de desenvolver referencial metodológico para captar a historicidade de um fenômeno que, a despeito de sua natureza simbólica, tem um inegável caráter constitutivo para a realidade²⁹, forjado justamente em características que o peculiarizam, como o fato de que as leis não são aplicadas em sua integralidade³⁰, ou que não se pode entender o direito penal como único meio pelo qual uma sociedade disciplina condutas desviantes. Esses dois exemplos são suficientemente eloquentes para demonstrarmos a necessidade de uma interlocução entre os aspectos formais do direito, constituídos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, e os fundamentos materiais em que esse direito será aplicado, até para que possamos

²⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1994. p.26.

²⁸ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p.23-25.

²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil**: formação do Estado e da Nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.195. Destacando o papel simbólico do direito, especificamente na circunstância de ter conseqüências práticas distintas do programa criminalizador veja-se HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.418.

³⁰ HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no antigo regime. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.289-290, quando assevera que as leis nunca são pontualmente aplicadas.

perceber que o programa criminalizador será seletivo e está longe de ser o único instrumento de disciplina social, o que restaria invisível em uma concepção unicamente formal, ou exclusivamente material.

Dessa forma, é de se utilizar como marco teórico as contribuições específicas de várias vozes da história do direito, que a concebem como instrumento de consciência crítica mediante a qual se descobre a complexidade daquilo que pode parece simples, e por meio do que se "[...] relativiza as certezas por demais absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns aceitos sem uma adequada verificação cultural", como propõe Paolo Grossi.³¹ Mais especificamente como aduzem Arno e Maria José Wehling, trata-se de relacionar o direito e a história em bases mais sociais, nas efetivas relações de poder e mentais-coletivas do que na análise meramente legal e formal.³² Dessa maneira também tínhamos outro elemento fundamental para a empreitada que se apresentava: a forma como estudaríamos aquele período investigado.

III

Estabelecido o recorte em um objeto específico do sistema penal imperial, qual seja, a jurisprudência criminal do Supremo Tribunal de Justiça, e uma aproximação à proposta metodológica – sem embargo de todas as demais considerações metodológicas a que nos referiremos no bojo dos objetivos específicos de cada capítulo – uma última discussão ainda foi enfrentada nessa "história". Qual seria a periodização adotada?

Os recortes temporais que foram sendo realizados, também merecem nossa consideração nesse momento. Em primeiro lugar, considerando que o império nasce em 1822, mas que o Supremo só é criado em 1828, e que tanto o código criminal quanto o código de processo criminal só são criados em 1830 e 1832, respectivamente, a primeira década havia sido desde logo descartada: pretendíamos analisar os

³¹ GROSSI, Paolo. **Mitologia jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p.15.

³² WEHLING, Arno e Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.4. Nesse mesmo sentido, é de se ouvir a contribuição de Keith Jenkins quando afirma que não há como não se associar a história aos mecanismos sociais, políticos, institucionais, em suma, ao poder então vivenciado por aquela sociedade (JENKINS, Keith. **A história repensada**. Tradução de Mario Vilela. 3.ed. 1.^a reimpressão. São Paulo: Contexto, 2007. p.90).

impactos jurisprudenciais que as novas legislações trariam ao sistema penal, e não os rescaldos do sistema penal antigo, ainda fundado no Livro V das Ordenações, justamente para sopesarmos os enfrentamentos entre o discursos liberal e as permanências do sistema antigo.

Um segundo recorte temporal foi imposto pelas reformas do regresso conservador, que serão melhor pormenorizadas na subseção 3.2.3 do terceiro capítulo. É que após uma "década liberal", como se convencionou denominar o período regencial entre a queda de D. Pedro I e a ascensão ao trono de D. Pedro II mediante o golpe da maioria, as circunstâncias sociais, políticas, institucionais e jurídicas, como se poderá verificar na subseção 3.2.2. do capítulo 3, fizeram com que houvesse profundas reformas na legislação criminal do império consubstanciadas pela Lei de 03 de dezembro de 1841. Verificando-se que, salvo mudanças em legislações esparsas, o sistema centralizado que se origina dessas alterações legislativas será o que perdurará durante o império³³, fazendo com que a descentralização da primeira década de nossa criminalização não passasse de uma "experiência liberal". De tal sorte, esse foi eleito como sendo nosso marco temporal inicial: as decisões que foram proferidas pelo Supremo Tribunal após as reformas que trazem um determinado grau de estabilidade ao sistema penal formal.

Quanto ao termo final, tínhamos inicialmente a ideia de prolongarmos a pesquisa até o final do império, ou até mesmo a até dois anos depois dele, somente quando o Supremo Tribunal do Império é substituído pelo Supremo Tribunal Federal.³⁴ Não obstante, a análise dos impactos de outra profunda reforma, dessa feita em 1871, fez com que nos fosse imposta uma tripartição da história da criminalização imperial: o período liberal, que se estende de 1822 a 1841; a centralização judicial que vai de 1841 a 1871; e o fortalecimento do poder policial em detrimento do controle judicial, a partir da reforma de 1871, que dentre outras modificações, cria o

³³ Como sustenta José Reinaldo de Lima Lopes, o período a partir de 1840 é "marcado pela estabilização das instituições. Embora surjam dúvidas frequentes, o papel autônomo da Justiça e certa independência do Supremo já se podem notar. O marco de 1841 é particularmente significativo: a reforma do Código de Processo aprovada naquele ano é uma reforma da organização judiciária que de certa forma se mantém até 1871 (LOPES, José Reinaldo de Lima. Introdução. In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.14).

³⁴ A instalação do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 28 de fevereiro de 1891, conforme estabelecido no Decreto n.º 1, de 26 de fevereiro daquele mesmo ano.

instituto do inquérito policial. Como nos explica Garcia Neto, tal reforma representava uma disputa entre, de um lado, juízes de direito, juízes municipais, juízes de paz e promotores públicos e de outro os chefes, delegados e subdelegados de polícia. O debate representava o reforço da "presença do juiz de direito como elemento que deveria assegurar as garantias dos cidadãos e os atores policiais como um fator que diminuiria tais garantias"³⁵. De fato, "Com o inquérito policial", afirma Koerner, "a reforma de 1871 separou a justiça da polícia, sem estabelecer uma relação de controle efetivo da primeira sobre a segunda. [...] na prática, resultou no afastamento do controle judicial efetivo da legalidade dos procedimentos policiais"³⁶.

De fato, a repressão velada da reforma de 1871 para o enfrentamento da migração interna, do maior número de libertos e dos imigrantes que começavam a chegar³⁷, instaura um novo paradigma jurídico-criminal, que faz com que a continuidade do trabalho para além desse marco temporal aumentasse por demais o foco da pesquisa, razão por que foi eleito como o final do período analisado.

É de se asseverar que o recorte temporal aqui empreendido, cujo itinerário foi sendo trilhado com o avanço de nossas pesquisas, também foi arduamente se impondo às nossas anteriores convicções. É que, também nesse caso, o ponto do qual originalmente havíamos partido, trazia-nos perspectivas que foram sendo desautorizadas pelos fatos. No fundamento disso, novamente as críticas ao positivismo histórico³⁸ que reduz a história do sistema penal à história das legislações.

A consequência, dessa feita, foi fazer com que um de seus corolários, a simplificação da história numa linearidade harmônica e lógica, que a reduz à narrativa de uma sucessão de leis, e que para atingir tais predicados de perfeição

³⁵ GARCIA NETO, Paulo Macedo. O judiciário no crepúsculo do império (1871-1889). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.110.

³⁶ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.101.

³⁷ *Ibid.*, p.79.

³⁸ Para um quadro específico da importância do positivismo na construção do direito penal brasileiro, veja-se FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

exclui todas as possibilidades históricas que não se adéquam a leitura realizada³⁹, também foi por nós utilizada como problematização. De fato, abraçados à Marc Bloch, então concebíamos que compreender a divisão da história do poder punitivo exatamente segundo os contornos da cronologia das respectivas leis seria tão arbitrário quanto dividir a história geral em séculos⁴⁰, o que inclusive poderia se constatar, para ficarmos num exemplo, na tetralogia de Eric Hobsbawm, segundo a qual teríamos uma era das revoluções entre 1789 e 1848⁴¹, uma era do capital entre 1848 e 1875⁴², uma era dos impérios no período compreendido entre 1875-1914⁴³ e uma era dos extremos, que se inicia com o alvorecer da Primeira Guerra Mundial e se estende até os dias de hoje⁴⁴.

O fato é que desde aquela mirada, imaginávamos que qualquer periodização poderia ser empreendida, exceto a que ora se apresenta, ou seja, dividida de acordo com as leis criminais que foram temporalmente se sucedendo. Se nosso objetivo com tal perspectiva era o de evitar uma linearidade cuja lógica não seria explicitada, na qual a "riqueza e a inesgotabilidade do real são reduzidas a uma lógica aleatória, que acaba ficando presa a interesses que nunca são postos a nu pela sua própria metodologia"⁴⁵, o resultado pode também ser distinto: propor uma história da criminalização que não apresentará uma lógica que lhe seja imanente, ou seja, deixar de demonstrar uma sucessão de racionalidades e lógicas jurídicas, para estabelecer marcos temporais em eventos políticos ou sociais, que podem representar

³⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p.60-61.

⁴⁰ BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.149.

⁴¹ HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 10.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

⁴² HOBBSAWM, Eric. **A era do capital: 1848-1875**. Tradução de Luciano Costa Neto. 5.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

⁴³ HOBBSAWM, Eric. **A era dos impérios: 1875-1914**. Tradução de Sieni Mara Campos e Yolanda Steel d Toledo. 5.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

⁴⁴ HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁴⁵ FONSECA, *op. cit.*, p.61.

quebras de paradigmas em seus respectivos campos, mas que podem não se ver refletidos no campo jurídico como quebras de paradigmas também.

Se é certo que não se pode discordar de Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista quando criticam a perspectiva da história das legislações criminais ser simplificada numa linearidade, que centraria sua atenção nas características das sanções penais⁴⁶, e na qual o analista histórico, em geral, se posiciona "[...] na cúspide de uma evolução"⁴⁷, não menos certo é que todos esses cuidados com os recortes temporais podem ao fim e ao cabo chegar à conclusão que, tudo sopesado, é a cronologia legal que deve pautar a periodização que se propõe na pesquisa. É o que também assevera Bloch, quando admoesta que devemos solicitar aos próprios fenômenos estudados seus próprios períodos⁴⁸, que até podem corresponder à cronologia legal. A síntese de mais essa "história" dentro desta pesquisa é a de que nesse ponto empreendemos "uma volta de 360°" como traz o anedotário de nosso país: partimos da periodização legal para criticá-la. No entanto, ao perceber as repercussões efetivas de cada uma das leis, fomos levados a perceber que a sucessão então criticada realmente estabelecia uma divisão da história do programa criminalizador do império. Dessa feita, a ela – periodização legal – voltamos. E assim, tínhamos a definição de qual seria o período de pesquisa do objeto já anteriormente definido: analisaríamos a jurisprudência criminal do Supremo Tribunal de Justiça entre os anos de 1841 a 1871.

IV

A conjunção desses diversos fatores, recapitulando-os todos, nos quais se entrelaçam a perspectiva da efetividade das normas criminais, a metodologia empreendida e o recorte temporal realizado no objeto da presente tese, poderá ser

⁴⁶ A linearidade da história do direito penal se daria no seguinte sentido para os autores: "Penas ilimitadas (vingança privada), penas limitadas (vingança pública), penas mais restritas (humanização) e penas racionais ou da etapa atual, chamada por uns de científica, por outros de técnica e por outros tantos de dogmática [...]" (ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.383).

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.150.

detalhadamente vislumbrado nos quatro capítulos que seguem. No limiar de cada um, uma verticalização mais pormenorizada será realizada, no entanto, desde logo é de se referir ao fato de que no primeiro deles abordaremos o discurso liberal no nascente império brasileiro. Como surge na Europa e especificamente em Portugal, como é recepcionado no Brasil, e quais feições assume por essas bandas.

No segundo, procuraremos analisar a tração inversa da criminalização daquele período, qual seja, o clientelismo. Verificaremos como pode se constituir, a exemplo do que também ocorre com o liberalismo, em um instrumento analítico da sociedade brasileira, e como esteve presente nos órgãos administrativos e judiciais brasileiros desde a colônia. A análise se encerra com a indiscutível presença desse marco da sociabilidade brasileira no império.

Estabelecidos os dois elementos que nortearão a dicotomia mediante a qual se pode compreender a criminalização brasileira no império, empreenderemos no terceiro capítulo debate sobre um determinado recorte do sistema penal brasileiro. Para tanto, em primeiro lugar, procuraremos demonstrar como a noção de sistema penal pode ser utilizada, ainda que contemporânea seja, para analisarmos aquele programa criminalizador. Num segundo momento faremos tanto a análise das leis criminais quanto das suas respectivas aplicabilidades, o que inclusive redundará em crises que suscitem novas leis, como as que já nos referimos da década de 1840 - cuja efetividade também será ali analisada. Uma terceira parte desse capítulo se destinará a uma análise da regulamentação legal e constitucional do Supremo Tribunal de Justiça imperial, bem como dos recursos de revista, o objeto específico de nossa análise. É esse capítulo finalizado com uma apreciação acerca das fontes pesquisadas, quais sejam, os acórdãos criminais oriundos de julgamentos criminais da Corte Suprema entre os anos de 1841 e 1871.

Por fim, no quarto e derradeiro capítulo faremos a análise dos critérios por meio dos quais o Supremo Tribunal estaria apto a admitir recursos de revista criminais à época, quais sejam, a "injustiça notória" e a "nulidade manifesta". Numa primeira aproximação ao tema, procuraremos dar os contornos que ambos deveriam receber, para, na sequência, verificarmos como, em termos práticos, o STJ dava-lhes hermenêutica. Após a análise dos precedentes judiciais indicados, na última parte do capítulo realizaremos um balanço que procurará demonstrar como, apesar de possuímos um poder judicial deveras clientelista à época, contávamos com um Supremo Tribunal liberal, e como, ao contrário do que pode parecer num primeiro

momento, antes de se constituírem em fatores antagônicos, cuja supremacia de um representaria a derrocada do outro, liberalismo e clientelismo ajudaram-se mutuamente, e com a preponderância daquele na cúpula do judiciário e deste em sua base, fundaram a base da história da criminalização brasileira no século XIX e mais especificamente, de sua modernização.

CAPÍTULO 1

LIBERALISMO NO IMPÉRIO BRASILEIRO

A estratégia utilizada pela Igreja Católica para difundir seus santos na colônia brasileira pode constituir-se em eloquente antecedente de nossa tradição de importação de ideias estrangeiras, para sua posterior deformação e conformação às condições do nosso meio. Como explica Sérgio Buarque de Holanda⁴⁹, cooptaram-se as lendas indígenas que já existiam, para travestir as crenças e tradições aqui já existentes nas vestes dos santos católicos. Inclusive, ressalta o autor, esse é mecanismo que nos possibilita explicar a confusão entre o candomblé e o catolicismo em torno dos mesmos santos.⁵⁰

Tal âmbito de moldagem e de adaptação do ideário estrangeiro é perspectiva fundamental para entendermos não só a história brasileira, mas muitas de nossas matrizes constitutivas que se fazem presente até hoje. É o que também vai ocorrer com o objeto deste primeiro capítulo: como se corporificarão os discursos liberais de modernização jurídica no início do séc. XIX, encarnados nos valores primordiais da legalidade e da estabilidade institucional, quando submetidos às condições então existentes no Brasil?

Não foram poucos os autores que, a partir de outros objetos e objetivos é certo, problematizaram essa temática. É o que se verifica com Maria Odila Leite da Silva Dias, que se referindo à questão assentou que "[...] o liberalismo não surgiu como programa modernizador das forças sociais, mas veiculado por uma minoria ilustrada e culta, com missão paternalista de modernizar e reformar o arcabouço político e administrativo do país sem comprometer a continuidade social e econômica da sociedade colonial, respondendo mais a pressão externa do que interna"⁵¹. E ainda

⁴⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Visão do paraíso**: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000. p.156.

⁵⁰ *Id.*. No mesmo sentido: LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**: a época e o homem. São Paulo/Rio/Recife/Porto-Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939. p.163, quando afirma que no Brasil "As formalidades do culto oficial mal dissimulavam que o brasileiro era crente, porém a seu modo, ao modo do meio, em que se operava intenso sincretismo religioso".

⁵¹ DIAS, Maria Odila Leite da Silva. **A interiorização da metrópole e outros estudos**. São Paulo: Alameda, 2005. p.128.

com Emília Viotti da Costa, que sustenta que as origens do liberalismo no Brasil residiriam em categorias rurais e sua clientela, que ansiavam manter as estruturas tradicionais de produção e se libertar do jugo de Portugal. De tal sorte, tiveram que lidar com essa contradição: liberalismo, de um lado, e escravidão e patronagem, de outro.⁵²

Nesse sentido, para verticalizarmos a discussão e verificarmos como o liberalismo foi por nossa sociedade implementado, e, tendo sido, quais foram suas feições, há que se perquirir os antecedentes dessa história (quais foram as fontes que nossos fundadores utilizaram para formatar um sistema jurídico penal supostamente liberal), e qual, dentre as inúmeras concepções de liberalismo, acabou sendo a adotada. Por fim, quais razões filosófico-político-pragmáticas redundaram na formatação adotada. Esses serão os objetos específicos de cada uma das seções que compõem este capítulo.

Do itinerário proposto, percebe-se que não trataremos do liberalismo brasileiro no século XIX, como já advertido acima, em tom comemorativo, ou menosprezando os efeitos concretos do reformismo liberalizante. A complexidade do tema, especialmente no âmbito das ciências criminais, impõe que, para além de uma visão anacrônica que vislumbra as leis do século XIX e saúda nosso liberalismo jurídico, ou de uma visão cética, que não enxerga qualquer conexão entre o discurso liberal e a realidade, procedamos a uma análise distinta.

Nossa proposta é a de analisar tanto a forma como o liberalismo foi formatado no Brasil no âmbito discursivo quanto as práticas sociais oriundas desse discurso. Acreditamos que há uma especificidade histórico-jurídica nesse tênue liame entre o discurso jurídico-político brasileiro, adaptador do liberalismo, e as práticas sociais, que se não adotaram – por muitas vezes – os pressupostos liberais, tampouco ficaram infensos a eles. Assim, nossa investigação deve levar em consideração também as práticas jurídicas que, se não podiam rasgar os pressupostos liberais que

⁵² COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.136.

lhas legitimavam, tampouco poderiam deixar de ser tracionadas pelo clientelismo e pelo autoritarismo que caracterizavam aquela época.⁵³

Como sintetiza Sérgio Buarque de Holanda, com a Independência, não só o Brasil, mas as nações íbero-americanas de uma forma geral cuidaram em adotar os "princípios que se achavam na ordem do dia. As palavras mágicas Liberdade, Igualdade e Fraternidade sofreram a interpretação que pareceu ajustar-se melhor aos nossos velhos padrões patriarcais e coloniais"⁵⁴. Ainda que também sustente o autor no trecho citado que "[...] as mudanças que inspiraram foram antes de aparato do que de substâncias", viés com o qual não podemos concordar integralmente, fato é que devemos realizar a análise dessa conflituosa, mas original coabitação entre os discursos (modernizantes e liberais) e as práticas (patriarcais, autoritárias, conservadoras) que estabeleceram os moldes do nosso direito.

Porém, cuidados metodológicos são absolutamente indispensáveis nessa empreitada, dentre os quais o de evitarmos o anacronismo de enxergar no passado elementos que são típicos do presente, e que àquela época inexistiam. Resvalar nesse tipo de equívoco redundaria na reconstrução de um passado que se dá pelas inconscientes mãos do presente, com o que se tem uma projeção, num passado afastado, dos usos e das práticas do direito contemporâneo, de forma a transportar problemas e soluções do direito presente a um passado em que deles sequer se cogitava, como afirmam Paolo Grossi⁵⁵ e Rafael Mafei Rabelo Queiroz⁵⁶.

⁵³ Nesse último sentido, ou seja, contextualizando a recepção do liberalismo no Brasil às práticas sociais então vigentes, têm-se as contribuições de Emília Viotti da Costa, para quem, entre o arcabouço jurídico liberal e prática havia enorme distância: "Constituição falava da igualdade de todos perante a lei, bem como a garantia a liberdade individual enquanto muitos eram escravos; Constituição garantia propriedade, exceto dos que não eram grandes proprietários; Constituição garantia liberdade de expressão, cujo preço foi em muitas vezes a vida; independência da justiça eram os juízes controlados por grandes proprietários; abolição da tortura eram negros nos troncos; livre acesso aos cargos públicos era o compadrio, e clientela" (COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.61).

⁵⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.179.

⁵⁵ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.08.

⁵⁶ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A modernização do direito penal brasileiro**: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.25.

No tema que ora analisamos, ter-se-ia a tendência de procurarmos enxergar nas normas criminais imperiais, por exemplo, a firme proteção de direitos individuais, pauta extremamente importante na contemporaneidade, mas que não era tão relevante naquele tempo histórico – não pelo menos a ponto de caracterizar a essência do direito penal de então, como se poderá constatar na subseção 4.5.2. do capítulo 4. Como afirma Ricardo Fonseca, "Sendo os fatos o insumo básico desta historiografia, e sendo colocada de lado a questão da subjetividade [...] a história positivista tende a distanciar-se da dinâmica histórica efetiva, procedendo a um conhecimento presentista ou retrospectivo"⁵⁷.

A essa projeção das categorias atuais no passado, soma-se o descaso para com o fato de que, como afirma Marc Bloch, "[...] os homens não tem o hábito, a cada vez que mudam de costumes, de mudar de vocabulário"⁵⁸. Ou seja, muitas vezes, pode-se não atentar que o vocábulo de outrora, supostamente, uma matriz de determinado instituto jurídico do presente, não obstante com a mesma grafia do elemento jurídico atual, são coisas completamente distintas. Quem nos garante que nossa concepção acerca de liberalismo, já prenhe de contradições e significados, é a mesma que se utilizava há quase duzentos anos, quando se aplicava o direito penal imperial?

Dá-se, na expressão do mesmo autor, o anacronismo "[...] entre todos os pecados, ao olhar de uma ciência do tempo, o mais imperdoável"⁵⁹. É que uma nomenclatura imposta ao passado redundava sempre numa deformação⁶⁰ do próprio passado que se pretende ler com a referida categoria. E como o historiador positivista se considera neutro, e mais, como não precisa justificar suas escolhas, por serem elas "naturais", "ele estende, restringe, deforma despoticamente as significações, sem advertir o leitor, sem nem sempre ele próprio se dar conta"⁶¹.

⁵⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p.60.

⁵⁸ BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.59.

⁵⁹ *Ibid.*, p.144.

⁶⁰ *Ibid.*, p.145.

⁶¹ *Ibid.*, p.146.

Esse é exatamente o ponto que se debate neste tópico: qual é o conceito de liberalismo a que se está se referindo para se indagar se o sistema penal do séc. XIX, especialmente a jurisdição criminal realizada pelo Supremo Tribunal de Justiça, era ou não liberal? Não podemos enfrentar a questão, adotando um inocente conceito "neutro" de liberalismo, sob pena de se recair nos inconvenientes acima destacados: projeção no séc. XIX do conceito de liberalismo que atualmente possuímos, e transporte para o séc. XIX de debates que circundam o liberalismo contemporâneo, mas que não circundavam o liberalismo que acabava de superar teoricamente o antigo regime. Como aponta Lucia Maria Paschoal Guimarães, a abstração do conceito faz com que tenhamos que verificar na prática política os limites e as possibilidades de apropriação do credo liberal em nossa terra.⁶² Poderia alguém indagar diante desse trabalho: de que liberalismo, afinal, se está falando?

Se o historiador se movimenta a partir do seu presente, trabalha ativando as categorias linguísticas e conceituais que lhe são ofertadas pela cultura, a linguagem do seu presente, porém, não é o objeto de sua pesquisa, mas é somente seu instrumento: seu objeto é a linguagem do passado.⁶³ E, nesse sentido, é fundamental resgatarmos a concepção de liberalismo então vigente, para que possamos avaliar em bases mais apropriadas se podemos apontar como sendo liberal o sistema de criminalização então vigente. Não a partir da nossa contemporânea concepção de liberalismo, viés pelo qual nenhum sistema penal do séc. XIX poderia assim ser definido, mas sim da concepção de liberalismo típica do séc. XIX, momento em que se acompanhará a recepção do conceito em nosso país, sua formatação ao nosso substrato político e social, bem como o produto que redundou nessa sofisticada operação. Essa é a vereda que se pretende reconstruir nos tópicos abaixo.

Para tanto, pretendemos nos apropriar de perspectiva metodológica já utilizada por Pietro Costa para sua análise do "Estado de Direito", na qual o autor secciona o tema em diferentes tempos. Inicialmente uma pré-história, debate no qual "os contextos e os tempos, nos quais, embora ainda faltasse o 'nome', já existia a

⁶² GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal. Liberalismo moderado: postulados ideológicos e práticas políticas no período regencial (1831-1837). In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.). **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática**. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.102-103.

⁶³ COSTA, Pietro. **O conhecimento do passado: dilema e instrumentos da historiografia**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007. p.14.

'coisa', ou seja, são reconhecíveis os traços de uma posição que encontrará no Estado de Direito a sua explícita formulação"⁶⁴. Logo em seguida, uma *história*, que terá início no momento em que passa a existir a expressão.⁶⁵ Não há como se debruçar sobre do liberalismo brasileiro no séc. XIX, ignorando suas matrizes históricas e os elementos que traçaram as determinantes de sua existência em nossa história. É o que se realiza no tópico abaixo.

1.1 A PRÉ-HISTÓRIA: O LIBERALISMO CONTRA O ANTIGO REGIME

1.1.1 Liberalismo nas reformas iluministas do séc. XVIII

Temos que não seria equivocado apontar como inapropriadamente maniqueístas as conclusões de que o mundo ibérico teria passado incólume aos impactos da Reforma e do iluminismo libertário, visto lá vigorar a "natural e divina" separação dos homens por suas distintas limitações, que redundavam numa variada ordem de hierarquias impostas pela Igreja Católica⁶⁶. As tradições que ancoravam as concepções portuguesas à época tiveram seu peso, mas é de se optar por uma visão mais temperada do fenômeno. Seria lícito se afirmar que a introjeção de seus respectivos valores encontrou grande dificuldade em Portugal, enraizado na certeza eterna da religião, da catequese, e de um humanismo anacrônico que deixou a elite lusa aferrada ao formalismo do gramaticismo e da retórica.⁶⁷ Porém, essa dificuldade, não chegou

⁶⁴ COSTA, Pietro. Estado de direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **Estado de direito: teoria, história, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.98-99.

⁶⁵ *Ibid.*, p.98.

⁶⁶ MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil**. Maringá: EDUEM, 1994. p.125.

⁶⁷ MOTA, Carlos Guilherme. Parte I: do império luso-brasileiro ao império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.23. No mesmo sentido, tem-se: NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.) **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática**. Rio de Janeiro: Revan, UERJ,

a ponto de eliminar os avanços iluministas como se jamais tivesse ocorrido o fenômeno em Portugal.

Isso fez com que o processo fosse retardado, mas não deixasse de haver, na segunda metade do séc. XVIII, o advento de ideias racionalistas, como a lei como fonte primordial do direito⁶⁸ e as pretensões da Coroa de constituir-se em centro único do poder, para esvaziar tanto a periferização dos poderes quanto a existência de privilégios.⁶⁹ É o que também expõem Arno e Maria José Wehling, quando falam que a justiça colonial era vista como inteiramente defasada. Imputava-se a ela deficiência estrutural, corrupção, distância entre o soberano e as autoridades subalternas, morosidade, insuficiência e alto custo, além de nela brotejar a impunidade. Em suma, rejeitava-se o Antigo Regime, abrindo-se espaço para os novos emblemas da razão: "o constitucionalismo, o liberalismo e a racionalidade administrativa"⁷⁰. E nesse sentido, asseveram, "o direito penal sofreu os efeitos do caráter transitivo da segunda metade do século XVIII. Dupla transição: a da monarquia tradicional para a monarquia centralizada do 'despotismo esclarecido' e a da cultura católica aristotélica-tomista ou do protestantismo para a cultura da ilustração"⁷¹.

Seria ainda mais equivocado afirmar que não houve impacto algum, especialmente se o foco de análise, como a ora empreendida, diz respeito ao âmbito da punição. É que na esteira de Hespanha, vê-se a substituição do papel quase

2001. p.74, quando afirma que "[...] os tradicionais valores sociais e políticos do antigo regime, ainda em vigor na maioria das monarquias européias, especialmente no mundo ibérico, passavam a ser contestados". Como explica António Manuel Hespanha, à época, ainda vigia em Portugal um equilíbrio de sistemas entre o medieval e o moderno, com a resistência do patriarcalismo e senhorialismo (HESPANHA, António Manuel. **As vésperas do Leviathan**: instituições e poder político em Portugal – séc. XVII. Coimbra: Livraria Almedina, 1994). No mesmo sentido, a partir de outros referenciais, tem-se ainda: HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Livraria Almedina, 2004 e HESPANHA, António Manuel. **A política perdida**: ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010.

⁶⁸ HESPANHA, António Manuel. **As vésperas do Leviathan...**, *op. cit.* No mesmo sentido: HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.133.

⁶⁹ *Ibid.*, p.136-137.

⁷⁰ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.115-117.

⁷¹ *Ibid.*, p.545.

exclusivamente simbólico do sistema penal pelo desempenho de um papel normativo prático. A lógica que então se imprimiu de controle de comportamento e instituição de uma ordem, cuja violação redundaria em castigo, orientou a que a racionalização e efetividade também tivessem que ser buscadas no desempenho do direito penal.⁷²

Um dos signos dessa mudança é o aumento da frequência da aplicação da pena de morte, especialmente quando em consonância aos objetivos políticos de mostrar que a ordem estava sendo mantida pela Coroa, e ainda para se evitar a perda de legitimidade com a ineficácia do aparelho judicial, em processo que trouxe em seu bojo o aumento da eficácia da máquina da justiça.⁷³ Não seria demais citar, nesse aspecto, o fato de que, a partir do séc. XVIII, começaram a surgir críticas dirigidas aos privilégios de jurisdição pela existência de foros especiais para certas causas, "em contradição com um novo princípio estruturante do discurso sobre o poder, o da unidade deste e da nivelção política da sociedade"⁷⁴. A criação da Intendência-Geral de Polícia em 1760 também é reflexo de um período em que se passa a compreender que a sociedade não mais reflete uma ordem natural. Ao contrário, ela deve ser organizada, e caberia ao Estado esse papel de controlador da sociedade⁷⁵, utilizando para tanto diversos aparatos, entre os quais, a força policial.

⁷² HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no antigo regime. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.321.

⁷³ *Ibid.*, p.322. Ainda que não seja objeto a ser verticalizado no ponto, nunca é demais ouvir as arguições de Massimo Pavarini e Nils Christie que são dirigidas às estatísticas criminais, especialmente quando se fala de maior ou menor eficácia, visto que sustentam que não haveria metodologia para medi-la, tendo em conta a cifra oculta, a seletividade, os diferentes padrões de reprovabilidade de uma conduta que nunca são espelho fiel do que uma sociedade tem como crime, dentre inúmeros outros fatores. Dentre outras obras, é de se referir no ponto a CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011 e PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.293-312.

⁷⁴ HESPANHA, António Manuel. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.402-403. No ponto, cita o autor que, mesmo antes do advento do constitucionalismo, que nas Bases da Constituição reivindicará o fim do foro privilegiado, Melo Freire já criticava o sistema.

⁷⁵ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006. p.71. Ainda que explicitamente, e às fls. 77 da mesma obra sustenta a autora que "No entanto, partir desse aspecto para considerar que a Intendência foi criada no Brasil sob a égide da ideologia liberal nos parece ser um grande equívoco", pois teria reproduzido uma estrutura tradicional, quer nos parecer que seja lícito sustentar o contrário, sob pena de não podermos

A complexidade desse ambiente se fez sentir nas reformas ilustradas em Portugal do século XVIII, cujo bojo trazia a noção de que a administração deveria ser transformada num instrumento racional e adequado⁷⁶, num primeiro lampejo de renovação do aparato jurídico, político e educacional⁷⁷, visando submeter direito e juristas a um controle mais estrito da Coroa, à época, ainda muito dispersos pela abertura do direito comum europeu.⁷⁸

Dentre essas mudanças, pode-se afirmar que a mais importante das reformas, que abriu espaço para que todas as demais pudessem ser implementadas, foi a instituição da Lei da Boa Razão de 1769, que pretendeu dar nova arquitetura para o direito português, ao tentar reduzir o domínio de aplicação do costume, do direito romano e do direito comum (a opinião "comum dos doutores") ao mesmo tempo em que limita a força vinculativa dos precedentes judiciais aos assentos da Casa da Suplicação.⁷⁹ Em outras palavras, sua estratégia era desvalorizar os costumes, a jurisprudência e a doutrina, em face da lei.⁸⁰

apontar o surgimento de qualquer instituição, norma ou estrutura sob os auspícios d liberalismo, o que seria equivocados, vez que seria impossível apontar uma única que não apresentasse em seu bojo, e principalmente em sua efetividade prática, rastros de continuidade que remontariam ao tradicionalismo do antigo regime. No mesmo sentido: HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no antigo regime. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.322.

⁷⁶ SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009. p.59.

⁷⁷ MOTA, Carlos Guilherme. Parte I: do império luso-brasileiro ao império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.25.

⁷⁸ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.139-140. No mesmo sentido, WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.451, quando aborda a circunstância de que as reformas pombalinas tiveram três grandes campos de incidência: a economia, a estrutura do Estado e a cultura.

⁷⁹ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. No mesmo sentido: HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**, *op. cit.*, p.141.

⁸⁰ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível...**, *op. cit.*, p.32. No mesmo sentido: HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português**, Curitiba: Juruá, 2009. p.38. Também sobre o ponto afirmam Arno e Maria José Wehling, após realizarem digressão sobre os principais autores que analisam as influências da Lei da Boa Razão, que "Há, pois, consenso sobre o caráter inovador, modernizador e despótico das intenções do legislador pombalino". (WEHLING; WEHLING, *op. cit.*, p.449).

Antes mesmo dela, tivemos o alvará de 28 de junho de 1759, que procurava eliminar as controvérsias entre os docentes: a razão iluminista não mais toleraria as diferenças subjetivas de opinião. Teve-se também a lei de 25 de junho de 1760, que criou a intendência geral de polícia, que deveria vigor literalmente, não se admitindo interpretação. E, ainda, a lei de 03 de novembro de 1768, que considerou como direito expresso de Portugal somente o direito nacional e não as leis imperiais ou o direito comum.⁸¹

No mesmo diapasão tem-se a Reforma dos Estudos Jurídicos na Universidade de Coimbra de 1772, confirmando a estratégia de privilegiar o direito pátrio em detrimento da doutrina.⁸² Se essa reforma pode receber a crítica de não ter sido implementada integralmente, deve se procurar a razão em qualquer outra instância, exceto no esforço pessoal de Pombal. Ele chegou a visitar Coimbra para pessoalmente aplicar as deliberações de reforma da universidade, nomeando e expulsando professores, instalando cursos e exercendo "jurisdição privativa e ilimitada" com a qual havia sido agraciado para tais fins.⁸³ Tal esforço não foi em vão, se levarmos em consideração o conteúdo ministrado por Pascoal José de Melo Freire dos Reis⁸⁴ na cadeira de Direito Pátrio, que, além de adotar posições contratualistas e reformistas, atacava as instituições senhoriais, notadamente a tributação, o corporativismo dos oficiais públicos, a usurpação pela Igreja de poderes temporais, entre outros pontos.⁸⁵

⁸¹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.452.

⁸² HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. No mesmo sentido: HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.141.

⁸³ MOTA, Carlos Guilherme. Parte I: do império luso-brasileiro ao império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.56.

⁸⁴ Tendo vivido entre 1738 e 1798, foi um dos mais destacados jurisconsultos da época, além de ter sido professor na Universidade de Coimbra e autor de projeto de Código Penal, que serviu de base para Bernardo Pereira de Vasconcelos redigir o Código Criminal do Império de 1830. Sobre a vida de Mello Freire, veja-se MALTEZ, José Adelino. A questão do novo código. In: ALBUQUERQUE, Martim de; ALBUQUERQUE, Ruy de. **História do direito português**. Lisboa, 1983. v.2. p.130-153.

⁸⁵ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível...**, *op. cit.*, p.46. No mesmo sentido: HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português**, Curitiba: Juruá, 2009. p.45-46. Sobre um painel

Esse seria o ambiente acadêmico vivenciado em Coimbra, que, como reconhecido centro de ensino, acabou sendo responsável pela formação de grande parte dos primeiros legisladores e pensadores da estruturação jurídico-político-institucional do império brasileiro que logo após nasceria.⁸⁶ Como adiante (subseção 4.5.1. do capítulo 4) se pormenorizará, tampouco podemos desprezar o fato de que, no final do período que se constitui no objeto da presente tese, somente contávamos com dois ministros na Suprema Corte que não haviam realizado lá sua formação.

Dentre inúmeras outras, podemos ainda apontar para a reforma da organização judiciária senhorial de 1790 e 1792, preparatórias para as medidas mais globais de reorganização judiciária. Sintetizando, afirma Hespanha que "é possível reunir todas estas medidas sob uma única palavra de ordem: promoção do legalismo e limitação do arbítrio doutrinal e judiciário"⁸⁷.

Ainda que não se possa superestimar os efeitos concretos dessas mudanças formais⁸⁸, é de se referir às novas concepções de direito e processo penal que então se inauguram, como a distinção entre crime e pecado, fulcral separação para se

mais amplo das mudanças dos currículos das disciplinas ocasionados pelas reformas pombalinas, há que se fazer referência à SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009. p.60-64.

⁸⁶ *Ibid.*, p.59. No mesmo sentido: NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.) **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática**. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.77. E ainda: CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, mais especificamente o cap. 3, quando discorre sobre o papel não só educador, mas principalmente homogeneizador da Universidade de Coimbra.

⁸⁷ HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no antigo regime. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.322. Veja-se também sobre o tema HESPANHA, António Manuel. **As vésperas do Leviathan: instituições e poder político em Portugal – séc. XVII**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994 e HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

⁸⁸ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português**, Curitiba: Juruá, 2009. p.46, quando se refere ao fato de que "[...] as lições acadêmicas de José Pascoal de Melo Freire dos Reis e dos seus seguidores mantêm o quadro de fontes de direito da Lei da Boa Razão que, tendo intuitos renovadores, deixa uma grande margem de arbítrio ao julgador na seleção das fontes de direito a aplicar". No mesmo sentido tem-se um eloqüente exemplo de Arno e Maria José Wehling: "A Lei da Boa Razão e a legislação correlata tiveram caráter modernizador restringindo e submetendo o uso do direito romano, mas não o abolindo". (WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.45).

constatar um sistema penal liberal⁸⁹. Nesse caminhar, descriminalizam-se a embriaguez, a masturbação, a usura, o jogo, e a maledicência⁹⁰. E se permanece a criminalização das ofensas à religião, há que se notar que o fundamento será diverso: antes de se penalizar a "religião verdadeira", tutelava-se a ordem social da qual a religião fazia parte.⁹¹

Não obstante, compreender a lógica dessas mudanças, que não podem ser concebidas exclusivamente a partir dos arroubos liberais dos legisladores da época, faz com que também tenhamos que atentar para as estratégias específicas do poder da Coroa: não se pode descartar a hipótese de que a descriminalização do período andou de mãos dadas com o fato de que a racionalização da criminalização "evitava a dispersão dos esforços dos aparelhos de justiça na punição"⁹². Como sustenta Pietro Costa⁹³, a nova concepção da legalidade penal está atrelada a uma nova concepção da soberania estatal.

A mesma metodologia também é útil para analisarmos os fundamentos daquilo que se pode definir como a integração do direito e da lei no contexto das tecnologias de disciplina social. E, nesse sentido, percebemos que o ato de a Coroa lançar mão, ao lado do direito penal, de técnicas como melhoramento dos costumes, reforma da educação, cultivo das artes e das ciências, extirpação da mendicância, premiação das virtudes, antes de dizer respeito a um objetivo altruístico de melhoramento do povo, trata-se de mecanismos específicos de controle conscientemente promovidas pelo governo.⁹⁴

⁸⁹ Como afirma Pietro Costa, *"Il processo di secolarizzazione, ormai impetuoso nel secolo XVIII, accentua la distinzione fra foro interno e foro esterno, separa il peccato dal reato e induce a ripensare i fondamenti Del diritto di punire non meno delle sue modalità di realizzazione"*. (COSTA, Pietro. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: um campo di tensione nella modernità penale. In: SBRICCOLI, Mario (Org.). **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**. Milano: Giuffrè Editore Milano, 2007. v.36. Tomo I. p.2).

⁹⁰ HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no antigo regime. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.323.

⁹¹ *Ibid.*, p.336.

⁹² *Ibid.*, p.323.

⁹³ COSTA, *op. cit.*, p.5.

⁹⁴ HESPANHA, *op. cit.*, p.324.

Ainda que não se analisem especificamente as mudanças do sistema penal de Portugal, como é o objeto de Hespanha, e ainda que fujam aos limites de investigação da presente tese todos os desdobramentos que a utilização de seus postulados poderia oferecer, estamos autorizados a fazer rápida referência a Michel Foucault. Do amplo quadro que traça, acaba comungando traços em comum com a perspectiva ora adotada, segundo a qual não se trata de uma evolução racionalista a lógica que permeou a passagem do antigo regime para a modernidade penal. Não se trata, para o autor, de mudança quantitativa: menos crueldade, menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e humanidade. Na verdade, houve mudanças qualitativas⁹⁵: não se trata de punir, mas de procurar corrigir, reeducar, curar.⁹⁶ Nesse sentido, antes de explicar essa era de transição dentro da lógica racionalista do classicismo de humanização das penas, é de se dar maior relevo ao segundo termos dessa dupla matriz explicativa com que normalmente se depara⁹⁷: tratou-se de oportunidade de aumento de poder para os burocratas empenhados em racionalizar Estado. É o que se vê na própria redação das leis: o fato de deixarem de ser instruções técnicas e incompreensíveis dirigidas aos juízes, para se transformarem em textos dirigidos aos cidadãos, escritos em linguagem acessível⁹⁸, antes de ser defesa dos direitos dos cidadãos, insere-se na lógica da defesa dos interesses do Estado.

Muito para além dos nascentes individualismo e humanismo, que se para Koselleck foram concessão ao indivíduo de um foro interior da moral⁹⁹, com Foucault se enxerga o reverso da moeda. Define ele esse momento como a nova tecnologia do corpo: trata-se de relações de poder que o marcam, o dirigem, o supliciam, obrigam-no a cerimônias, submetem-no a sinais. Tem-se, para o autor, uma tecnologia

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1994. p.20-21.

⁹⁶ *Ibid.*, p.15.

⁹⁷ Como se vê, por exemplo, em WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.547.

⁹⁸ HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no antigo regime. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.325.

⁹⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução do original alemão de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 1999. p.38.

difusa, formulada em discursos fragmentados, descontínuos, que se constituem num poder muito mais exercido do que possuído, que não é o privilégio adquirido ou conservado pelas classes dominantes, mas o efeito conjunto de suas posições estratégicas.¹⁰⁰

Como se não bastasse o fato de as análises empírico-estratégicas do poder punitivo acima referidas nos levarem a concluir que a história comemorativa do liberalismo penal pode constituir-se em versão incompleta dos fatos, devemos nos referir a outra abordagem metodológica que pode nos levar às mesmas conclusões. Ainda que os limites impostos pela presente tese não nos permita verticalizar a discussão, Massimo Pavarini também joga luzes sobre a temática. É o que se percebe quando revisita os fatos históricos nos quais ocorreram a refundação do direito de castigar, mediante a legitimação do poder punitivo fundado em um pacto social, cujo lastro seria a legalidade penal. O autor adverte que a condição primeira para que a organização política pudesse assim se organizar seria que os excluídos da propriedade aceitassem essas regras do jogo. Antes disso, não se pode ignorar o fato de que quando a quantidade de força de trabalho expulsa do campo não mais pôde ser efetivada nas nascentes indústrias, a solução pública para os excedentes foi a eliminação pública para muitos e uma política de terror para os demais.¹⁰¹

Ainda que a análise não se encaixe perfeitamente aos parâmetros históricos brasileiros, é de se fazer alusão ao fato de que outras perspectivas também poderão nos levar à constatação da insuficiência da história comemorativa que ora se critica, e que os caminhos históricos de um direito e de um processo penal não são feitos exclusivamente da boa intenção de evoluídos legisladores, mas também, e principalmente, são marcados pelas estratégias gerais do Estado e dos detentores do poder na resolução das questões práticas que lhes vão sendo impostas.¹⁰²

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1994. p.30.

¹⁰¹ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemônico. Madrid: Siglo Veintuno editores, 1998. p.30-32.

¹⁰² Faz-se referência no ponto a Norbert Elias quando debate a ideia de que, ainda que sejam intencionais os atos individuais, o resultado social que eles produzem é involuntário (ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994), devendo nesse sentido ser entendida sua asserção de que "A história é sempre a história de uma sociedade, mas sem a menor dúvida, de uma sociedade de indivíduos" (p.45).

Assim, verticalizando-se o estereótipo do cosmopolita, reformista e antiabsolutista homem da ilustração, fundado na razão e na lógica da experimentação, da ciência e do direito¹⁰³, pode-se compreender o liberalismo de Pombal. Se em uma mão legislava normas liberais, em outra, castigava brutal e exemplarmente, inclusive ao arrepio da própria legislação portuguesa vigente. É o que fez com os supostos autores da tentativa de regicídio de 1758, quando utilizou a situação para punir aristocratas proeminentes, como os membros da família Távora, o conde de Atouguia e o duque de Aveiro.¹⁰⁴ No ano seguinte fez o mesmo com os jesuítas, contra os quais, inclusive, utilizou a inquisição¹⁰⁵. Tudo isso nos leva a concluir que a reforma das leis, dos tribunais e das instituições, se serviu para reestruturar o Estado, não garantiu aos súditos direitos individuais. Era o liberalismo, cujas vantagens eram demonstradas não pelo convencimento após debate de suas qualidades, mas pelas mãos fortes do Estado. Esse é o paradoxo que nos faz compreender que ao mesmo tempo em que diminuíram os mortos pela inquisição, em que se aboliu a distinção entre cristãos-novos e cristãos-velhos, e se extinguiram os autos de fé e a pena de morte por meio do fogo¹⁰⁶, vigorava a racionalidade de que a censura é que deveria moldar e proporcionar meios de estimular as ideias iluministas.¹⁰⁷

As contradições desse liberalismo também podem ser destacadas das novas soluções "racionalis" propostas, cuja legitimidade, paradoxalmente, continua sendo aferida pelos textos da grande tradição jurídica europeia, notadamente os textos de direito romano. Se a racionalização e a disciplina da sociedade do liberalismo pombalino trouxeram a centralização e estadualização do poder¹⁰⁸, foram ambas

¹⁰³ MOTA, Carlos Guilherme. Parte I: do império luso-brasileiro ao império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.67.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.60-61.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.61.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.64-65. No mesmo sentido: HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. 2004, p.50, e ainda HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português, Curitiba: Juruá, 2009. p.52.

¹⁰⁷ MOTA, *op. cit.*, p.65.

¹⁰⁸ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.272.

embaladas por um autoritarismo da lógica dos fins justificando os meios, do qual emanavam permanências como a sobrevivência das garantias corporativas que flexibilizam a igualdade de todos perante a lei, a Revolução sendo denominada Regeneração e o parlamento recebendo o nome de Cortes¹⁰⁹. É o que define Hespanha como sendo "[...] a combinação entre dois horizontes do sentido das palavras e das práticas: o novo horizonte intelectual e político criado pela era das revoluções dos finais do séc. XVIII e o horizonte da tradição"¹¹⁰. Como esse ambiente adentra o séc. XIX é o que passamos a debater na subseção abaixo.

1.1.2 A Revolução do Porto de 1820, as 'Bases da Constituição' de 1821 e a recepção desses movimentos no Brasil

Com efeito, os maiores impactos da maré liberal não seriam sentidos senão no séc. XIX. Nem havia começado sua segunda década, quando eclode o movimento revolucionário do Porto de 24 de agosto de 1820. É que mesmo com a restauração da paz na Europa, D. João VI permanecia no Brasil, elevado à condição de Reino Unido, o que ressentia as classes dominantes portuguesas. Isso redundou em revolução, mediante a convocação das Cortes para a elaboração de uma Constituição liberal, sem que disso tivesse notícia o rei.¹¹¹

Tratou-se, na visão de Hespanha, de um movimento militar, apoiado por um grupo de civis pertencentes à burguesia ilustrada portuense, que, na lógica do exposto acima, "fariam uma constituição que, mantendo a religião e a dinastia, remediasse os males do reino"¹¹². Opunham-se à ausência do soberano, ao marasmo econômico, às inoperantes autoridades do governo, empunhando a bandeira de uma nova ordem de coisas, que tremulava sob o sopro do liberalismo que se impunha ao antigo

¹⁰⁹ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português, Curitiba: Juruá, 2009. p.47.

¹¹⁰ *Ibid.*, p.71.

¹¹¹ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006. p.113-114.

¹¹² HESPANHA, *op. cit.*, p.67.

regime, ainda que, como afirma Lúcia Maria Bastos Neves, sob as mitigadas luzes ibéricas – para evitar os perigos de uma anarquia típicos de uma revolução.¹¹³ Tratou-se de uma oposição ao despotismo, símbolo do passado que se pretendia 'regenerar', pela via do liberalismo-constitucional, imagem do futuro que se pretendia construir.¹¹⁴

Logo após o levante de agosto de 1820, instala-se em outubro daquele ano uma Junta Provisória de Governo em Lisboa, que nomeou comissões para a reforma da administração, bem como regulou a forma das eleições – sem abandonar o sistema eleitoral indireto e por chefes de família do antigo regime¹¹⁵ – para a elaboração de um texto constitucional. Seus trabalhos foram abertos em 26 de janeiro de 1821 e passaram imediatamente a centralizar as decisões políticas, independentemente da Corte joanina que ainda permanecia no Rio de Janeiro, tendo como tarefa principal a elaboração de uma Constituição "liberal"¹¹⁶. Em março daquele ano se aprovaram as "Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa", o que, com a adesão das províncias do norte e do nordeste brasileiro, fez com que D. João VI se submetesse às Cortes e partisse imediatamente para Portugal, após certo período de indecisão e descrédito com relação ao movimento.¹¹⁷

Quando se convocaram as Cortes, vicejavam as teses liberais da soberania da nação, dos direitos dos cidadãos e dos controles políticos do governo, que assim se projetavam contra a política joanina, identificada com passado absolutista¹¹⁸. Mais do que isso, as "Bases da Constituição" terão o efeito simbólico, cuja efetividade

¹¹³ NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.) **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática**. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.76.

¹¹⁴ *Ibid.*, p.79.

¹¹⁵ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português**, Curitiba: Juruá, 2009. p.68. Como afirma o autor: "Os eleitores de segundo grau deviam ter conhecimento científicos e meios de sustento, firmeza de caráter, respeitar a religião e amar a pátria. Em suma, um sistema eleitoral que tinha muito mais de corporativo do que de democrático; pois, na verdade, quem votava eram, não os cidadãos, mas as cabeças dos corpos [...]".

¹¹⁶ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise: Rio de Janeiro (1808-1824)**. São Paulo: Hucitec, 2006. p.71-72.

¹¹⁷ HESPANHA, *op. cit.*, p.68-69. Nesse período, como relata o autor, D. João VI pretendeu abafar o movimento conforme carta enviada à Regência em 29 de outubro de 1820.

¹¹⁸ SLEMIAN, *op. cit.*, p.65.

prática acabou sendo demonstrada pelos documentos normativos que lhe sucederam, de traçar os delineamentos do liberalismo que impregnariam os sentidos das expressões que a partir de então passariam a ser empregadas.

É o que se verifica com a própria ideia de Constituição, que nas 'Bases da Constituição' aprofunda a noção de que só poderia ser formulada por representantes da nação legitimamente eleitos, e não a tradição ou qualquer outro órgão representativo.¹¹⁹ Para além da forma, seu conteúdo também seria modificado desde então. Passa a visar não somente às normas fixas da vida comunitária, mas também, e principalmente, aos direitos individuais dos cidadãos e à limitação dos poderes políticos do Estado. Acomodavam-se, assim, a garantia dos direitos com a estruturação fundamental do Estado.¹²⁰

Cabe nesse ponto ser realizada rápida verticalização em um desses aspectos, pelo papel que ineludivelmente tem ao se debater a criminalização em qualquer sistema jurídico, qual seja, a noção de direitos individuais. É que ao contrário do sistema inglês e norte-americano que os localizavam antes da lei – na ordem política ou na ordem universal – podendo contra a ordem legal ser invocados, outra concepção sobre o tema regia as 'Bases da Constituição'. Aqui, prevalecerá a ideia de que os limites de discricionariedade do Estado não eram os puros direitos naturais individuais, mas as normas positivadas, que efetivavam aquelas prerrogativas. E assim, não podendo os direitos naturais ser invocados contra o sistema legal, caberiam contra os abusos a reação política, o debate no espaço público ou a resistência e rebelião, até mesmo porque, não se previa qualquer mecanismo judicial de garantia dos direitos individuais contra o Estado.¹²¹ Vê-se que o pêndulo histórico do debate entre os direitos individuais *versus* soberania teve em nossa história inequívoca movimentação para um dos lados. Não se pode deixar de citar neste ponto que essa concepção foi ainda reforçada pelo próprio refluxo dos movimentos revolucionários europeus, que fez com que a definição de direitos e deveres não se apartasse das pretensões de estabilidade social e política.

¹¹⁹ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português, Curitiba: Juruá, 2009. p.78.

¹²⁰ *Ibid.*, p.79.

¹²¹ *Ibid.*, p.80-82.

O mais paradoxal desse quadro é o fato de que antes de se tratar de uma manifestação das permanências do antigo regime, que nos remete ao momento no qual ainda não se vislumbrava o indivíduo em sua autonomia, individualidade e universalidade¹²², e cujos direitos não seriam reconhecidos senão em virtude da classe ou grupo ao qual pertencessem, seria lícito realizarmos outra análise do fenômeno. No contexto de mudanças então vivido, o que menos se queria era um Estado garantidor de direitos. Almejava-se um Estado que impusesse sua vontade exatamente contra os direitos e contra o direito anterior que os garantia. Assim, as pequenas vitórias consubstanciadas em reconhecimento de direitos individuais à época, antes de constituírem avanços que esse novo sistema teria trazido para os indivíduos, representavam as permanências dos direitos tradicionais e corporativos que ainda se impunham ao novo sistema. Em outras palavras: "[...] mais um sinal de resistência de supremacia do direito pré-liberal do que um sintoma de um liberalismo jurídico de perfil novo"¹²³.

Desse forma, tendo sido implantado "[...] um distinto paradigma, com a ideia da supremacia do Legislativo e sobrevalorização dos direitos individuais"¹²⁴, a manutenção da soberania do monarca é a janela da qual se vislumbra as detectáveis permanências da ordem corporativa subjacente à exclusão das mulheres e dos escravos, bem como as restrições relativas à riqueza e categoria social, e ainda o modo de designação dos representantes nas câmaras¹²⁵, como antes visto.

Para além dos aspectos filosófico-ideológicos da concepção dos institutos liberais que então se delineavam nas 'Bases da Constituição', mas cuja importância histórica não nos permite ignorá-las e ainda nos fazem repisar na eficácia simbólica de que se reveste o fenômeno jurídico, é de se atentar também para os impactos de todo esse ambiente no Brasil.

¹²² Trata-se da tríade de adjetivos com o qual Sérgio Paulo Rouanet delimita o homem moderno, em contraposição àquele do sistema aristotélico, típico do antigo regime, mergulhados em uma coletividade holística indiferenciadora (ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p.09-19).

¹²³ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português, Curitiba: Juruá, 2009. p.83.

¹²⁴ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006. p.70.

¹²⁵ HESPANHA, *op. cit.*, p.57.

Em seu bojo, debatia-se na Revolução do Porto e seus conseqüências a redefinição do papel de cada parte no novo pacto de união, o que redundou em profunda polarização política e institucional entre os deputados de Portugal e do Brasil.¹²⁶ Para Sérgio Buarque de Holanda, tratava-se de revolução antibrasileira¹²⁷, revolução que não era só liberal, era recolonizadora¹²⁸.

A reconciliação já não mais seria possível depois de fevereiro de 1822, quando José Bonifácio de Andrada e Silva, diante da crescente tensão entre portugueses e brasileiros, convoca um Conselho de Procuradores das Províncias, que teria por intuito avaliar a Constituição que se fazia em Lisboa, e que seria embrião da Assembleia Legislativa, vulgarmente denominada de Cortes do Brasil. Meses após, como se sabe, era proclamada a Independência, que pode, a partir de tal mirada, ser vislumbrada muito mais como fruto do impasse na redefinição dos vínculos político-institucionais entre Brasil e Portugal do que da maturação de um amplo movimento independentista.¹²⁹

Vale fazer referência nest ponto a outro momento de interlocução com Hespanha, que procurou perscrutar os percalços da estruturação de um Estado de grandes proporções geográficas e populacionais, como se passava a erigir na antiga colônia, banhado pelas convulsões típicas da passagem do antigo regime para o liberalismo. Para ser governável, explica o autor, o Estado enorme teve que ser dotado de um poder forte e eficaz, que no plano jurídico-constitucional se manifesta na lei. Mas isso, explica o autor, não significa descurar a natureza liberal de tal empreitada, eis que não se pode confundir o liberalismo dos liberais (partido liberal)

¹²⁶ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006. p.73-74.

¹²⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: o processo de emancipação. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II. p.18. No mesmo sentido: MOTA, Carlos Guilherme. Parte I: do império luso-brasileiro ao império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.90-91.

¹²⁸ HOLANDA, *op. cit.*, p.176.

¹²⁹ SLEMIAN, *op. cit.*, p.78.

com o liberalismo da época, marcado principalmente pela manutenção da ordem por meio da lei.¹³⁰

Esse é o esboço, absolutamente grosseiro e imperfeito, do itinerário que conduz o Estado português corporativo, característico do antigo regime, a transitar para um Estado de feições liberais, modelo, finalmente, adotado com certas mediações, no Brasil. Unidade da soberania que supera a descentralização administrativa e judicial; primado da lei que supera a dispersão do direito comum europeu; separação entre governo e jurisdição, que supera a confusão entre os termos; unificação da jurisdição, que supera a distinção entre jurisdição geral e especial.

O fato de essas ideias terem embalado os discursos e as normas elaboradas pelos fundadores do nosso Estado parece fora de dúvida. Tivemos uma monarquia constitucional, "homens ilustrados orientando a opinião pública", uma liberdade que não ultrapassava os direitos alheios e uma igualdade que se restringia ao plano da lei. Mas a coexistência desses valores com as estratégias implementadas pelos grupos que gozavam dos favores da corte para manter o poder¹³¹ remete-nos a outro âmbito do debate que deve ser feito: como se deu a incorporação desse liberalismo, que não pôde passar ao largo de complexos processos de adaptação e acomodação entre conceitos tão díspares quanto autonomia, liberdade e direitos individuais, de um lado, e escravidão, favoritismo e sociedade hierarquizada, de outro.

Aqui se pode considerar iniciar a história do liberalismo no Brasil, objeto que se pretende discutir no item que segue.

1.2 A HISTÓRIA: OS DELINEAMENTOS DO LIBERALISMO BRASILEIRO

Além de intentarmos nesta seção a reconstrução do conceito de liberalismo que à época estava em vigor no Brasil, como anunciado na introdução deste capítulo,

¹³⁰ HESPANHA, António Manuel. Pequenas repúblicas, grandes estados: problemas de organização política entre antigo regime e liberalismo. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do estado e da nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.102-105.

¹³¹ NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.) **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática**. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.100-101.

é preciso fazer referência no presente tópico a outra preocupação metodológica. Trata-se do debate sobre o liberalismo no Brasil do séc. XIX constituía de ideia completamente "fora do lugar", como sustenta Roberto Schwarz, que aponta para a disparidade entre a sociedade brasileira, escravista e as ideias do liberalismo europeu.¹³² O debate é imprescindível, visto que a confirmação da perspectiva do autor faria com que o liberalismo não passasse de carapaça ideológica de uma sociedade absolutamente impermeável aos seus postulados. Isso, no limite, faria com que o objeto da presente pesquisa estivesse fora de foco, uma vez que não haveria por que se perquirir as trações impostas pelo liberalismo à jurisprudência criminal do Supremo Tribunal de Justiça no séc. XIX, por uma singela razão: essa tração simplesmente não existiria, visto que o liberalismo seria somente uma ideologia.

Como se analisará no capítulo 2, devemos desde logo destacar que não se pode discordar do fato de que o liberalismo foi submetido no Brasil a específicas acomodações. Consubstanciaram-se essas na lógica do favor, que sob diversos nomes e formas atravessou a existência nacional¹³³, do clientelismo, típico da burocracia e da justiça¹³⁴, e do método geral de "atribuir utilidade ao capricho, universalidade às exceções, mérito ao parentesco, igualdade ao privilégio"¹³⁵. Porém, descartar completamente qualquer dos efeitos concretos do ideário liberal é negar qualquer autonomia à história do direito, como se fosse ela um simples caudatário das histórias "mais sofisticadas e complexas". Ou seja, como as relações sociais e políticas foram pouco – ou nada, como sustenta o autor – atingidas pelas noções liberais, é de se descartar por completo, impingindo-lhe o epíteto de "discurso ideológico".

Imaginar que o direito e o processo penal permaneceram estritamente regidos pela lógica do antigo regime, é alçar tamanha superioridade à história política e à história social, que quaisquer outras manifestações históricas, mormente as que não se adéquam às suas formatações, devam ser necessariamente ignoradas. Ainda que ao custo de ignorar toda a produção jurisprudencial à época realizada, exemplificativamente.

¹³² SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. 4.ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1992. p.13.

¹³³ *Ibid.*, p.16.

¹³⁴ *Ibid.*, p.17.

¹³⁵ *Ibid.*, p.18.

Para além da falta de demonstração empírica de que o liberalismo não trouxe nenhum impacto para a sociedade brasileira dos oitocentos, um segundo âmbito de análise pode ser percorrido para se demonstrar que o liberalismo não se constituiu em mera ideologia de escamoteamento de nossas matrizes sociais. Trata-se da perspectiva que leva em conta a metodologia utilizada por Schwarz, em que se pode constatar que a inexistência de liberalismo no Brasil, senão como ideologia, pode ser corolário de uma perspectiva eminentemente crítico-subjetiva do autor. É o que constatamos quando afirma ele que "É claro que a liberdade do trabalho, a igualdade perante a lei, e de modo geral, o universalismo eram ideologia na Europa também; mas lá correspondiam às aparências, encobrendo o essencial – a exploração do trabalho". E nesse sentido, nossa falsidade seria mais abrupta para o autor, seria "original": "A Declaração dos Direitos do Homem, por exemplo, não só não escondia nada, como tornava mais abjeto o instituto da escravidão. A mesma coisa para a professada universalidade dos princípios que transformava em escândalo a prática geral do favor"¹³⁶. Ora, não se compreende por que seria mais 'original' nossa falsidade, ou seja, mais efetiva. O fato de o liberalismo europeu melhor corresponder às aparências fazia com que lá não fosse ideológico? Seguindo por esse viés, ao invés da escravidão, poderia o autor ter analisado a independência do Judiciário, a organização do parlamento, que faria com que também nosso liberalismo correspondesse às aparências – de fato, as eleições eram um arremedo, e a independência dos magistrados um jogo a ser atentamente observado pelo poder central. Mas preferiu a caricatura do mais grotesco, do mais incompatível, justamente para confirmar sua teoria: não pode ser liberal um país onde vigora a escravidão. Não seria demais, neste ponto, lembrar as garras imperialistas e coloniais que à época eram lançadas da Europa contra a Ásia e a África.

Quer nos parecer que essa seja uma perspectiva equivocada, que obscurecerá diversos aspectos e consequências da análise do nosso tipo de liberalismo. Como sustenta Emília Viotti da Costa, a adoção do ideário liberal no Brasil não é um simples gesto de imitação cultural, expressão de uma cultura colonial periférica subordinada à Europa. Era a utilização de armas ideológicas que pretendiam

¹³⁶ SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. 4.ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1992. p.14.

alcançar metas políticas e econômicas específicas¹³⁷, pelas classes dirigentes do século XIX. Na mesma toada pode-se invocar Raymundo Faoro, que sustentava: "liberalismo, na verdade, menos doutrinário do que justificador: os ricos e poderosos fazendeiros cuidam em diminuir o poder do rei e dos capitães-gerais apenas para aumentar o próprio", sem partilhar com as classes pobres a participação política.¹³⁸ Como sugerem os autores, a bem-intencionada e romântica perspectiva de que os direitos devem ser ofertados universal e igualitariamente a todos os habitantes de um determinado sistema político, sob pena de ele não ser definido como liberal, olvida por completo as perspectivas de que os avanços são conquistados muito mais estrategicamente do que pela bondade de conscientes homens. Ignorar a existência fática do liberalismo é esquecer desse jogo de posições e adotar a perspectiva de que não se faz necessário analisar os impactos concretos do liberalismo, o que se poderá fazer quando ele existir.

A própria noção de que se trata de uma ideia, mas que está fora do lugar, significa que ela existe, mas que foi utilizada num sentido enviesado, diferente daquele que dela se esperava. Essa é a perspectiva almejada: quais são as trações, os mecanismos, as ideologias, os ideais e as táticas que fizeram com que houvesse esse descarrilhamento dos trilhos que deveriam ter sido percorridos? Qual é o tipo de liberalismo que aqui vicejou, se não foi o europeu clássico? Quais foram seus impactos em nossa sociedade?

Mas a perspectiva de Schwarz não é isolada, e há outros autores que trabalham a partir da metodologia de que o liberalismo é uma ideologia, e que, como tal, não deve ser considerada na análise empírico-histórica de nossa sociedade. É o que verificamos da análise de Jurandir Malerba, a cuja obra se podem dirigir as mesmas críticas acima delineadas, especialmente quando afirma que se o liberalismo se constituiu em um conjunto de ideias filosóficas, herdeiras do iluminismo do século XVIII, produzidas na Europa no contexto da eliminação de antigas barreiras e privilégios corporativos em favor de uma suposta libertação do indivíduo, quando transportado para o Brasil escravista, configurou-se como ideologia no sentido mais usual do

¹³⁷ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.136.

¹³⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.279.

termo.¹³⁹ Além disso, também esgrime o autor outro argumento contra o liberalismo brasileiro: a ilustração se funda na laicização do Estado, legalidade, impessoalidade e autonomia, aspectos que inexistiram por aqui, citando para tanto a obra de Pimenta Bueno, que defende o Estado eudemonista (busca a felicidade do súdito como o pai busca a do filho), distante, portanto, da concepção formal-racional¹⁴⁰.

Interessante perceber que se o liberalismo não passou de ideologia no Brasil, pois refugava seus postulados clássicos, tampouco teria passado desse status nos seus similares estrangeiros. É que se fôssemos perquirir a conjugação de todas as teorias liberais com as realidades em que pretendeu incidir, não poderíamos chegar a outra conclusão senão à de Hespanha, quando aduz que o liberalismo

[...] foi em Portugal, mais ou menos o mesmo que me parece ter sido em toda a Europa Ocidental, sem sequer excluir as Ilhas Britânicas: um projeto constitucional que, além de teoricamente inconsistente, não podia também realizar os pressupostos da sua realização prática.

Ou, como se refere no mesmo trecho, "[...] um projeto constitucional que, para realizar os seus pressupostos de realização prática, tinha que começar por desmentir alguns de seus postulados teóricos"¹⁴¹. A partir desse viés pode-se afirmar que se o liberalismo não existiu no Brasil, tampouco pode ter existido em Portugal, Espanha ou Inglaterra, espaços onde também foi um projeto constitucional pouco consistente, como também o afirma o autor em outra obra.¹⁴²

¹³⁹ MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei**: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil. Maringá: EDUEM, 1994. p.15.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.65.

¹⁴¹ HESPANHA, António Manuel. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.402-403.

¹⁴² HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português, Curitiba: Juruá, 2009. p.10.

Ora, a "preta, desairosa e quente" cartola, bem como as "pesadas casacas de Londres ou de Paris"¹⁴³ também estavam "fora do lugar" nas altíssimas temperaturas da capital do império no séc. XIX. Assim como estavam "o piano e a harpa" no lugar do violão.¹⁴⁴ E a cerveja, como o demonstravam anúncios de sua importação em 1848¹⁴⁵, no lugar do aguardante. Mas todos esses produtos foram utilizados pelos brasileiros do séc. XIX. Assim como o foi a ideologia liberal. Estivessem ou não, "fora do lugar".

Essa é a perspectiva com que pretendemos enfrentar o tema. O liberalismo brasileiro, e seus efeitos para nossa juridicidade não se limitam a simplesmente ser uma carapaça incômoda e sem caimento em nossa sociedade, que ficava completamente alheia a tal ideário. Longe de termos um liberalismo europeu – que sequer pode ter existido em sua formulação ideal por lá, como se viu acima –, o fato é que podemos afirmar que o liberalismo teve efeitos concretos em nossa arquitetura social e jurídica.

Quer nos parecer evidente que os princípios liberais não se forjaram no Brasil na luta da burguesia contra os privilégios de uma aristocracia e da realeza. Sim, foram importados da Europa. E por aqui, como afirma Viotti, o liberalismo nasce no seio das categorias rurais e sua clientela, cujos negócios eram obstaculizados pela coroa portuguesa, donde se origina a luta por liberdade de comércio, autonomia administrativa e judiciária ao mesmo tempo em que não se renuncia ao latifúndio, do domínio político e da escravidão.¹⁴⁶

A sempre fina ironia de Faoro pode nos ajudar a ilustrar esse tópico. Afirma ele que a partir de 1820 tem-se o "achaque liberal". Seria, para o autor, o liberalismo não mais que uma doença importada, com a qual se deveria conviver, sem completa

¹⁴³ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.336.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.32.

derrocada. A eleição seria a condescendência com o achaque; sua falsidade o signo de que não houvera completa adesão.¹⁴⁷

Destarte, o que pretendemos é perquirir as respostas que foram sendo dadas de acordo com a necessidade e as condições de cada um dos agentes, em lidar com um tempo histórico marcado pela simbiose entre o liberalismo teórico advindo de Portugal e o clientelismo autoritário que ainda determinava os limites de sua eficácia. Não se trata da história comemorativa, mas tampouco da história "pessimista", que negaria qualquer impacto que os novos sopros teóricos tivessem tido no Brasil. Como à frente demonstraremos (capítulo 4), não se pode negar as influências do liberalismo na formatação do nosso direito penal e processual da época.

Como se deu essa simbiose, que se não foi a negação do liberalismo penal, tampouco foi a 'completa adesão' da leitura comemorativa desse momento histórico, é o que se começa a analisar abaixo.

1.2.1 O liberalismo antimetropolitano

Segundo Lúcia Maria Bastos Neves, o primeiro conceito de liberalismo em nossas terras definiu-o como sendo um instrumento de tutela do direito que o povo devia usufruir em relação à sua metrópole, um meio de deter o avanço da autoridade das cortes de Lisboa.¹⁴⁸ A acima citada (subseção 1.1.2.) animosidade nos debates das cortes entre portugueses, com o afã de recolonizar, e brasileiros, na sua lógica independentista, redundou na união da elite brasileira, que converteu o ideário liberal num discurso separatista.

Além dos entreveros parlamentares entre portugueses e brasileiros, ainda podemos apontar para outras razões que possibilitaram o ideário liberal se impor ao

¹⁴⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.412.

¹⁴⁸ NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.) **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.88. No mesmo sentido: ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.36-38.

colonialismo naquele momento histórico. Em primeiro lugar, como indica Sérgio Adorno, a repressão metropolitana, sentida nas camadas populares pelo arbítrio e pela violência dos agentes da repressão colonial, mas também na elite, através dos ataques às suas esferas de controle.¹⁴⁹ É o mesmo diagnóstico que realiza Faoro, quando faz alusão aos fazendeiros que sentiam o fiscalismo, a tirania e o entrave à atividade econômica impostos pelo governo, o que provocava mal-estar associado às ideias do liberalismo nascente, únicas então disponíveis pra colorir a revolta.¹⁵⁰

Em segundo lugar, indica Sérgio Buarque de Holanda o papel das sociedades secretas como a maçonaria para difusão do liberalismo. Com ideais liberais-democráticos, a maçonaria então se caracterizava pelo combate aos poderes absolutos, donde se explica sua grande difusão à época¹⁵¹. Se é com o liberalismo iluminista de Pombal que a maçonaria adquire um pouco de prestígio em Portugal, durante a ocupação napoleônica expandem-se ainda mais as ideias liberal-democráticas pelas mãos da maçonaria francesa¹⁵² e da influência de autores como Voltaire, Montesquieu e Rousseau em nosso continente.¹⁵³

Se na Europa a maçonaria se difunde por intermédio da burguesia, à míngua desta classe no Brasil, ela vai se espriar por quem lhe era acessível, ou seja, os filhos dos abastados e aristocráticos senhores da terra que vão estudar no velho mundo.¹⁵⁴ É por intermédio deles que num Brasil sem burguesia entram os autores franceses e se

¹⁴⁹ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.41.

¹⁵⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.277. A mesma ideia é debatida por Holanda, quando aduz que a metrópole era incapaz de satisfazer nosso desenvolvimento econômico (HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: o processo de emancipação. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II. p.205).

¹⁵¹ *Ibid.*, p.219. No mesmo sentido: ADORNO, *op. cit.*, p.43. Hermes Lima exemplifica a grande difusão da maçonaria no Brasil com a concorrida sessão comemorativa do primeiro aniversário da lei do ventre livre, em 03 de março de 1872, realizada pelas lojas da Corte (LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**: a época e o homem. São Paulo/Rio/Recife/Porto-Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939. p.176).

¹⁵² HOLANDA, *op. cit.*, p.220-221.

¹⁵³ *Ibid.*, p.222.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.225. Sobre o tema, destaca Freyre o processo de transferência de poder da nobreza rural para nova aristocracia intelectual, normalmente seus filhos e genros. (FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.613).

instilam as ideias de transformação, dentre as quais, a mais ressonante: a libertação da terra. Esses filtros de adaptação do liberalismo, nas palavras de Hermes Lima, faziam com que por isso mesmo, nosso liberalismo não fosse revolucionário no sentido europeu, visto o meio socialmente diferente em que tinha de inspirar-se e agir.¹⁵⁵

Um terceiro fator que possibilitou ao ideário liberal se impor ao colonialismo, pode ser visualizado na unidade política e ideológica que vigiam no Brasil. Ainda que se reduza o elemento à formação dos brasileiros em Coimbra, como faz Adorno¹⁵⁶, a explicação também seria convincente. Como explica José Murilo de Carvalho, quase toda a elite possuía estudos superiores, o qual se concentrava na escola de direito, majoritariamente realizados nessa universidade até 1850¹⁵⁷. Não obstante o exíguo número de 1.242 estudantes brasileiros matriculados em Coimbra entre 1772 e 1872¹⁵⁸, pode-se inferir que a absoluta maioria ocupou cargos importantes na administração pública e no Judiciário, e que foram influenciados pelo liberalismo então vigente na Europa. De outro lado, essa exiguidade numérica desembocou em unidade ideológica que, além de contribuir para a unidade territorial do país, adestrou técnica e politicamente¹⁵⁹ os "aprendizes do poder", que se tornariam os construtores e consolidadores do Brasil independente.

Mas, para além da unidade coimbrã, há que se atentar, na esteira de Gilberto Freyre, para outros fatores dessa primeira formatação do nosso liberalismo, como o fato de a colonização portuguesa não ter trazido separatismos, como ocorreu com a

¹⁵⁵ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**: a época e o homem. São Paulo/Rio/Recife/Porto-Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939. p.177.

¹⁵⁶ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.41-45.

¹⁵⁷ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. p.65. Como explica Stuart Schwartz, desde nossa época colonial Coimbra funcionou como agente centralizador, visto que todos os magistrados que atuavam no império português, dentre os quais aqueles que vinham para o Brasil, tinham de obter diploma nessa universidade, independentemente das origens sociais ou local de nascimento. (SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.237).

¹⁵⁸ CARVALHO, *op. cit.*, p.72.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p.65.

espanhola, e tampouco divergências religiosas, como as inglesa e francesa¹⁶⁰. Nesse sentido, para o autor, também teve sua contribuição a unidade religiosa, tendo sido inclusive requisito para os reinos virem para a colônia¹⁶¹, e mais do que tudo, poderíamos avaliar, o pensamento escravocrata e o compartilhamento de interesses dele oriundos.¹⁶²

Um quarto fundamento para a ascensão do liberalismo em detrimento do colonialismo pode ser visto no advento de um grupo denominado 'liberais' nesse conturbado período entre a Revolução do Porto, a volta de D. João VI à Portugal, a convocação das Cortes em Lisboa, a regência de D. Pedro e nossa independência. O intento desse grupo era maior participação no governo, e para tal fim, ampliação dos direitos políticos para a sociedade civil.¹⁶³ Não tanto pela importância política, mas principalmente pela metodologia de atuação, Slemian sustenta que desde logo se destacaram pelo alto grau de pragmatismo, necessário então para se manterem no jogo e preservarem as posições estratégicas alçadas.¹⁶⁴ É o que se verificou com a volta de D. João VI a Portugal, vislumbrado por Ledo e Clemente como possibilidade de ampliação de poder por meio de uma regência.¹⁶⁵

Não seria de todo equivocado sustentar que o referido pragmatismo dos agentes políticos poderia ser um dos catalisadores da acomodação do ideário liberal às nossas circunstâncias político-sociais. Emília Viotti da Costa aponta para ajustamentos do discurso liberal ao Brasil que poderiam confirmar essa hipótese: lutar pela liberdade e igualdade era combater os monopólios e privilégios que os portugueses detinham; lutar pela liberdade de expressão era criticar o pacto colonial; lutar pela

¹⁶⁰ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira. 46.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.102.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Ibid.*, p.104.

¹⁶³ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006. cap. 5, a partir da p.113.

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, cap. 5, a partir da p.118.

soberania do povo era lutar por um governo livre de ingerências.¹⁶⁶ Tratava-se de inegáveis traços de um pragmatismo político.

Mas além de várias determinantes históricas terem contribuído para a ascensão da ideologia liberal, e de ela ter se travestido de combate ao colonialismo metropolitano, aqueles primeiro tempos já deixavam claro outra marca do liberalismo que por aqui adentrava: a forma como se acomodava e se assentava num terreno absolutamente distinto de seus criadouros. A forma como se efetivou esse ecletismo, que pôde mesclar termos tão opostos de uma equação que pareceria ilógica para um olhar de soslaio, é o que se analisa no tópico abaixo.

1.2.2 O liberalismo constitucional

Analisados alguns dos mecanismos que podem servir de hipótese para a utilização do liberalismo como ideologia de combate à dominação metropolitana, faz-se mister analisarmos como esse uso pragmático foi se plasmando no ideário estruturante da sociabilidade político-jurídica do império no séc. XIX. A hipótese que passamos a analisar é que o ecletismo ideológico que pôde abarcar, na expressão de Raymundo Faoro, uma aliança entre propriedade agrária e liberalismo, "visível nos demagogos letrados, entrelaçada pelos padres cultos, pelos leitores dos enciclopedistas e pelos admiradores da emancipação norte-americana", forjou-se em mecanismos de controle político que teriam que se reordenar¹⁶⁷ para manter a dinastia e conviver com as forças escravocratas de produção.

Para o sopro liberal, a empreitada jurídica que se apontava no horizonte era árdua. Ainda que isso jamais tenha sido atingido plenamente, a primeira tarefa era "substituir as instituições coloniais por outras mais adequadas a uma nação

¹⁶⁶ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.137.

¹⁶⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.295-296.

independente"¹⁶⁸. E isso teria que se dar por meio de um fino ajuste entre elementos tão díspares quanto igualdade, legalidade, constitucionalidade e um sistema autoritário-escravocrata, do qual não se poderia dispor no curto prazo, visto que a ruptura dos laços coloniais se deu simultaneamente à demanda por café nos mercados globais.¹⁶⁹ Além de se criar um ordenamento liberal que convivesse com instituições pré-liberais, num segundo momento, como indica José Reinaldo de Lima Lopes, a missão ainda englobava criar um ordenamento nacional que convivesse com normas portuguesas e um ordenamento legislado que convivesse com os costumes.¹⁷⁰ A tarefa não seria pequena.

A prioridade então, e como se confirmaria pela demora de quase um século depois da Independência para a aprovação do nosso primeiro código civil¹⁷¹, era a reorganização do cotidiano do Estado para adaptá-lo ao perfil liberal, e para tanto, privilegiou-se o direito público.¹⁷² Como se viu, a outorga da Constituição foi seguida de inúmeras reformas da administração pública, da estruturação judicial e codificações de direito público, como o código criminal e o código do processo criminal. Não por outra razão afirmou Slemian que o instrumento que então era concebido como sendo aquele que realizaria na prática esse eclético ideário, divulgava-se à época, seria a Constituição, que estruturaria uma monarquia constitucional fundada em uma

¹⁶⁸ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.133.

¹⁶⁹ PRADO, Maria Emilia. Ordem liberal, escravidão e patriarcalismo: as ambigüidades do Império do Brasil. In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.). **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática**. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.165.

¹⁷⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.196.

¹⁷¹ Sobre o tema, entre outros, veja-se FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do século XIX. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, e ainda: FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no séc. XIX. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v.44, p.61-76, 2006. STAUT JR., Sérgio. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916**. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

¹⁷² LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.196.

liberdade ligada à ordem e em uma igualdade regulamentada pela lei.¹⁷³ Divulgação oriunda de um debate de ideias estimulado pelas publicações, que se "encarregaram de realizar a divulgação da cultura política da Ilustração, que trazia em seu bojo as ideias liberais, no mundo luso-brasileiro"¹⁷⁴. De fato, pode-se defender a tese de que "O constitucionalismo foi a solução encontrada para aceitar o progresso na ordem, salvar a liberdade e escapar à licença, ao fantasma do Despotismo"¹⁷⁵.

Nesse sentido, temos que se deva superar o paradigma segundo o qual o liberalismo enfrentou "dificuldades" para ser implantado no Brasil, como se Dom Quixote fora, enfrentando solitário, a tudo e a todos. Ao contrário, tratou-se de um complexo quadro de luta por espaços, disputa de discursos, entraves políticos, que foram plasmando a solução de compromisso que à época pôde ser concebida. Espaço onde transitaram figuras como a de José Bonifácio de Andrada e Silva, que serviu de elo pra soldar os grupos urbanos às preocupações latifundiárias do interior, aos clérigos, magistrados e finalmente ao príncipe¹⁷⁶, em um difuso, mas coerente ao seu tempo, ideal de liberalismo. Cimentando tudo, nosso ecletismo.

Explica-nos Sérgio Buarque de Holanda que "O ecletismo correspondia precisamente ao desejo de evitar os excessos dos revolucionários e dos reacionários. Filosofia do justo meio condizia com os ideais do liberalismo burguês". Seria dificilmente compreensível a coabitação de tão variados termos, muitas vezes incongruentes e antinômicos entre si, sem atentarmos para esse nosso substrato ideológico do séc. XIX, "Insuficientemente crítico e prudentemente progressista", que se ligou "[...] à forma monárquica, constituindo-se como filosofia das elites liberais que dirigiam os destinos do Império"¹⁷⁷.

¹⁷³ NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.) **O liberalismo no Brasil imperial: origens, conceitos e prática**. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.89-90.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.78.

¹⁷⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org). **O Brasil monárquico: o processo de emancipação**. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II. p.215.

¹⁷⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.308.

¹⁷⁷ HOLANDA, *op. cit.*, p.207.

É certo que havia influência do pensamento francês em Portugal desde as reformas de Pombal, o que se transmitia ao Brasil desde fins do século XVIII¹⁷⁸, influenciando os reformistas – mas não democratas – articuladores de nossa independência como José Bonifácio.¹⁷⁹ Mas pensamento francês dos reformadores enciclopedistas e não do revolucionário Rousseau, era o que embalava nossos ideais de mudanças sociais¹⁸⁰. Sempre o meio-termo, a moderação.

Esse ecletismo liberal foi o pano de fundo de montagem da Constituição do Império. Nos próprios constituintes poderiam se acomodar "[...] na mesma pessoa os ideais mais modernos, quanto à concepção de centralização e das funções econômicas do Estado, ao lado de propostas antidemocráticas e antiliberais [...]"¹⁸¹. Ecletismo, por fim, que também se constatou nas academias de direito, como destaca Lima Lopes¹⁸² e Sérgio Adorno, que destaca a mescla de filosofias do currículo¹⁸³, a miscelânea de disciplinas exigidas nos concursos¹⁸⁴, dentre outros fatores que o fazem, não sem severas e procedentes críticas de Ricardo Marcelo Fonseca¹⁸⁵, sustentar que inexistia uma cultura jurídica no séc. XIX.

¹⁷⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: o processo de emancipação. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II. p.203-204.

¹⁷⁹ MOTA, Carlos Guilherme. Parte I: do império luso-brasileiro ao império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.39. No mesmo sentido: AMBROSINI, Diego Rafael. A interiorização da metrópole: atores e instituições. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.234.

¹⁸⁰ MOTA, *op. cit.*, p.68.

¹⁸¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil**: formação do Estado e da Nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.205.

¹⁸² *Ibid.*, p.210-211.

¹⁸³ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.99.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.148-149.

¹⁸⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879). **Cuadernos Del Instituto Antonio de Nebrija**, Madrid, v.8, p.97-116, 2005.

Como visto acima, a divergência de destinos almejados pelos representantes brasileiros e portugueses nas Cortes de Lisboa, a repressão metropolitana, a subterrânea mas presente difusão das sociedades secretas, a unidade política e ideológica que facilitava a propagação de ideias que se aclimassem aos nossos postulados e, finalmente, o pragmatismo de nossos primeiros liberais, foram todos fatores que fizeram com que nosso primeiro liberalismo tomasse a roupagem de uma ideologia anticolonial. A justaposição de um latente e introjetado ecletismo fez com que a ideologia liberal ocupasse não apenas o papel de ter sido apenas a "roupa da moda", exigível para a entrada no baile das monarquias independentes e constitucionais, descartável após seu término. Ao contrário disso, o ecletismo não foi somente o móvel utilizado estrategicamente pelo movimento independentista para atingir seus fins. Constituiu-se no meio pelo qual o liberalismo pôde maturar em nossas terras, e servir de substrato para a consecução de um sistema constitucional que contemplasse tanto o liberalismo quanto a monarquia. Para tanto, urge analisarmos uma última peça desse mosaico, como se vê na subseção abaixo.

1.2.3 O liberalismo da moderação

Utilizando lentes contratualistas, podemos afirmar, na esteira de Diego Rafael Ambrosini, que a fundação do Estado brasileiro teria se utilizado do contrato social hobbesiano antes do que o proposto por Locke, visto que objetivava manter a ordem, muito mais do que se preocupava em conquistar a liberdade.¹⁸⁶ Antecedentes dessa fundação podem ser buscados em José Murilo de Carvalho, que nos explica que o "[...] o Iluminismo português ficou mais próximo do italiano do que do francês. [...] Seu espírito não era revolucionário, nem anti-histórico, nem irreligioso, como o

¹⁸⁶ AMBROSINI, Diego Rafael. A interiorização da metrópole: atores e instituições. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.240.

francês; mas essencialmente progressista, reformista, nacionalista e humanista. Era o iluminismo italiano: essencialmente cristão e católico"¹⁸⁷.

De fato, seria lícito sustentar que as noções de liberalismo que foram sendo aprofundadas durante o séc. XIX, e que serviram de sustentáculo para a estruturação de nossas instituições sociais, políticas e jurídicas, nas palavras de Lúcia Maria P. Guimarães, ligavam liberdade à ordem e igualdade à regulamentação da lei.¹⁸⁸

Pode-se sustentar que uma hipótese que explique o refrear do ímpeto revolucionário em nosso país, que se limitou à conquista da Independência, pode ter sido a desnecessidade da conquista e manutenção do poder conquistado. Os ventos não foram suficientemente possantes para afastar a concepção jusnaturalista de natural ocupação do poder por aqueles que "deveriam ocupá-lo". E foi esse o sentido que se imprimiu às próprias discussões na assembleia constituinte antes de sua dissolução: debatiam-se a vigência da monarquia e a unidade nacional¹⁸⁹, mas não a sua democratização e a garantia de direitos para os cidadãos do novel império. O acesso ao poder e aos direitos por parte dos que participavam diretamente ou publicamente da discussão da nova Constituição já estava garantido. Daí porque o desinteresse no tema e, pode-se sustentar, a própria razão da dissolução da assembleia: os limites implicitamente estabelecidos para o debate foram perigosamente ultrapassados. E para se evitar "o motim, a balbúrdia e a exaltação do clamor público", foi imprescindível sua dissolução. Desse quadro, verificou-se que os limites da revolução daquele tempo eram a liberdade constitucional, que se consumaria na legalidade do Império.¹⁹⁰

Assim, unidade nacional nos primórdios do império e, manutenção da ordem sob o primado da lei, durante seu apogeu e declínio, ambos sob o manto da constituição

¹⁸⁷ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. p.67.

¹⁸⁸ NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lucía Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.) **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.90.

¹⁸⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: o processo de emancipação. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II. p.273.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p.459. No mesmo sentido afirmou Malerba que os limites do progresso deveriam se dar dentro dos perímetros da ordem (MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei**: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil. Maringá: EDUEM, 1994. p.130).

imperial, podem ser vistos como o conteúdo daquilo que se convencionou denominar liberalismo da moderação. O liberalismo que distinguia o cidadão da turba, a liberdade da licença, o sufrágio do motim, a opinião pública do clamor.¹⁹¹ Como afirma Viotti da Costa, após a independência, liberalismo era delimitar poder do imperador e controlar as reivindicações populares¹⁹², ou como prefere Slemian, antes de revolucionário, liberal à época significava conformidade às leis e estabilidade do governo.¹⁹³

A moderação também pode ser destacada do reverso da medalha: o despotismo também seria inaceitável, e nesse sentido foi absolutamente reveladora a estratégica movimentação de D. Pedro I após a dissolução da constituinte. Logo após, mandou consultar as câmaras municipais. Ato revelador, pois continha em si todas as ambiguidades de sua época: uma constituição liberal que foi outorgada; uma consulta ao povo por meio das câmaras municipais¹⁹⁴, órgãos de legitimação do poder antigo¹⁹⁵; uma busca de legitimidade democrática pra um poder que tinha fundamento divino.

Tal visualização é fundamental para se compreender a amplitude ou a restrição do conceito de liberalismo à época, evitando-se os equívocos de um inconsciente anacronismo, conforme destacado na introdução desse capítulo. Explica-nos Holanda,

¹⁹¹ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p.08.

¹⁹² COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.140.

¹⁹³ SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009. p.37.

¹⁹⁴ Como explica Stuart Schwartz, a unidade básica da estrutura administrativa e judicial portuguesa era o Conselho, que mantinha um determinado número de funcionários que exerciam funções judiciais e administrativas, entre os quais o alcaide, o meirinho, o tabelião e o juiz ordinário. (SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.28).

¹⁹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.195.

que liberal era o amigo da propriedade e da ordem, amante da liberdade e da Constituição, ao passo que o absolutista almejava conservar cabedais e sua posição.¹⁹⁶ De fato, se o liberalismo europeu nasceu na crista das revoluções, no Brasil os liberais, inicialmente reformistas, regredirão para preservar a ordem estamental-escravista.¹⁹⁷

Evidentemente houve dissensos dentro das elites que governavam o império. A luta pelo poder, ainda que enviesada por eleições fraudadas e relações clientelistas, era empedernida. Mas isso não fazia com que essas divergência extrapolassem os muros limitadores do dissenso¹⁹⁸: até mesmo ele era moderado. Por exemplo, debatiam-se as formas pelas quais, um dia, poder-se-ia acabar com a escravidão. Não a maneira para substituí-la desde logo. Tanto é que, quando foi proclamada, já não existia há tempos em muitas províncias.

Vê-se que tema de fulcral importância para a perspectiva de liberalismo com a que pretendemos analisar a jurisprudência da Corte Suprema da época, a legalidade, também era tingida por essas cores da morigeração. Respeitavam-se seus postulados, não tanto pelo fato de a lei ter origem parlamentar, mas porque era expressão de uma vontade de comando, que estabelecia a ordem, que ultrapassava os interesses particulares¹⁹⁹, ainda que tivesse sido instituído pelo legislador.

Não se poderia descurar do relevante papel desempenhado pelos juristas e letrados nesse processo. Eram os "capacitados a desempenhar um papel de elite política e burocrática com treinamento apropriado para montar e dirigir um aparelho de Estado"²⁰⁰. E considerando a já referida homogeneidade ideológica, cujos delineamentos foram moldados nos bancos de Coimbra, a feitura das leis e das instituições que formatariam esse Estado era prenhe da mesma ideologia iluminista-

¹⁹⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: o processo de emancipação. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II. p.438.

¹⁹⁷ MOTA, Carlos Guilherme. Parte I: do império luso-brasileiro ao império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.144.

¹⁹⁸ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.35.

¹⁹⁹ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p.09.

²⁰⁰ AMBROSINI, Diego Rafael. A interiorização da metrópole: atores e instituições. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.235-236.

reformadora – mas jamais democrático-revolucionária – de manutenção da ordem e do *status quo*. Poderia até haver debates absolutamente relevantes para o destino do império no séc. XIX: centralização *versus* descentralização, a legitimidade e as atribuições do Conselho de Estado, a vitaliciedade do Senado, dentre outras, mas havia também dogmas, como a monarquia e a escravidão, que unia, na pessoa do imperador, todas as correntes.

A densidade ideológica do liberalismo moderado na concepção política, na feitura de leis, e na interpretação dos atos chegou ao extremo de ser automaticamente associada à modernização e o progresso ao tempo em que democracia era associada à anarquia.²⁰¹ Havia, na expressão de Lima Lopes, um temor à democracia e à soberania popular, visto que neles estariam os males.²⁰²

De fato, analisando-se os postulados liberais, chega-se ao liberalismo brasileiro filtrando-o de seus elementos democratizantes, como o faz Emília Viotti da Costa, em debate sobre os ideais revolucionários anteriores à nossa Independência. Em tal análise, constata que as formas mais democráticas de governo e mobilizações de massas sempre causaram espécie aos revolucionários elitistas, racistas e escravocratas de então. Eram vazios os manifestos em favor do sistema representativo, da soberania do povo, da igualdade e liberdade, pois se pretendia, em termos práticos, manter escravizada uma parte do povo, enquanto a outra, alienada da vida política.²⁰³

Traz ainda Maria Odila Leite da Silva Dias dois fundamentos a confirmar a visão ora delineada do liberalismo brasileiro. De um lado, destaca que aqueles que queriam mudanças mais profundas como liberdade de religião e tolerância, abolição da escravidão, rompimento com laços coloniais inclusive com a Inglaterra e reforma agrária, norteavam-se não pelo liberalismo, mas pelo socialismo utópico de Fourier e Saint-Simon.²⁰⁴ E de outro, também demonstra que se com as reformas liberais do

²⁰¹ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.47.

²⁰² LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil**: formação do Estado e da Nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.206.

²⁰³ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.33.

²⁰⁴ DIAS, Maria Odila Leite da Silva. **A interiorização da metrópole e outros estudos**. São Paulo: Alameda, 2005. p.139-141.

período regencial foi introduzida no Brasil uma série de reformas ousadas como juiz de paz eleito, júri, guarda nacional eleita, e assembleias provinciais, como se pormenorizará no terceiro capítulo (especificamente nas subseções 3.2.1. e 3.2.2.), de outro lado, inexistia a pretensão de estender às outras classes a participação política.²⁰⁵

O mesmo diagnóstico foi realizado pela leitura do século XIX realizada por Sérgio Adorno, quando afirmou que "característico daquela época, o gosto pela liberdade de poucos sufocou o grito pela condição de igualdade de muitos. Liberdade associou-se à modernização e progresso; democracia à anarquia"²⁰⁶.

Adotando-se novamente a perspectiva exteriorizada na introdução, segundo a qual asseverávamos que não se pode analisar as características do liberalismo do século XIX a partir de nossas atuais noções do instituto, é de se verificar se efetivamente podemos encontrar traços desse liberalismo da moderação nas concepções veiculadas à época. Neste ponto, importante destacar a contribuição do Instituto Brasileiro de História e Geografia (IBHG) para a definição dos contornos do que viria a ser o "brasileiro". É que ao contrário de nossos vizinhos, como aponta Eduardo Kugelmas²⁰⁷, cujos Estados emergiram de lutas cruentas contra a metrópole, nossa passagem tranquila para a Independência fez com que tivéssemos uma complicada construção ideológica do brasileiro. Atento a tais peculiaridades, e ciente da necessidade da definição de uma imagem do Brasil e do brasileiro, D. Pedro II incentiva o IBHG, dentre outras estratégias²⁰⁸, a definir uma historiografia que buscasse nossa nacionalidade

²⁰⁵ DIAS, Maria Odila Leite da Silva. **A interiorização da metrópole e outros estudos**. São Paulo: Alameda, 2005. p.141-142.

²⁰⁶ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.47.

²⁰⁷ KUGELMAS, Eduardo. Pimenta Bueno: o jurista da coroa. In: KUGELMAS, Eduardo (Org. e introdução). **José Antonio Pimenta Bueno: marquês de São Vicente**. São Paulo: Editora 34, 2002. p.31.

²⁰⁸ Além de historiadores, o imperador também selecionava pintores, literatos e fotógrafos para criar a imagem do novo império, como se vê na adaptação da Academia Imperial de Belas-Artes ao retratismo, em detrimento do neoclassicismo, vigente à época, na adaptação da literatura ao indigenismo, e até na distribuição de títulos nobiliárquicos, alusivos à designações indígenas e topônimos tupis: Maciel Monteiro será o barão de Itamaracá, Pereira da Fonseca, o marquês de Marica; Gonçalves de Magalhães, o visconde de Araguaia; Torres-homem, o visconde de Inhomorim; Araújo Viana, o marquês de Sapucaí (SCHWARCZ, Lília Moritz. **As barbas do Imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. capítulo 7).

e especificidade.²⁰⁹ De fato, como assevera Lilia Moritz Schwarcz, o IBHG pretendia fundar a história do Brasil, calcada nos grandes vultos e personagens, imprimindo um nítido caráter brasileiro à nossa cultura, que implicava o fortalecimento da monarquia e da unificação nacional. No instituto o monarca teve participação direta, ausentando-se de suas sessões somente em caso de viagem.²¹⁰

A dissonância entre liberalismo e democracia pode ser vislumbrada nos frutos mais vistosos do IBHG, como se vê com Francisco Adolfo Varnhagen, o Visconde de Porto Seguro, que publica entre 1853 e 1856 sua *História Geral do Brasil*. Sem objetivar a análise específica ora realizada, mas almejando traçar painel geral da obra, tanto Kugelmas²¹¹ quanto Lucia Maria Paschoal Guimarães²¹² indicam que a leitura histórica do autor sempre apontava para os perigos do "democratismo e do republicanismo". De fato, vê-se, por exemplo, a análise comparativa que Varnhagen traça entre a Inconfidência Mineira e a Conjuração Bahiana, que prescinde de ulteriores comentários:

Se a conspiração de Minas, tão patriótica em seus fins, tão nobre por seus agentes, e tão habilmente premeditada, julgamos que foi um bem se mallograsse, com muita mais razão agradeçamos a Deus o haver-nos amparado a tempo contra est'outra, com tendências mais socialistas que políticas, como arremedo que era das cenas de horror que a França, e principalmente a bella ilha de S. Domingos, acabavam de presenciar; sendo alias embalada ao santo grito de "liberdade, igualdade e fraternidade". [...] Os conspiradores que se chegaram a descobrir não subiam a quarenta; nenhum delles homem de talento, nem de consideração; e quase todos libertos ou escravos, pela maior parte pardos. A pouca valia dos revolucionários se deduz do modo estranho como projectaram levar a execução os seus planos.²¹³

²⁰⁹ Sobre o tema, veja-se o capítulo 7 de SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do Imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

²¹⁰ *Ibid.*, p.127.

²¹¹ KUGELMAS, Eduardo. Pimenta Bueno: o jurista da coroa. In: KUGELMAS, Eduardo (Org. e introdução). **José Antonio Pimenta Bueno: marquês de São Vicente**. São Paulo: Editora 34, 2002. p.33

²¹² GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal. Francisco Adolfo de Varnhagen: história geral do Brasil. In: MOTA, Lourenço Dantas (Org.). **Introdução ao Brasi: um banquete no trópico**. 2.ed. São Paulo: Editora SENAC, 2002. Especialmente trecho entre as páginas 91 a 95.

²¹³ VARNHAGEN, Francisco Adolfo. **Historia geral do Brazil**. Rio de Janeiro: E. e H. Laemmert, 1857. p.292-293.

Na mesma linha de raciocínio de recuperar o sentido que à época se imprimia para o liberalismo que ora se debate, parece ser também relevante trecho de artigo de Tobias Barreto publicado em 1879, cuja eloquência tornaria desnecessária qualquer explanação teórica sobre o assunto:

Mas antes de tudo – que a liberdade e a igualdade são contradictorias e repellem-se mutuamente, não milita duvida. A liberdade é um direito, que tende a traduzir-se no facto um principio de vida, uma condição de progresso e desenvolvimento; a igualdade, porém, não é um facto, nem um direito, nem um principio, nem uma condição; - é, quando muito, um postulado da razão, ou antes do sentimento. [...] Que uma e outra não se harmonisam, que são exclusivas e repugnantes entre si, prova-o de sobre a revolução franceza, que tendo começado em nome da liberdade, degenerou no fanatismo da igualdade e reduziu-se ao absurdo nas mãos de um déspota.²¹⁴

Considerando-se o objeto da presente tese, pode-se ainda trazer à tona o debate de se as análises jurídicas então empreendidas aderiam à mesma vereda. Traz-se, nesse sentido, Pimenta Bueno, um dos principais juristas da época, até por conta do fundamental apoio jurídico que prestava ao imperador.²¹⁵ Não que isso fizesse com que o qualificássemos como autor conservador. Antes disso, trata-se de político de vivência liberal – foi nomeado Ministro da Justiça pelo partido liberal em 1847 – após o que foi se aproximando dos conservadores, muito mais para fazer parte da Liga Progressista²¹⁶ do que para participar efetivamente da linhagem saquarema dos conservadores puros, na qual, aliás, jamais foi aceito sem restrições.²¹⁷ Tanto é que elevado à condição de Chefe de Gabinete, ápice de sua carreira política, na leitura de Kugelmas, muito mais por ser um conservador aberto para a

²¹⁴ BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. In: LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**: a época e o homem. São Paulo/Rio/Recife/Porto-Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939. p.290-292.

²¹⁵ KUGELMAS, Eduardo. Pimenta Bueno: o jurista da coroa. In: KUGELMAS, Eduardo (Org. e introdução). **José Antonio Pimenta Bueno**: marquês de São Vicente. São Paulo: Editora 34, 2002. p.24. Como afirma textualmente o autor "Daí a importância do papel estratégico que Pimenta Bueno vai desempenhar a partir de 1866 ao apresentar estudos e projetos em que todos reconheciam o dedo do monarca.

²¹⁶ Grupo político que surge na década de 60 do século XIX com a finalidade de arregimentar antigos conservadores dissidentes como o senador Zacarias de Góis e Vasconcellos, Nabuco de Araújo e remanescentes dos liberais (*Id.*).

²¹⁷ *Id.*

proposta contida no projeto que se transformaria na lei do ventre livre do que por suas posições efetivamente conservadoras.²¹⁸

Deve se externar, inclusive, que esse tom conciliador, refratário a debates acalorados e disputas, faz com que, para nossos fins, torne-se interlocutor de primeira grandeza. Não só por fazer com que evitemos os extremistas no campo conservador ou dentre os radicais, mas também, e principalmente, por ser um dos grandes e mais respeitados juristas brasileiros do século XIX e destacado membro do Conselho de Estado.

Mas finalmente: como concebia o autor a noção de liberalismo à época? Após externar que existem diferentes direitos políticos, como o direito de voto ativo nas eleições primárias e de ser eleitor, direito de ser membro do poder legislativo geral ou provincial, direito de ser membro do poder judicial, dentre outros, explica o autor que "A lei constitucional eleva ou depura a necessidade dessas habilitações na proporção da importância comparativa de tais direitos". Digno de nota é a forma com que expõe o filtro da participação popular asseverando que

Para conferir o direito de voto ativo nas eleições primárias, e na intenção de alargar o círculo dessa faculdade, contenta-se com as capacidades ou condições que julga suficientes para garantir o uso regular dela e evitar os perigos de uma concessão universal ou indistinta. Para o eleitorado exige habilitações já mais qualificadas, e assim progressivamente.²¹⁹

Tal era a justificação jurídico-filosófico para o tão debatido voto censitário: evitar os perigos de uma concessão universal ou indistinta do direito de voto. Na sequência da obra, ainda externa os patamares a que se refere quando aduz à ideia das "habilitações na proporção da importância comparativa de tais direitos": para votar nas assembleias paroquiais os que não tiverem renda líquida anual de cem

²¹⁸ KUGELMAS, Eduardo. Pimenta Bueno: o jurista da coroa. In: KUGELMAS, Eduardo (Org. e introdução). **José Antonio Pimenta Bueno**: marquês de São Vicente. São Paulo: Editora 34, 2002. p.28.

²¹⁹ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve E C., 1857. p.469-470.

mil-réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos, conforme o art. 92, par. 5.º da Constituição do Império.²²⁰

A naturalização da exigência e a consequente exclusão de cidadania da maior parte da população faz com que, no decorrer da obra discorra sobre o fato de que a base da representatividade do governo reside na soberania nacional e "Para que ele exista em sua plenitude, é necessário que o povo efetivamente goze dele com inteira liberdade, que não siga senão suas inspirações espontâneas, que deposite sua confiança e preferência à sua satisfação"²²¹.

Mas como se daria essa liberdade, em face dos limites constitucionais de então acima expostos? Explica no parágrafo seguinte:

Entretanto, para possuir este direito é preciso oferecer à sociedade certas garantias indispensáveis, certa idade, condição e propriedade, e consequentemente certa inteligência, moralidade e independência. Foi o que nossa lei fundamental procurou nas condições que exigiu, e com razão, porquanto não se trata de um direito individual ou da natureza, sim de um a importante função social. Ninguém vota para si só, sim para a representação nacional; a nação tem pois o direito de antever e garantir sua sorte, qualificando os votantes de modo que não sejam instrumento cego do ministério, nem dos potentados das localidades.²²²

Pode-se concluir, à vista do exposto, que ainda que se possa constatar uma disputa entre os moderados, exaltados e restauradores em torno dos contornos do conceito de liberalismo à época²²³, foi ele filtrado da noção democrática, da participação

²²⁰ Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléas Parochiaes.

[...] V. Os que não tiverem de renda líquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.

²²¹ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve E C., 1857. p.471.

²²² *Ibid.*, p.471-472.

²²³ De fato, a arena político-parlamentar da época foi travada entre os liberais moderados (Feijó, Vasconcelos e Evaristo da Veiga), exaltados que defendiam ampla reforma institucional em sentido federalista e alguns casos republicano e os restauradores que queriam a volta de D. Pedro I ou trazendo um pouco mais de verticalização à questão, os três rumos possíveis de opinião: os liberais (José Clemente Pereira, Gonçalves Ledo e Januário da Cunha Barbosa), embriagados pelos modelos revolucionários, os homens do estamento tradicional, rançosos do absolutismo e entre as duas vertentes, a conciliação precária de José Bonifácio, que acabou preponderando. Sobre o tema, veja-se FERREIRA, Gabriela Nunes. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.302-303, e GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.). **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001, dentre outros.

popular, como claramente se vê em mais esse excerto, cuja citação se justifica pelo próprio conteúdo: "Nossa constituição liberal franqueia tão extensamente este direito, que, à exceção de poucos que com pequeno trabalho o podem adquirir, só privou dele os vagabundos e vadios, os quais certamente não oferecem garantia alguma"²²⁴.

Contudo, os desprovidos de "inteligência, moralidade, autonomia", os "vagabundos e vadios", mesmo se excluindo os escravos, representavam 90% da população brasileira ao final do império, como indica a pesquisa estatística citada por José Murilo de Carvalho.²²⁵ De tal sorte, e recriando painel a partir das peças expostas, quais sejam, i) o amplo entendimento da historiografia clássica e contemporânea sobre o tema; ii) o pensamento jurídico à época; e iii) as estatísticas de participação popular nas eleições; somos levados a crer que a tese de que um dos principais traços do liberalismo brasileiro foi a moderação. O conservadorismo de um liberalismo cujo principal objetivo era a manutenção de um sistema.

De fato, os limites das propostas liberais no Segundo Império efetivamente se circunscreviam ao federalismo e luta pela autonomia local; à abolição do poder moderador, do conselho de Estado e da vitaliciedade do senado; e à luta pelo livre comércio e pela liberdade de expressão e culto.²²⁶ Ou seja, excluía-se a participação popular, tida como retórica liberal que embalava os líderes revolucionários no período logo após a Independência.²²⁷

Estabelecidos os principais contornos do liberalismo brasileiro no séc. XIX, e sendo o objeto da presente pesquisa os choques, no âmbito da jurisprudência criminal do Supremo Tribunal da época, entre esse ideário e as matrizes autoritário-clientelistas que nos caracterizavam, é de se analisar, num segundo momento, em que consistiria esses já anunciados valores tradicionais, e a forma como preferencialmente devemos denominá-los. É o que se debate no próximo capítulo.

²²⁴ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve E C., 1857. p.472.

²²⁵ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. p.394-395.

²²⁶ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.159.

²²⁷ *Ibid.*, p.158.

CAPÍTULO 2

CLIENTELISMO NO IMPÉRIO BRASILEIRO

Provavelmente uma das facetas menos exploradas de D. Pedro II foi o fato de ter sido o primeiro fotógrafo brasileiro.²²⁸ Antes de se tratar de algo que nosso imperador considerava exclusivamente como um hobby – uma de suas "modernidades", como se dizia à época – as fotografias se constituíram em mais um dos mecanismos utilizados para seu propósito político. Tal qual o político contemporâneo que não mais pode prescindir da utilização da mídia e dos meios eletrônicos para angariar seus votos e sua parcela de influência, o esforço do imperador com as fotos era o de construir e perpetuar uma determinada memória nacional, construindo simbolicamente sua figura e o próprio império brasileiro.²²⁹

Para tal fim, a partir da década de 1860, as imagens do Imperador tornam-se predominantemente fotográficas, tornando-se o grande instrumento de divulgação de sua imagem: moderna como queria que fosse o império.²³⁰ A partir da década seguinte, inclusive, os símbolos que emolduram os retratos vão também se distanciando das referências tropicais, na medida em que buscam um diálogo mais imediato com a cultura europeia e com o progresso industrial do Ocidente.²³¹

Porém, como afirma Lilia Moritz Schwarcz, se aos poucos o imperador alterava sua imagem, de outro lado, as estruturas do país continuavam as mesmas²³², visto que a soberania popular convivia com a sanção divina, o sistema representativo carecia de verdadeira representação, e uma Carta Magna monarquista era efetivada pela via parlamentarista.²³³ Assim, as fotos, antes de se mostrarem como retratos de aspectos de uma modernidade que então se construía, eram nove minutos – tempo

²²⁸ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do Imperador**: D. Pedro II, um monarca nos trópicos. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.345.

²²⁹ *Ibid.*, p.31-32.

²³⁰ *Ibid.*, p.345.

²³¹ *Ibid.*, p.335.

²³² *Ibid.*, p.324.

²³³ *Id.*

para a captura da imagem fotográfica à época²³⁴ – em que se ocultava nosso arcaísmo institucional.

Se o intento de Lilia Moritz Schwarcz foi o de desvelar o construto político e institucional que se escondia atrás das fotos do imperador, nossa missão, ainda que menos ambiciosa, não é menos importante: cabe-nos analisar quais são as permanências arcaicas que fazem com que vetores contrários ao liberalismo lhe fossem impostos.

Avulta-se a importância da discussão quando nos deparamos com as contraditórias trações que àquela época incidiam sobre o Supremo Tribunal, quais sejam, a dicotomia modernização liberal *versus* permanências do antigo regime. Tal ambivalência se vê da constatação de que o STJ foi constituído como uma Corte moderna, que substituiu o espaço institucional anteriormente ocupado pelas estruturas do antigo regime até então ainda presentes no Brasil. Ao mesmo tempo, os primeiros ministros a ocupar os respectivos cargos, advieram dos quadros das estruturas revogadas, como sustenta José Reinaldo de Lima Lopes²³⁵ e se verifica da própria redação da parte final do art. 1.º da Lei de 18 de setembro de 1828²³⁶ que regulamentava sua estrutura, e ainda da análise do breve currículo dos ministros que participaram do quórum deliberativo do caso apresentado na introdução.

Ou seja, ainda que o esforço de reestruturação e modernização da época pudesse ter no STJ uma de suas expressões, há que se deter para nuances que nos impedem de subestimar o peso do antigo regime: o próprio recurso que será o objeto por excelência da presente tese, qual seja, o Recurso de Revista, ainda que adquira roupagens distintas, advinha do sistema jurídico colonial, como explica Lima Lopes ao narrar que suas duas modalidades estavam previstas nas Ordenações. A revista de graça consistia em remessa ao Príncipe que averiguaria ter havido nulidade no processo (erro procedimental) ou injustiça no julgamento (erro material). Serviu o recurso "como elemento de centralização monárquica e do absolutismo

²³⁴ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do Imperador**: D. Pedro II, um monarca nos trópicos. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.346.

²³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil**: formação do Estado e da Nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.200-201.

²³⁶ "[...] Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir, sem que por isso deixem de continuar no exercicio desses Tribunaes, em quanto não forem extinctos".

centralizador", sendo que de tal forma, nasceria o Recurso de Revista do STJ "como herdeiro do esforço uniformizador do Antigo Regime, adaptado a ideias liberais e constitucionais novas"²³⁷.

Como visto na introdução, partimos de um respaldado consenso sociológico e historiográfico²³⁸, segundo o qual, seria o século XIX brasileiro um tempo de transição entre novos e velhos valores, que consiste na contraposição entre o nascente liberalismo e as permanências de um clientelismo autoritário. Citávamos, então, a histórica ambivalência brasileira: liberalismo formal para feitura de leis e instituições, e clientelismo autoritário material, nas práticas sociais e políticas.

Para contemplar a forma como essa contraposição houve por bem em se manifestar no sistema penal brasileiro do século XIX, mais especificamente no âmbito da jurisdição criminal do Supremo Tribunal de Justiça, seria necessário, destarte, analisarmos os dois termos dessa equação: tanto o liberalismo quanto o clientelismo autoritário. Tendo sido o objeto do capítulo 1 a demonstração de que existiu um liberalismo nos primórdios do Brasil independente, o qual teria norteado sua estruturação institucional, política e jurídica durante o império, e cujas feições poderiam ser definidas como o liberalismo da moderação, cumpre ainda pormenorizarmos o debate do clientelismo autoritário, o segundo ator no palco do referido embate.

Se podemos sustentar, na esteira de Emilia Viotti da Costa, que os valores associados ao liberalismo como o trabalho, poupança, forma representativa de governo, lei e justiça, indivíduo, direitos do homem e do cidadão tinham dificuldades

²³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.84.

²³⁸ Sem que se vislumbre necessidade de retomar os referenciais, apenas repise-se que nos utilizamos de HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.179; FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira. 46.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.123; ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.54; CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. Capítulo 4.º da segunda parte; COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.136; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.378; PRADO, Maria Emília. Ordem liberal, escravidão e patriarcalismo: as ambigüidades do Império do Brasil. In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emília (Orgs.). **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.168, dentre outros que poderiam também ser citados.

de se afirmar numa sociedade escravista, que desprezava o trabalho manual, cultivava ócio e ostentação, afirmava a dependência, promoção pelos laços de família e amizade ao invés de mérito e talento, instituía o arbítrio e negava direitos a maioria da população²³⁹, perscrutar os limites do liberalismo delineado no capítulo anterior seria fértil fonte de estudo.

Como se não bastasse o fato de que o clientelismo é uma das primordiais matrizes de análise do problema-objeto da presente tese, há ainda que se ressaltar que visitarmos seus pressupostos é consentâneo aos postulados metodológicos que se pretende utilizar. Sim, pois se o intento é realizar um enfoque de uma história da criminalização que não se reduza à análise jurídico-formal da legislação, é fundamental que se realize análise do tecido social no qual operava o Tribunal Supremo do império, cujos pontos e bordados poderiam ter sido cerzidos pelo clientelismo. De tal forma, seria metodologicamente defensável sustentar que o debate da lógica de estruturação social que servia de substrato para a incidência da jurisdição da referida Corte é perspectiva imprescindível para avaliar seu efetivo impacto e, finalmente, para se poder verificar se pode ser considerado liberal.

Para tanto, e como se verá nos tópicos abaixo delineados desse capítulo 2, pretende-se enfrentar o debate referente ao clientelismo no Brasil império em três distintos momentos: primeiramente, se efetivamente podemos denominar clientelismo essa especial configuração do espectro social do Brasil à época, e se as limitações da nomenclatura adotada se compatibilizam aos objetivos da presente tese. Em um segundo plano, analisaremos as matrizes históricas desse clientelismo autoritário que serão herdadas pela independência; e em um terceiro momento, analisaremos a formatação que o clientelismo acabou adotando durante o império, por meio de três distintos vetores: sua relação com o favoritismo e a patronagem; sua relação com a noção de direitos individuais; e a forma como foi instrumentalizado pelos jogos e arranjos de poder que caracterizaram o império brasileiro. É o que se verifica nas seções e subseções abaixo.

²³⁹ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.168.

2.1 O CLIENTELISMO COMO INSTRUMENTO ANALÍTICO DA CONFIGURAÇÃO SOCIOPOLÍTICO-INSTITUCIONAL DO BRASIL NO SÉC. XIX

Como se viu, não podemos adotar acriticamente uma história exclusivamente formal dos textos legais ou "comemorativa" do liberalismo, para compreendermos a criminalização penal no séc. XIX. Afirma-se isso não só pelos fundamentos histórico-metodológicos acima utilizados, mas também, e principalmente, pela vasta literatura que tem sido produzida para explicitar as peculiaridades brasileiras, que impunha trações ao processo de modernização que se vivenciou desde nossa Independência. Há inúmeras obras que, analisando esse período histórico, aludiu a essa especial configuração sociopolítico-institucional de nosso país, definindo-a como mandonismo, coronelismo, clientelismo, patrimonialismo e até mesmo como feudalismo.

O ponto que pretendemos analisar neste item, antes de descermos aos meandros das características que consubstanciariam essa tensão existente entre os novos e velhos valores na formação do Estado brasileiro independente no século XIX, diz respeito à perspectiva conceitual que se adota no presente trabalho, bem como às razões para tanto. Trata-se de *a priori* indispensável para a elaboração deste trabalho, visto que, como afirma José Murilo de Carvalho, "há imprecisão e inconsistência no uso de conceitos básicos como mandonismo, coronelismo, clientelismo, patrimonialismo, feudalismo. A dificuldade não é certamente privilégio brasileiro, uma vez que tais conceitos são reconhecidamente complexos"²⁴⁰. De tal sorte, a explicitação das razões da adoção de uma determinada perspectiva deve ser realizada, para os fins do nosso intento.

Nesse sentido, deve-se, desde logo, descartar os conceitos de coronelismo e de mandonismo. Aquele por se referir especificamente à maneira pelas quais as relações de poder se desenvolviam na Primeira República²⁴¹, sendo historicamente

²⁴⁰ CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. In: CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1988. p.130.

²⁴¹ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 2.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975, como se verifica, exemplificativamente, às fls. 20 da obra, quando, à título de "indicação introdutória", nota que o coronelismo é uma manifestação do poder privado, ou seja, "[...] uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base

datado. Este, por se tratar, não só de uma das consequências do coronelismo, como aduz Victor Nunes Leal²⁴², mas como um específico desdobramento de qualquer destes modelos conceituais que se adote. Ou seja, se o mandonismo se manifesta na perseguição aos adversários, realizada pelos potentados locais²⁴³, e pelo exercício do poder de senhores absolutos de gentes e coisas²⁴⁴, não se retira desses elementos uma sistematização mediante a qual possa se criar um conceito explicativo da sociedade brasileira. Outro ponto que ainda desfavorece sua adoção é a falta de bilateralidade²⁴⁵, ou seja, ao pretender entender como único foco irradiador do poder o localismo, torna-se razoavelmente inexato pra se entender nosso país em qualquer momento histórico, dada a marcante presença, que não pode ser afastada, do governo central ao longo de nossa história.

Uma terceira nomenclatura que merece análise é o patrimonialismo, modelo conceitual muito utilizado em nossa historiografia para definir essa tensão entre os velhos e novos valores do séc. XIX. O debate da sua aplicabilidade, e do conteúdo que a ela se atrela, remete-nos a Max Weber, autor que desenvolve originalmente o conceito do qual se apropria expressivo estrato da literatura histórica brasileira.

Para Weber, o domínio é a manifestação concreta e empírica do poder, o qual define como a oportunidade de um indivíduo se fazer prevalecer em uma relação social, que encontra eco em pessoas dispostas a obedecer.²⁴⁶ Nas suas palavras,

representativa". E nesse sentido, a efetiva extensão da base representativa no Brasil, não se deu antes da República Velha. No mesmo sentido, tem-se Andrei Koerner, para quem "A Primeira República foi a idade de ouro do coronelismo, pois com a adoção do regime federativo a ampliação da base eleitoral, foram montadas 'sólidas máquinas eleitorais' pelos chefes estaduais, os quais, no entanto, tinham a necessidade de encontrar apoio político nos municípios" (KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.25).

²⁴² LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 2.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975. p.20: "[...] as características secundárias do sistema 'coronelistas', como sejam, entre outras, o mandonismo, o filhostimo, o falseamento do voto a desorganização dos serviços públicos locais".

²⁴³ *Ibid.*, p.38-39.

²⁴⁴ CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. In: CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1988. p.133.

²⁴⁵ *Ibid.*, p.134.

²⁴⁶ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa, revisão de Paulo Guimarães do Couto. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.161.

"Dominação é a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoais indicáveis; disciplina é a probabilidade de encontrar obediência pronta, automática e esquemática a uma ordem, entre uma pluralidade indicável de pessoas, em virtude de atividades treinadas"²⁴⁷.

Nesse sentido, todo domínio procura despertar a fé em sua legitimidade, ou seja, transformar a coerção em adesão aos seus postulados, havendo basicamente três tipos de domínio legítimo: a) o domínio legal, de caráter racional, que é exercido sobre os cidadãos, por meio de leis e procedimentos impessoais, no qual os padrões de justiça são instituídos legalmente, sendo o poder exercido nos seus limites, e que terá a burocracia como sua forma típica de domínio; b) o domínio tradicional, cuja liderança terá como base os costumes e a tradição, sendo que a obediência se dirige à pessoa do líder, que a exerce sobre os súditos com base na piedade, na forma de regras habituais da equidade, da justiça ética ou da oportunidade pessoal, não segundo princípios fixos e formais, sendo o patrimonialismo a forma típica de domínio; e c) o domínio carismático, cuja liderança é desempenhada por líder que se distingue por seu heroísmo, exemplo, fora do comum e por essa razão agrupa em torno de si discípulos ou partidários, sendo difícil aqui se falar em direito, pois não reconhece instituições ou seus regulamentos e tampouco os costumes e os precedentes.²⁴⁸

Patrimonialismo, portanto, é a substantivação de um termo de origem adjetiva: patrimonial, que qualifica e define um tipo específico de dominação, a tradicional. Por se espelhar no poder arbitrário e compassivo do patriarca, manifesta-se de modo *pessoal* e instável, sujeita aos caprichos e à subjetividade do dominador. Não obstante, o arbítrio pessoal do líder não pode ser definido como ilimitado ou desmedido, visto que a tradição, ao mesmo tempo que o ampara, limita-o, ao reconhecer aos dominados certos direitos fundados exatamente na equidade e na justiça ética.²⁴⁹

²⁴⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de uma sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p.33.

²⁴⁸ *Ibid.*, especificamente o cap. III "os tipos de dominação", p.139-196 e WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra; revisão técnica de Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, especificamente o cap. 7 "Classe, estamento, partido", p.211-228 e cap. 8 "Burocracia", p.229-277.

²⁴⁹ CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber a sociologia brasileira. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v.46, n.1, p.156, 2003.

A introdução, no Brasil, do conceito de patrimonialismo como elemento explicativo de nossas matrizes históricas deu-se pelas mãos de Sérgio Buarque de Holanda, quando publica "*Raízes do Brasil*", em 1936.²⁵⁰ No referido ensaio aborda, ao final do capítulo 2, o fato de nos constituirmos em sociedade personalista, cujos vínculos sempre foram de pessoa a pessoa, no qual se acentua o afetivo, o irracional, o passional, numa atrofia das qualidades ordenadoras, disciplinadoras e racionalizadoras²⁵¹, ainda que sem referência direta à Weber.

De outro lado, constata-se que as referências diretas do final do capítulo 3²⁵², e no início do capítulo 4²⁵³ dizem respeito a exemplos concretos referidos por Weber, não tendo qualquer conexão com a parte da sua teoria acima exposta. A referência explícita às teses acima debatidas de Weber surge no capítulo 5, quando alude ao patriarcalismo brasileiro que carregou consigo uma incompreensão da distinção entre público e privado.²⁵⁴ Nesses termos, traça, com base no mesmo autor, a distinção entre o funcionário patrimonial, cujos benefícios são direitos pessoais e não interesses objetivos, e o burocrata, para o qual prevalece a especialização das funções para os fins de garantia jurídica dos cidadãos²⁵⁵. Aqui a ordenação impessoal não tinha espaço perante as vontades particulares, cuja expressão maior seria o círculo fechado da família. Dentro dessa lógica, a lhanza no trato, a hospitalidade, a "cordialidade" do brasileiro, não são boas maneiras ou civilidade.²⁵⁶ Nas próprias palavras do autor, a "[...] manifestação normal do respeito em outros povos tem aqui sua réplica, em regra geral, no desejo de estabelecer intimidade [...]" como se vê,

²⁵⁰ SALLUM JUNIOR, Brasília. Sérgio Buarque de Holanda: raízes do Brasil. In: MOTA, Lourenço Dantas (Org.). **Introdução ao Brasil**. um banquete nos trópicos, 1. 3.ed. São Paulo: Editora SENAC, 2001. p.235.

²⁵¹ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.61.

²⁵² *Ibid.*, p.90, quando alude ao fato de em alguns lugares da Sicília, "[...] segundo informou Max Weber – não residiam os lavradores, em hipótese alguma, fora dos muros das cidades, devido à insegurança [...]"

²⁵³ *Ibid.*, p.95, quando assevera que "[...] Max Weber mostra admiravelmente como a fundação das cidades representou, para o Oriente Próximo e particularmente para o mundo helenístico e para a Roma imperial, o maior específico de criação de órgãos locais de poder".

²⁵⁴ *Ibid.*, p.145.

²⁵⁵ *Ibid.*, p.146.

²⁵⁶ *Ibid.*, p.146-147.

continua, "[...] em nosso pendor acentuado para o emprego dos diminutivos. A terminação 'inho', aposta às palavras, serve para nos familiarizar mais com as pessoas [...]"²⁵⁷.

A utilização de Weber como marco teórico parece ter impressionado demasiadamente Holanda, sendo seduzido pela explicação patrimonialista da nossa sociedade que chega a ponto de afirmar que,

Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda, confirmando nosso instintivo horror às hierarquias e permitindo tratar com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido.²⁵⁸

Sendo essa a perspectiva que tem Holanda de patrimonialismo, e mais, sendo essa a relação que estabelece entre patrimonialismo e liberalismo, quer nos parecer que sua perspectiva não nos sirva para aquilatar em termos empíricos e concretos qual o grau de composição e quais as disputas de força entre os dois elementos no sistema de justiça penal no Brasil no séc. XIX. Sim, pois, se parte o autor da absoluta supremacia do patrimonialismo, seríamos induzidos a visualizar os fenômenos historicizáveis do séc. XIX também a partir dessa lupa, o que não seria uma pesquisa científica, mas a busca de confirmações de um credo, *data vênia*.

Mas Holanda não foi o único a utilizar o conceito de patrimonialismo, e, dentre a análise de outros marcos teóricos, torna-se imperiosa a referência à Raymundo Faoro. É o autor, para alguns, da mais refinada teoria patrimonialista em nosso país, o que se dá com a publicação, em 1958, de seu clássico "*Donos do Poder*", que ganhou versão ampliada e que se tornou definitiva em 1973.²⁵⁹

A versão de Faoro ganha nuance diferenciada em relação às teses weberianas de dominação tradicional patrimonialista, tanto é que ele adverte "[...] que este livro não segue, apesar de seu próximo parentesco, a linha de pensamento de Max

²⁵⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.148.

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.01-02.

Weber"²⁶⁰. Porém, não há como negar que ele utiliza conceitos básicos como patrimonialismo, estamento, dentre outros, dando-lhes porém conteúdo distinto. Isso significa dizer que ele utiliza a estruturação básica do autor, podendo-se afirmar que nesse sentido não trai efetivamente as explícitas raízes, mas as modifica, fincado na noção de tipo-ideal. Explique-se: sendo o tipo ideal um recurso metodológico utilizado pelo cientista para compreender um determinado fenômeno, os quais não serão encontrados na realidade na sua forma "pura", afirmava Weber que seria lícito ao sociólogo construir outros ideais mais apropriados, caso os existentes não prestem o serviço esperado, que é atingir as necessidades da investigação.²⁶¹ Assim, ainda que não explicitamente, quer nos parecer que Faoro tenha se utilizado do próprio Weber para construir seus tipos ideais, a partir dos quais testou suas hipóteses. As confirmações que procedem, porém, acabam nos afastando de sua utilização. Vejamos porque.

Na obra referida, Faoro constrói arquétipo no qual o Estado não assume papel de mantenedor de uma ordem jurídica impessoal e universal que possibilita aos agentes econômicos a calculabilidade para desenvolverem suas potencialidades, com o que se afasta do modelo burocrático, típico da dominação racional. Antes disso, o Estado intervém, planeja e dirige a economia para os interesses particulares do grupo que o controla, o estamento, que não se constitui em classe econômica, mas social e política. Não há regras do jogo estáveis na economia, ao contrário, elas atendem ao subjetivismo de quem detém o poder político, pelo que se constrói um capitalismo viciado no estímulo e na tutela estatal.²⁶²

Vê-se o avanço da teoria ao levar em consideração no seu espectro teórico o capitalismo, ao contrário das teses clássicas de Holanda, que trabalhava a partir de paradigma bastante anterior quando a referência é o patrimonialismo. Além disso, bem utilizou Faoro a noção de patrimonialismo weberiano que alude à ineficiência governamental, contextualizando-a no personalismo do poder, na indistinção entre o

²⁶⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.01.

²⁶¹ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa, revisão de Paulo Guimarães do Couto. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.52.

²⁶² CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber a sociologia brasileira. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v.46, n.1, p.153, 2003.

público e o privado, na racionalidade casuística e subjetiva do sistema jurídico, na irracionalidade do sistema fiscal e, ainda, na tendência intrínseca à corrupção encontráveis em nosso sistema.²⁶³

Não obstante, se o determinismo de Holanda foi o de sequer cogitar fissuras no edifício patrimonial na qual pudessem escorregar elementos de modernização, a fixação de Faoro pela teoria se dá pela noção de estamento, que, por seu turno, ocupava o núcleo da lógica patrimonial que erigiu: tratava-se da classe, para a qual, pela qual e à qual se articulava o Estado, seus negócios, suas benesses e seus favores. Assim sendo, indispensável foi pensar um sistema absolutamente centralizado para restar de pé a lógica do seu sistema.

A crítica aqui, quer parecer, não se refere ao fato de que a dominação tradicional delineada por Faoro, centralizada, não fora assim, centralizadamente concebida por Weber, como aponta Rubens Goyatá Campante.²⁶⁴ O ponto relativo à utilização do tipo-ideal por Faoro já nos faz superar esse viés. O que importa aqui é verificar se em termos efetivos, o sistema sociopolítico-institucional do séc. XIX foi tão centralizado assim. E mais: como Faoro realiza digressão que parte da Dinastia de Avis em Portugal até chegar ao Brasil do primeiro governo Vargas, a centralização praticamente sem exceção fica ainda mais dificilmente defensável. Para ficarmos num exemplo por ora: refere-se o autor à Guarda Nacional dizendo que ela foi "Fundada para se contrapor ao Exército, da grandeza do qual desconfiavam os homens da Regência [...]" tendo se tornado, continua o autor, "[...] a mão da centralizadora presença monárquica, tal como na sua moldura colonial, em perfeita continuidade"²⁶⁵.

Sem adentrar na querela a que a discussão poderia nos remeter, quer nos parecer que entender a Guarda Nacional como elemento exclusivamente da centralização, faz-nos olvidar do jogo de poder com as autoridades locais do qual a

²⁶³ CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber a sociologia brasileira. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v.46, n.1, p.161, 2003.

²⁶⁴ *Ibid.*, p.154-159, onde sustenta que a dominação tradicional patrimonial se constituiria em uma autoridade patriarcal arbitrária e compassiva, pessoal, instável, e sujeita aos caprichos do dominador; onde existiriam certos direitos e imunidades reconhecidos aos dominados, tudo o que não é sinônimo de poder centralizado.

²⁶⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.217.

Coroa deveria habilidosamente se desincumbir. Tratar-se-ia de uma apreciação equivocada, se não fosse signo mesmo de uma forçada inserção de todos os fenômenos a um leito de procusto: o estamento era o sol do qual irradiavam todas as forças.

Se trouxermos essas reflexões para o objeto da presente tese, qual seja, a criminalização no século XIX, temos que elementos da descentralização serão inafastavelmente necessários para a compreensão daquele sistema. Basta, para tanto, citarmos o juiz de paz e o tribunal do júri, paradigmas da descentralização, e que a partir de uma lupa da centralização passariam praticamente despercebidos. Razão a mais para deixarmos de adotar sua perspectiva na presente pesquisa. A lógica, ademais, não se sustenta também em termos sociológicos: o estamento só se reproduzia endogamicamente como sustenta o autor? Não teria havido a cooptação de talentos das classes inferiores, ou, para se sustentar a tese, se deve ignorar a presença na elite do séc. XIX dos mulatos Machado de Assis, Cruz e Souza e de André Rebouças? Tais análises nos levam a constatar a insuficiência da perspectiva de Faoro, para os fins ora propostos.

Alusão no ponto a Sérgio Adorno também se faz necessário, visto que debate em todo um capítulo de sua obra "*Aprendizes do poder*" as noções de patrimonialismo, liberalismo e democracia.²⁶⁶ As influências weberianas podem desde logo ser destacadas quando assevera que a indeterminação público e privado foi um dos fatores que obstou a burocratização do aparelho estatal.²⁶⁷ Mais do que isso, em um dos subtópicos do capítulo em análise, em que discute que a dupla face do Estado se daria pela contradição entre liberalismo e patrimonialismo, define este como sendo um sistema de dominação que impediu a democracia: economia patriarcal, resolução de conflitos com base no autoritarismo e apropriação de privilégios e direitos pela elite²⁶⁸, além da indistinção entre o público e o privado²⁶⁹, que recolheu como consequências a impossibilidade da democratização da sociedade brasileira, a

²⁶⁶ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. Cap. 1, cujo título é "patrimonialismo, liberalismo e democracia: ambivalência da sociedade e do Estado no Brasil pós-colonial", p.34-74.

²⁶⁷ *Ibid.*, p.35.

²⁶⁸ *Ibid.*, p.54.

²⁶⁹ *Ibid.*, p.71.

institucionalização da desigualdade social, a absoluta fragilidade dos direitos individuais e a representação política sem soberania popular.²⁷⁰

No entanto, quer nos parecer que a lógica utilizada por Sérgio Adorno acaba sendo a mesma de Holanda, ao não estabelecer espaços e fissuras através das quais o desenvolvimento e a modernização pudessem adentrar, o que redundaria em um sistema interpretativo que, absolutizando a concepção weberiana, também se mostra incompatível com a análise que se pretende realizar. Frise-se: para se aquilatar o peso e as influências recíprocas entre liberalismo e clientelismo numa determinada agência de criminalização secundária do império – o Supremo Tribunal de Justiça – não se pode partir de concepção que ignore um dos fatores, como se verifica na assertiva de Adorno, segundo a qual a ideia que perdurou durante quase um século foi a de que antes de sermos democráticos, deveríamos ser livres.²⁷¹

Além de absolutizar o patrimonialismo como única lente de observação daquela realidade histórica, incorre ainda no equívoco de imaginar que existiam sociedades que concebiam um liberalismo democrático no séc. XIX, dentro do lugar-comum dos "avançados europeus", sendo certo que não só o liberalismo também cavava seu espaço nos países da Europa, como a perspectiva democrática só veio a se arraigar efetivamente no séc. XX.

Por fim, e nos estreitíssimos limites ora impostos para o debate desse tema, que poderia, é certo, ser muito mais verticalizado, não se pode deixar de realizar rápida discussão da obra "*O minotauro imperial*" de Fernando Uricoechea.²⁷² Nela, o autor caracteriza o sistema político imperial brasileiro a partir da contradição entre um impulso modernizante e um contexto político-cultural tradicionalista, definindo-o como sendo Estado patrimonial-burocrático.²⁷³ Em suas próprias palavras: "A questão geral aqui colocada como objeto principal de pesquisa pode ser indicada como segue: como se desenvolveu uma dominação burocrática patrimonial no Brasil imperial

²⁷⁰ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.63-64.

²⁷¹ *Ibid.*, p.74.

²⁷² URICOECHEA, Fernando. **O minotauro imperial**: a burocratização do estado patrimonial brasileiro no século XIX. Rio de Janeiro/São Paulo: Difel, 1978.

²⁷³ CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber a sociologia brasileira. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v.46, n.1, p.169, 2003.

e, particularmente, qual foi o papel do patrimonialismo no processo de desenvolvimento do estado burocrático moderno"²⁷⁴.

A referência à obra faz-se mister pelo fato de que, em sendo utilizada a noção de patrimonialismo para se traçar explicação sobre as peculiaridades brasileiras já discutidas, sua perspectiva seria a que melhor se acomodaria às indagações que pretendem ser respondidas na presente tese: o sistema de justiça penal brasileiro no séc. XIX, quando se enfoca primordialmente sua cúpula jurisdicional, o Supremo Tribunal de Justiça, era reflexo da legislação liberal então normatizada, era atraído pelas matrizes de um clientelismo autoritário então encontrável, ou se constituía numa mescla pragmática entre as duas vertentes? Ou seja, quer nos parecer que da mesma forma críticas, já realizadas nos itens precedentes, podem ser dirigidas às concepções comemorativas ou formalistas de liberalismo, entender-se a sociedade única e exclusivamente por um patrimonialismo impermeável a qualquer noção de burocracia, direitos e legalidade, pode redundar no mesmo tipo de determinismo, sendo um negativo do outro.

Assim, parece haver elementos de superação do determinismo monocausal que se encontra nos extremos da equação aqui proposta, visto que se procuramos respeitar a autonomia da esfera jurídica como já apontado acima, a partir do que, não poderíamos desconsiderar no âmbito metodológico que nas fissuras desse clientelismo autoritário vigia um processo de paulatina burocratização e racionalização da sociedade. No entanto, refugir desse fato é abraçar a negação de qualquer autonomia aos aspectos jurídicos da sociedade, tratando-os como se fossem mero reflexos dos "fatores reais de poder", se for lícito utilizar a clássica acepção de Ferdinand Lassale.²⁷⁵ Negar, seria ainda ignorar todo e qualquer impacto que poderiam ter tido as normatizações constitucionais e infraconstitucionais do império, que se não foram aplicadas à risca – como sói acontecer com qualquer espécie de legislação – não se pode imaginar que foram completa e absolutamente ignoradas, como teremos a oportunidade de demonstrar adiante.

²⁷⁴ URICOECHEA, Fernando. **O minotauro imperial**: a burocratização do estado patrimonial brasileiro no século XIX. Rio de Janeiro/São Paulo: Difel, 1978. p.14.

²⁷⁵ LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Tradução de Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. (versão para eBook: ebBooksBrasil.com).

Nesse sentido, analise-se a concepção de patrimonialismo de Uricoechea, para quem a modernização se deu apesar dele, e cujo arranjo político aproveita duas classes: grandes proprietários rurais e o aparato administrativo. Ao contrário de Faoro cujo estamento é mantenedor do atraso, ou para Adorno ou Holanda, para os quais, o patrimonialismo não deixaria arestas para o mínimo de evolução liberal, não se pode discordar totalmente de Uricoechea, quando assevera que "Não é exagero afirmar que a fisionomia institucional da estrutura social brasileira modificou-se mais durante os segundo e terceiro quartéis do século XIX do que durante todo o período colonial"²⁷⁶. Ainda que se possa discordar de algumas contextualizações realizadas pelo autor, como o fato de que, para ele, a queda da monarquia se deve à sua racionalização-burocrática, momento em que deixa de ser esfera de compromissos tradicionalistas²⁷⁷, sua concepção de patrimonialismo contempla o paradoxo do liberalismo clientelista, impescindível para os fins aqui procurados.

Não obstante, quer nos parecer que a herança weberiana é tão arraigada em nossa tradição historiográfica que até mesmo leituras que negam os postulados de seus tipos-ideais, quais sejam, a burocracia e o patrimonialismo, não consigam se esgueirar de suas teias, e ao invés de desenvolver referenciais teórico-conceituais próprios, ampliam, deformam, retorcem, mas não deixam de utilizar essas categorias. É o que faz Uricoechea: traça diagnóstico suficientemente amplo; contudo, define-o como sendo um Estado patrimonial-burocrático, uma aporia de conceitos, que, para não se desgarrar das asas weberianas, mistura seus tipos ideais, ao invés de partir para reflexões próprias. Essa parece ser a crítica que também pode ser dirigida à festejada obra de Arno e Maria José Wehling sobre a atuação, entre 1751 e 1808, do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, especialmente quando asseveram que, apesar de haver setores inteiros que ainda eram regidos pelo modelo patrimonial tradicional, a judicial e a fazendária adquirira desde algum tempo antes do séc. XIX

²⁷⁶ URICOECHEA, Fernando. **O minotauro imperial**: a burocratização do estado patrimonial brasileiro no século XIX. Rio de Janeiro/São Paulo: Difel, 1978. p.301.

²⁷⁷ *Ibid.*, p.178.

outro perfil, que consiste naquilo que definiam como sendo a coexistência do modelo concentrado de administração burocrático com um modelo patrimonial difratado.²⁷⁸

De todo modo, e sendo nosso objeto específico de análise na presente tese um dos elementos do poder judiciário imperial – o Supremo Tribunal de Justiça – analisando-se a metodologia de tais obras somos definitivamente compelidos a buscar outro paradigma explicativo: se patrimonialismo havia, não se pode descurar da organização burocrática do Poder Judiciário que remonta à época colonial. Logo, imaginar um edifício patrimonial sem rachaduras faria com que simplesmente se tornassem invisíveis os elementos jurídico-formais burocráticos da época imperial, aglutinados no bojo do liberalismo. Ainda que, repita-se, trações a esse liberalismo fossem absolutamente substanciais, não se pode negar, mas o que faz com que justamente o enquadramento de forças dessas distintas matrizes mereça ser equacionada em um debate.

A utilização do conceito de patrimonialismo, que em todas as vertentes analisadas, sem embargo de tantas outras, traz em seu bojo seu antípoda, a burocracia, também traz o inconveniente de fechar os olhos para outras lógicas explicativas da evolução de uma sociedade. Ou seja, que compreendam a evolução para além da dicotomia dominação tradicional que é suplantada pela dominação racional do Estado moderno. Não sem certa dose de ironia, temos que buscar em um autor estrangeiro, Stuart B. Schwartz, a constatação de que não tivemos por aqui essa contraposição. Ao contrário, as lógicas, aparentemente distintas, por aqui travam relação simbiótica desde a colônia. Para o autor, o governo interpenetrava duas formas supostamente hostis de organização humana: burocracia e relações de parentesco e pessoais, surgindo daí uma "extraordinária capacidade de 'abrasileirar' os burocratas, quando não a própria burocracia – quer dizer, de integrá-los ao sistema existente de poder e patronagem"²⁷⁹. Segundo o brasileiro, o fato de que os agentes mais profissionais da nossa estrutura burocrático-profissional continuavam a adotar valores e perseguir objetivos contrários ao da administração racional "[...]

²⁷⁸ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.153.

²⁷⁹ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.254.

mostra a dificuldade de aplicar o modelo weberiano"²⁸⁰. É inclusive a linha que mais recentemente, e sem fazer alusões diretas a essa fonte, também adota Andrea Slemian, ao criticar a adoção do termo "burocracia" para definirmos a estruturação institucional brasileira no séc. XIX: "[...] o termo soa impreciso em virtude do predomínio de uma lógica de favorecimentos pessoais e privilégios, em que o rei era o centro da possibilidade de ascensão social por meio de graças e mercês"²⁸¹, mas não sem considerar a possibilidades de avanços, como indica em outra obra.²⁸²

Mais irônico ainda é o fato de que, a partir dessa linha de análise, realizada por um estrangeiro, pode-se abrir espaço para críticas à concepção de modernização – subjacente ao conceito de patrimonialismo – aqui debatida nos limites propostos por Max Weber, mas que poderia ser entendida como sendo eurocêntrica. Sim, existiram modelos de desenvolvimento social apartados do horizonte exclusivamente europeu, que limita a história ao desenvolvimento da Idade Média europeia que após, vai se espargindo por todo o mundo, como denuncia Enrique Dussel.²⁸³ Não se quer com isso negar a influência dos ideais europeus em nossas construções jurídicas, políticas, sociais e institucionais. Mas o que se deve avaliar é o fato de que distintos caminhos podem ter sido traçados, o que nos leva a perscrutar distintos referenciais metodológico-conceituais para que possamos estudá-los cientificamente. Medir nossa história com a régua europeia pode não ser a melhor forma de compreender nossas peculiaridades. Para ficar num exemplo, Dussel destaca que "Tudo, ou quase tudo que Max Weber atribui como sendo fatores 'internos' medievais ou

²⁸⁰ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.21. No mesmo sentido para Portugal, veja-se HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

²⁸¹ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006. p.41-42.

²⁸² SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (188-1841). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁸³ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000. p.51.

renascentistas europeus para a gênese da modernidade realizou-se sobejamente no mundo muçulmano séculos antes"²⁸⁴.

Não se trata tampouco aqui de delinear todos os fundamentos da teoria transmoderna de Dussel de superação da razão instrumental e superação do sistema-mundo.²⁸⁵ Antes disso, utilizam-se seus postulados de resgate do contradiscurso não hegemônico, dominado, silenciado, esquecido e excluído para objetivo menos ambicioso: propor que outro horizonte conceitual além do eurocêntrico possa, ou mais do que isso, deva ser utilizado para analisarmos a realidade histórica brasileira. Não que se deva assumir postura niilista de se negar os aportes científicos da Europa, perspectiva absolutamente contraproducente. Mas antes de os encamparmos como marco teórico, utilizarmos seus referenciais para desenvolvermos nossa própria maneira de enxergarmos os fenômenos que nos são peculiares.²⁸⁶

Munidos dessa concepção, abrem-se portas para que outras perspectivas de modernização possam ser vislumbradas. A dicotomia "patrimonialismo que é substituído pela burocracia" pode ser substituída por um esquema menos complexo, e talvez por isso mesmo mais realista, como o de José Murilo de Carvalho ao se referir à homogeneidade da elite brasileira, formada em Coimbra, como uma das preponderantes razões para a formação de um Estado moderno e unitário.²⁸⁷

²⁸⁴ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000. p.41.

²⁸⁵ Que, como se vislumbra em suas obras recentes, não pode "partir dos postulados burgueses, tampouco do socialismo real (com sua impossível planificação perfeita, com o círculo quadrado do centralismo democrático com a irresponsabilidade ecológica, com a burocratização de seus quadros, com o dogmatismo vanguardista de sua teoria e estratégia, etc.)". (DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. Buenos Aires: consejo latinoamericano de ciencias sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão popular, 2007. p.10).

²⁸⁶ Ao analisar o quadro *Demoiselles d'Avignon*, de Picasso, Ginzburg demonstra como o conhecimento clássico do pintor lhe possibilitou (re)conhecer de forma mais apropriada culturas distintas da sua. Ginzburg assevera o papel da conhecimento tradicional para se vislumbrar manifestações culturais diferentes e distantes, ao contrário do que a acima criticada concepção niilista recolheria como resultado (GINZBURG, Carlo. **Relações de força: história, retórica e prova**. São Paulo: Cia das Letras, 2002).

²⁸⁷ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. p.34. Como explica Stuart Schwartz, desde nossa época colonial Coimbra funcionou como agente centralizador, visto que todos os magistrados que atuavam no império português, dentre os quais aqueles que vinham para o Brasil, tinham de obter diploma nessa universidade, independentemente das origens sociais ou local de nascimento. (SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.237).

Ou ainda, a análise de Gilberto Freyre, que descreve o período ora debatido como sendo a passagem do patriarcalismo para o individualismo.²⁸⁸

É exatamente nesse sentido e justamente em virtude da insuficiência e da hermenêutica necessariamente weberiana a que nos remete a utilização do conceito de patrimonialismo, e também em função das limitações ora expostas que dela defluem, é que se preferirá na presente tese a utilização do conceito de clientelismo para se definir o padrão sociopolítico-institucional que caracteriza o séc. XIX brasileiro²⁸⁹. Há que se perceber que em nossas terras, a ética capitalista e o culto à liberdade não faziam muito sentido, como explica Emília Viotti da Costa, "[...] numa sociedade em que o trabalho era feito por escravos, as relações humanas se definiam em termos de troca de favores e a mobilidade social dependia da patronagem da elite"²⁹⁰.

Mais do que isso, o sistema clientelista fez com que se consolidasse a hegemonia das elites sobre os demais grupos sociais, tendo isso contribuído para a estabilidade do sistema político.²⁹¹ A isso se soma a concepção de liberalismo que então vigeu: antes de arroubos libertários, um sistema que também com vistas à estabilidade dotava a sociedade de liberdade suficiente para realizar eleições – ainda que censitárias; para realizar negócios – ainda que grande parte gravitasse em torno da escravidão; para contemplar um sistema parlamentarista – mitigado por um poder moderador que tudo centralizava; e para possuir um sistema penal formalmente liberal, ainda que materialmente autoritário em várias de suas instâncias. Em apertada síntese, "uma burocratização abasileirada" que possibilitava o convívio de distintas racionalidades.

²⁸⁸ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.51.

²⁸⁹ Como se deixará claro abaixo, no item relativo à pré-história do clientelismo no Brasil, no ponto há que se ouvir Alexandre Mendes da Cunha, que vislumbra no clientelismo elemento distintivo, não de um, mas de variados períodos da história política brasileira, podendo-se concebê-lo no espectro de uma "história da longa duração" (CUNHA, Alexandre Mendes. Patronagem, clientelismo e redes clientelares: a aparente duração alargada de um mesmo conceito na história política brasileira. **História**, São Paulo, v.25, n.1, p.226, 2006).

²⁹⁰ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.13.

²⁹¹ *Ibid.*, p.136.

Seguindo essa toada, quer nos parecer que a utilização do conceito de patrimonialismo vai nos remeter a um antípoda do liberalismo, o que nos leva ao seguinte impasse: ou subvertemos seu significado do tipo-ideal originário, ou forçamos sua introdução em uma, materialmente válida, mas conceitualmente estranha definição de Estado burocrático-patrimonial. De outro lado, bem mais compatível com a ambivalente convivência e interpenetrações entre o favoritismo e o liberalismo, e mais palatável ao conservadorismo da estabilidade que dali se originou, temos que se deva utilizar a noção de clientelismo para a perspectiva pela qual se almeja visualizar o século XIX.

Partindo-se do pressuposto estabelecido por José Murilo de Carvalho para a utilização do conceito, segundo o qual "[...] qualquer noção de clientelismo implica troca entre atores de poder desigual"²⁹², e se considerando a estabilidade política delineada também pelo liberalismo em nosso período imperial, tem-se que as relações verticais definidas em termos de favores recíprocos entre indivíduos das classes dominantes e os das classes subalternas, típicos de nosso sistema de cooptação e apadrinhamento²⁹³ possam se encaixar nesse esquema conceitual. O sistema de "clientela e patronagem" daí oriundo se baseava "[...] em lealdades pessoais e troca de valores implicava a subserviência do eleitorado ao chefão local, a convivência das Cortes de justiça com as classes dominantes, o sistemático desrespeito pela lei e a legitimação do privilégio"²⁹⁴.

De tal sorte, definiremos como clientelismo, para os fins desta tese, o caldo cultural brasileiro de uma estruturação hierárquico-verticalizada do espaço social, cujas relações sociais intersubjetivas sempre se dão entre um superior e um inferior, que jamais é reconhecido como sujeito de direitos; relacionamento esse que assume

²⁹² CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. In: CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1988. p.144.

²⁹³ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.169. No mesmo sentido: KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.48-49.

²⁹⁴ COSTA, *op. cit.*, p.170.

a forma do favor, da clientela, da tutela, da cooptação.²⁹⁵ Não obstante, e eis o traço distintivo de nossa aproximação ao tema, esse caldo cultural não bloqueava a modernização que ocorria em seus interstícios, mediante seus pressupostos à época: constitucionalismo e liberalismo.

Em suma, deve-se destacar que da mesma forma que concebemos um liberalismo que se amolda ao contexto brasileiro, temos que também pensar que o patrimonialismo siga a mesma trilha, cujo produto, pode, inclusive, ser permeável às noções que esse liberalismo amoldado projeta. A isso definimos como sendo clientelismo. Sua presença na construção histórica das instituições do séc. XIX é o que se pretende analisar nos itens abaixo.

2.2 ANTECEDENTES: CLIENTELISMO NA ADMINISTRAÇÃO E NO JUDICIÁRIO DA COLÔNIA

Ultrapassadas as dificuldades conceituais que inafastavelmente rondam o tema, devemos atentar para outra ordem de obstáculos no ponto, que diz respeito à forma de aproximação à discussão. É que para emprendermos uma digressão histórica sobre o clientelismo no Brasil, diferentemente do que foi proposto na introdução do capítulo 1, no qual dividimos a história do liberalismo em pré-história e história, neste ponto exige-se metodologia diferente. Ao contrário da noção de liberalismo, cuja presença sob tal nomenclatura a partir do séc. XIX não pode ser descurada²⁹⁶, temos que diferente processo ocorra com o conceito de clientelismo. Ainda que não seja errôneo se sustentar que havia uma estruturação hierárquico-verticalizada do espaço social, tracejada por relações sociais que assumiam a forma do favor, da clientela, da tutela e da cooptação, tais fenômenos não foram

²⁹⁵ Trata-se dos elementos utilizados por Marilena Chauí para delinear o que denomina "cultura senhorial". De todo modo, e pelas razões expostas, bem como pelo roteiro percorrido, utilizamos os mesmos pressupostos, porém denominando o espectro geral clientelismo. (CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. 6.^a reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000. p.89).

²⁹⁶ Ainda que, como já visto no capítulo 1, sua existência possa ser debatido no âmbito teórico-ideológico por correntes que sustentam ter sido ideia fora do lugar, o que está longe de se demonstrar no âmbito empírico.

denominados à época da forma como a presente tese propõe: como manifestações do clientelismo.

Assim, tem-se que seria inapropriado realizarmos a mesma divisão entre pré-história e história, nos termos propostos por Pietro Costa. Se nos for lícito retomar a referência já utilizada acima, e estabelecendo o autor a "pré-história" como sendo a existência de um fenômeno com suas características, ainda que não seja denominado da forma como posteriormente vem a ser²⁹⁷, pode-se considerar que a pré-história do clientelismo se prolonga por tempo posterior, inclusive, ao próprio século XIX: os fenômenos acima indicados, existiram e continuaram a existir, mas só muito recentemente foram identificados como podendo ser englobados sob a definição de clientelismo.

Somando-se a essa constatação de que no séc. XIX não se utilizava o vocábulo clientelismo para definir esse conjunto de fenômenos, tem-se ainda a complexa decantação científico-conceitual do termo clientelismo na atualidade, como acima explicitado. Essa dificuldade conceitual faz com que sejam redobrados os cuidados científicos e metodológicos para o intento ora proposto.

A par desse âmbito de dificuldades, parece-nos claro que, por mais mecanismos que se pretenda analisar, jamais se terá visão integral do programa criminalizador de uma determinada sociedade em dado momento histórico. Até porque, e como nos relembra Jenkins, o que está em pauta nunca são os fatos per se, mas o peso, a posição, a combinação e a importância que eles trazem com referência uns aos outros na elaboração de explicações. Ou seja, existem métodos para descobrir o que aconteceu, mas não existe nenhum método pelo qual se possa afirmar de uma vez por todas o que os fatos significam.²⁹⁸ Nesse sentido, informar-se o ponto de vista a partir do qual concebemos cada um desses mecanismos sociais, políticos e institucionais é tarefa irrenunciável para se aferir a validade das assertivas que serão debatidas. E, nesse sentido, temos que se deva realizar análise dos impactos do clientelismo que, ao lado do liberalismo, impuseram trações ao sistema de justiça

²⁹⁷ COSTA, Pietro. Estado de direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **Estado de direito: teoria, história, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.98-99.

²⁹⁸ JENKINS, Keith. **A história repensada**. Tradução de Mario Vilela. 3.ed. 1.^a reimpressão. São Paulo: Contexto, 2007. p.60.

criminal da época, cuja presença já podia ser sentida anteriormente ao tempo dos fenômenos objeto da análise pretendida pela presente tese.

2.2.1 (Inexistência de) separação de poderes e atribuições na administração colonial

Para se analisar a presença do clientelismo, tal como acima definido, nos interstícios do exercício do poder no Brasil, faz-se mister observar perspectiva metodológica que diz respeito ao gradativo e paulatino processo de institucionalização da separação de poder em nosso país. Em outras palavras, isso significa dizer que a tripartição de poderes tal como ora concebida e implementada formal e materialmente, não se deu como num passe de mágica, após a formulação de Montesquieu em meados do séc. XVIII. Ao contrário, trata-se de longo itinerário percorrido com idas e contramarchas, que nos permitem vislumbrar a complexidade do fenômeno e as especiais configurações que os poderes foram assumindo no devir histórico.

Como nos explicam Arno e Maria José Wehling, o "Estado era amálgama de funções em torno do rei": não havia separação ou divisão de funções e atribuições, sendo que o papel da justiça absorvia atividades políticas e administrativas, ao mesmo tempo em que coexistia com outras espécies de justiça como a eclesiástica e a Inquisição.²⁹⁹ De tal forma, é de se perceber e de se acompanhar historicamente as confluências, os contatos, e o compartilhamento de funções entre instâncias que só na atualidade podem ser discernidas como sendo o Poder Judiciário, de um lado, e a administração (poder executivo), de outro.

Ao se empreender perspectiva histórica mais ampla sobre o fenômeno, pode-se verificar que o processo de centralização da coroa portuguesa encontrou no sistema judiciário uma ferramenta conveniente e eficaz de poder. Exerciam os magistrados função especial no império ultramarino na defesa dos interesses do rei, sendo que se pode apontar, na esteira de Stuart Schwartz, que a administração da justiça era o cerne do governo real e a principal justificativa do poder do soberano.

²⁹⁹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.29.

Em termos concretos, a organização judiciária era o plano estrutural do império, constituindo no meio burocrático de controle, que se estendia às colônias.³⁰⁰

Típico disso era o fato de que os juízes de fora, na época colonial brasileira, além das atividades judiciais, presidiam a câmara municipal e desempenhavam uma série de responsabilidades administrativas que passavam pela supervisão de estalagens até medidas de fomento econômico. Tampouco escapavam dessa lógica os ouvidores, que criavam vilas, construía igrejas e supervisionavam indígenas.³⁰¹ Subindo-se ainda mais na hierarquia judiciária da colônia brasileira, verifica-se que os próprios Tribunais da Relação da Bahia e do Rio de Janeiro, também exerciam funções para além das judiciais, exercendo inúmeras atividades político-administrativas³⁰², como se vislumbra do fato de que o próprio governador da capitania do Rio de Janeiro, que depois de 1763 passou a se denominar vice-rei do Estado do Brasil, ocupava a presidência da Relação da Bahia.³⁰³

Mais pormenorizadamente, pode-se referir ao fato de que, no âmbito das atividades extrajudiciais, detinham os tribunais atribuições políticas e administrativas como órgão assessor de planejamento, exercendo o controle do processo de escolha dos vereadores do senado da câmara e dos capitães-mores, controlando o comportamento das autoridades, estabelecendo os limites entre capitanias, resolvendo e arbitrando conflitos interinstitucionais, como choque de interesses entre arrematadores de tributos e contribuintes, ou ainda conflitos entre governador de São Paulo e autoridades daquela capitania.³⁰⁴ Pode-se inclusive vislumbrar atividades administrativas que, em tese, e a partir de uma óptica contemporânea, poderiam conflitar com a própria atividade jurisdicional: o contrabando e falsificação de moedas. É que, além do julgamento dos respectivos cometimentos de crime, o Tribunal da Relação da

³⁰⁰ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.34-40. No mesmo sentido, sustenta na mesma obra que a estrutura judiciária era o cerne da estrutura administrativa do império (p.290). No mesmo sentido tem-se HESPANHA, Antônio Manuel. **A política perdida**: ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010.

³⁰¹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.39.

³⁰² *Id.*

³⁰³ *Ibid.*, p.146. No mesmo sentido: SCHWARTZ, *op. cit.*, p.289.

³⁰⁴ WEHLING; WEHLING, *op. cit.*, p.359-366.

Bahia, sem embargo de que outras instâncias judiciais tenham também assim agido, não só em relação a esse tema, mas também em relação a outros, agia como braço executivo do governo, atividade que inclusive propiciava a ampliação dos rendimentos dos seus membros³⁰⁵.

A assertiva de Arno e Maria José Wehling, segundo a qual, o Tribunal da Relação foi transformado no principal órgão da administração pública, logo abaixo do vice-rei³⁰⁶ pode ser ainda melhor compreendida quando se vislumbra que o Almanaque da cidade do Rio de Janeiro em 1792, às vésperas da chegada da família real, indicava nada menos que oito cargos da alta administração ocupados por desembargadores do Tribunal da Relação: juízos das despesas, dos degredados, das justificações, a intendência da polícia, a intendência geral do ouro, a mesa de inspeção, o juízo da Coroa e o juízo da alfândega.³⁰⁷ De fato, sustenta Lima Lopes que "[...] o primeiro sucesso importante da reforma das câmaras é separar, ou iniciar o processo de separação, das funções administrativas e judiciais"³⁰⁸, o que ocorre somente em 1828, quando da publicação do novo regimento das câmaras municipais.

Num sistema constituído por poderes que se superpunham, os casos de corrupção, a negligência e as limitações pessoais eram problemas que se tornavam ainda mais agudos, em face do enfeixamento de poderes nas mesmas pessoas.³⁰⁹ Se o clientelismo era um dos mecanismos desse sistema enfeixado, e em sendo,

³⁰⁵ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.375. No mesmo sentido, indica também Schwartz que uma das manifestações da dificuldade em se separar as funções judiciais e administrativas do Tribunal da Relação se dava pelos desembargadores que funcionavam também como conselheiros, e realizavam tarefas administrativas como arrecadação de impostos, realização de devassas para combater contrabando, fraude, evasão fiscal e especulação (SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.136-139).

³⁰⁵ WEHLING; WEHLING, *op. cit.*, p.377.

³⁰⁶ *Id.*

³⁰⁷ *Ibid.*, p.442.

³⁰⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.209.

³⁰⁹ SCHWARTZ, *op. cit.*, p.290.

qual era a lógica que portava e os impactos que trazia para o padrão de administração e juridicidade do seu tempo, é o que se analisa no tópico abaixo.

2.2.2 Clientelismo, administração e judiciário nos sécs. XVII e XVIII

Como nos explica Hespanha, no reino português, a partir de 1649 passou a ser regularmente exigível um exame régio dos letrados que quisessem seguir carreira na magistratura conhecida como leitura de bacharéis. Ainda que fosse para todos exigível, e que todos os magistrados do reino, inclusive os que atuavam nos tribunais e juízos ultramarinos, deviam se submeter a ela previamente à investidura no cargo, foram dispensados da leitura o filho do conhecido Desembargador Marchão Themudo e também o filho de Lourenço Correia de Lacerda em 1654.³¹⁰ Trata-se de exemplo suficientemente eloquente para que sejamos convencidos a realizar digressão histórica que teria por objeto remontarmos, tal qual fizemos em relação ao liberalismo, as raízes do clientelismo em nosso país.

Assim, levando-se em consideração que um amplo painel do clientelismo em nossa formação colonial seria intento que refugiria aos limites impostos pelo objeto da presente tese nesta seção, um recorte sobre o tema urge ser realizado. Nessa toada, e considerando o fulcral papel do Poder Judiciário na estruturação do império português, miraremos para os Tribunais que funcionaram à época da colônia em nosso país, por meio dos quais, teremos um painel suficientemente adequado para verificarmos a presença dos elementos ligados à especial estruturação hierárquico-verticalizada do espaço social, plasmado em relações sociais que sempre se dão entre um superior e um inferior, jamais reconhecido como sujeito de direitos, relações as quais assumem as faces do favor, da clientela, da tutela, da cooptação. Ou seja, analisaremos se podem ser vislumbradas as características do clientelismo nesse atuar. Para tal fim, utilizaremos como marcos teóricos, neste ponto, as fundamentais obras sobre os Tribunais no Brasil colônia, "Burocracia e sociedade no

³¹⁰ HESPANHA, António Manuel. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.416-417.

Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751" de Stuart Schwartz e "Direito e Justiça no Brasil Colonial. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)" de Arno e Maria José Wehling. Assim, analisemos cronologicamente cada uma das cortes, enfocando-se, como já anunciado, a presença ou não do clientelismo.

Como explica Schwartz, em 1609 é criado o Tribunal Superior Brasileiro em Salvador com 10 magistrados, que se torna a espinha dorsal do governo metropolitano no Brasil.³¹¹ Sem embargo do favoritismo como já apontado acima por Hespanha em anedótica situação, é de se perceber que os traços do clientelismo no Judiciário brasileiro remontam aos mecanismos do próprio recrutamento, presentes desde o seletivo ingresso na universidade, a única forma de entrada no Judiciário. Exigiam-se, por exemplo, antecedentes familiares que excluía cristãos-novos.³¹² O curso de direito por seu turno, além de servir para habilitar o bacharel nas lides judiciárias, tinha outros papéis, quiçá mais relevantes: de socialização entre os membros do futuro Judiciário e de garantidor da fidelidade à Coroa, na prestação dos futuros trabalhos.³¹³ Ainda mais relevante do que a entrada e o treinamento recebido na faculdade de direito eram os exames de admissão aos candidatos à magistratura aplicados pelo Tribunal do Desembargo do Paço: ao receber um pedido, o referido Tribunal Superior distribuía um questionário para o juiz na cidade ou distrito natal dos pais e avós do candidato. Nele seria aferido a "pureza de sangue" do pleiteante: nem ele ou seus antepassados poderiam ser maculados com sangue moro, mulato, judeu ou outra raça infecta. Tampouco admitia-se que seus pais ou avós tivessem tido que recorrer a trabalhos manuais. Somente após se atestar todos esses pontos é que o candidato estaria habilitado a realizar a "leitura dos bacharéis"³¹⁴.

³¹¹ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.74.

³¹² *Ibid.*, p.77.

³¹³ *Ibid.*, p.78-79.

³¹⁴ *Ibid.*, p.80-81. Vide também p.102-103.

Os olhos contemporâneos poderiam eventualmente interpretar a exigência dos requisitos como algo extraordinário e arbitrário, se não atentar para a circunstância de que tais exigências, à época, tinham sido praticamente naturalizadas, em face do papel da Inquisição, que como nos aponta Francisco Bethencourt³¹⁵, exigia os mesmos requisitos para a investidura em seus cargos à época.

Outro aspecto que também ligava a magistratura colonial brasileira aos funcionários inquisitoriais era o apego por privilégios típicos de uma lógica clientelista: segundo Bruno Feitler, muito mais relevante do que o exercício efetivo da punição foi a funcionalidade da inquisição no Brasil como mecanismo de promoção social³¹⁶, muito embora não tenhamos tido aqui um Tribunal da Inquisição.

A lógica das relações sociais fundadas no favor, na tutela e na cooptação também pode ser vislumbrada na prática jurisdicional do Tribunal da Bahia. Por exemplo, o critério para se aferir um bom advogado, como à época se considerava Balthasar Ferraz. Rico, influente, admirado e bem relacionado, obteve absolvição de seu sobrinho, mas não sem recorrer a antigas ligações profissionais no Tribunal para tal propósito.³¹⁷ Ou ainda a função de investigação em áreas remotas dos desembargadores, que recebiam percentuais sobre os bens dos culpados quando logravam êxito³¹⁸, ainda que isso causasse deletérios efeitos para o nível de desempenho do Tribunal.³¹⁹

Mas nada pode ser tão significativo do traço clientelístico da atuação judicial e administrativa do Brasil colônia quanto as tentativas de regulamentação da vida dos magistrados que por aqui serviam, e nesse sentido, "a legislação relativa à magistratura profissional foi projetada para organizar todos os comportamentos magistráticos de acordo com padrões que servissem às finalidades administrativas

³¹⁵ BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições**: Portugal, Espanha e Itália - séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.137. Na mesma obra, é de se atentar para o clientelismo da Inquisição (p.108) e ainda para o nepotismo por ela cultivado (p.122).

³¹⁶ FEITLER, Bruno. **Nas malhas da consciência**: igreja e inquisição no Brasil: Nordeste 1640-1750. São Paulo: Alameda; Phoebus, 2007. p.85.

³¹⁷ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.134.

³¹⁸ *Ibid.*, p.141-142.

³¹⁹ *Ibid.*, p.146.

reais"³²⁰, deles se esperando honestidade, imparcialidade, obediência e lealdade ao rei, e cujas vidas pessoais fosse caracterizada "por grande sobriedade e adjetivos como 'sério, grave, capaz e prudente'" e, acima de tudo, de "mãos limpas"³²¹.

Os métodos utilizados pela Coroa para atingir tais objetivos giravam em torno da lógica de elevar os magistrados acima da sociedade, por meio de um mecanismo híbrido: tanto se lhes isolava da sociedade como são signo a expressa proibição de contrair matrimônio com mulheres brasileiras³²² e de permanecerem no Brasil após seis anos aqui servindo, quanto se lhes destinavam prestígio, riqueza e influência social, gradativamente obtidas pela obediência às normas burocráticas e a ascensão na carreira.³²³

A lógica de tais normas não são capazes de revelar quais seriam os aspectos de clientelismo, se não lançássemos nosso olhar à respectiva efetividade, metodologia empregada por Schwartz: nada menos do que 17% dos 168 desembargadores que serviram no Brasil se casaram com brasileiras, como aconteceu com 2 dos 10 da primeira composição da Corte. Tais uniões se constituíam em verdadeiras antípodas dos objetivos da Coroa ao regulamentar a vida dos magistrados: antes de magistrados honestos, imparciais e leais, deparava-se com juízes que, pelos casamentos, enredavam-se em extensas rede de ligações familiares e obrigações sociais³²⁴, nas quais seus poderes jurisdicionais e administrativos eram uma peça a mais no enorme tabuleiro do poder, influência e disputa por riqueza da época. Se verticalizássemos ainda mais a pesquisa, embrenhando-nos em seara não explorada pelo autor, poderíamos ainda verificar que dos 83% que não se casavam com brasileiras, a grande maioria já estaria muito provavelmente casado, o que faria com que a análise da efetividade da norma nos levasse à conclusões ainda mais pessimistas.

³²⁰ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.148.

³²¹ *Id.*

³²² Alvará de 22 de novembro de 1610, regulamentando as Ordenações Filipinas, livro I, título 95.

³²³ SCHWARTZ, *op. cit.*, p.149.

³²⁴ *Ibid.*, p.152.

As pesquisas realizadas por Schwartz nos levam a concluir que as tentativas de isolar os magistrados não deu certo: riqueza, poder e status tornavam o contato com eles desejável para os grupos influentes, e as redes desenhadas a partir das vedadas – mas frequentes – uniões matrimoniais eram um dos principais mecanismos de articulação dessas estruturas. Como aduz o autor, o título de desembargador se tornou descrição da posição social, e não da função exercida.³²⁵

Tendo sido impossível o isolamento, flexibilizado não só pelos casamentos, mas também pelas relações de compadrio que estendiam a genealogia social, fazendo com que as relações primárias crescessem em progressão geométrica³²⁶, e ainda pelas relações sociais, comerciais e negociais desempenhadas pelos magistrados, eram frequentes não só as insinuações de suborno e subversão da justiça³²⁷, mas também os rastros históricos de tais práticas.

É o que se vê com os relatos dos governadores e vice-reis utilizando seus cargos para obter lucro, como se verifica de Diogo Botelho, acusado em 1604 de combinação de preços, interferência em hastas públicas e na atribuição de cargos, venalidade e indiferença geral à lei.³²⁸ Também se vê da impenetrabilidade da justiça real nos poderes do interior, pelas ameaças de violência, laços de parentesco e a deferência devida à posição social superior dos potentados.³²⁹ Igualmente dos ouvidores, escala intermediária do Judiciário da época entre os desembargadores da Relação e os juizes das localidades, que também eram conhecidos pelos casos de venalidade, favoritismo, contrabando e ignorância.³³⁰

³²⁵ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.247.

³²⁶ *Ibid.*, p.153.

³²⁷ *Ibid.*, p.150. Interessante notar que aduz o autor que as ilegalidades advinham não só da aproximação, mas também das hostilidades: sentenças contra poderosos podiam não ser executadas (p.156).

³²⁸ *Ibid.*, p.164-165.

³²⁹ *Ibid.*, p.209.

³³⁰ *Ibid.*, p.211.

Interessante é perceber que os atores, ao contrário do que um analista desavisado poderia suspeitar, não permanecem atônitos, tentando implementar uma inviável vertente legal e burocrática da atuação da justiça e da administração. Antes de "nadar contra a maré", os particulares e as demais instituições procuravam ajustar seus passos à música que embalava o salão, como ocorreu com a Câmara municipal de Salvador. Sim, pois tamanha eram as injustiças e as desigualdades das atividades administrativa e judicial desempenhadas pelo Tribunal da Relação da Bahia, que antes de empreender luta por equidade e legalidade, ajustou seu prumo para uma guerra por seus próprios interesses. Suas armas eram os casamentos, as relações de amizade e posições para seus filhos no tribunal.

De tal sorte, deparava-se à época com um sistema com alta carga de clientelismo e que se retroalimentava: tanto procuravam os desembargadores se enfrontar nas elites, procurando inserção social e ascensão econômica, quanto procurava a elite se articular no Tribunal, buscando a sempre salutar impermeabilidade aos controles legais.³³¹ Relações institucionais, portanto, que não eram regidas pelos critérios de impessoalidade ou legalidade. Da mesma forma que a aproximação da Câmara ao Tribunal e vice-versa se dava a partir de outras lógicas, também descobriram os governadores-gerais que "abrir a carteira era uma boa maneira de conquistar a boa vontade magistrática"³³².

A lógica clientelista era tão arraigada que até mesmo fenômenos que poderiam ser percebidos como exceções aos seus ditames, como a abertura da magistratura a filhos de artesãos³³³ ou cristãos-novos, eram explicáveis muito mais pelos mecanismos de cooptação das famílias em ascensão social e econômica do que por uma efetiva abertura democráticas dos postos do Judiciário. No segundo caso, chegou-se ao máximo do casuísmo: como os "antecedentes" religiosos do

³³¹ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.215.

³³² *Ibid.*, p.220-221. Explica o autor que "Em meados do século XVIII, os desembargadores recebiam 600 mil-réis de salário, mais 270 mil-réis de propinas ordinárias e 330 mil-réis de propinas extras (também chamadas de emolumentos) em homenagem a eventos especiais, como aniversários reais. Com todos esses pagamentos, a renda legal dos desembargadores chegava a 1 conto e 200 mil-réis, sem contar honorários por serviços especiais, ou salários extras em comissões especiais ou visitas" (*Id.*).

³³³ *Ibid.*, p.233.

magistrado só foram descobertos após sua investidura, desembainhou-se argumento que seria cínico, se não fosse clientelista: a lei dizia que não poderia entrar, mas nada quanto a permanecer nas fileiras da magistratura.³³⁴ Cabe a mesma lógica para analisar a injusta condenação sofrida por Domingos da Costa Guimarães. Ao invés de se submeter ao açoitamento público que lhe foi destinado, preferiu fugir, somente sendo revertido com a intervenção da própria Coroa, que obrigou os desembargadores a lhe pagar indenização.³³⁵ Mas o que poderia ser um tratamento impessoal de correção de erros judiciários, deve ser muito melhor explicado pelas relações de Guimarães junto à Corte.

Assim, vê-se que a impermeabilidade ao controle legal que distribuíam a terceiros como parte da engrenagem política e de poder da época, também por eles era aquinhoadada para seus próprios propósitos. Vários são os exemplos evocados por Schwartz nesse sentido, como a contínua desobediência, raramente sancionada, à vedação do comércio por parte dos desembargadores³³⁶, a utilização de poder e influência para obter ganhos pessoais, como no caso de delitos graves cometidos por parentes ou dependentes dos juízes³³⁷ e a impossibilidade dos abusos dos magistrados serem punidos – "como poderia um comerciante ou senhor de engenho processar um desembargador, se os amigos, colegas e compadres do juiz pertenciam ao tribunal que julgaria o caso?"³³⁸

Mas mais do que qualquer exemplo, é necessário fazer referência àquilo que define o autor como sendo os "princípios que guiavam as ações pessoais dentro da burocracia do judiciário". Além da antiguidade, critério bastante utilizado para a promoção na burocracia portuguesa, assinalam-se a outros dois, quais sejam, o mérito

³³⁴ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751.** Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.236.

³³⁵ *Ibid.*, p.262.

³³⁶ *Ibid.*, p.264.

³³⁷ *Ibid.*, p.266.

³³⁸ *Ibid.*, p.269.

e o nepotismo.³³⁹ Ou seja, o agir estratégico dentro da carreira deveria, desde logo, levar em consideração que tratamento diferenciado para parentes de magistrados era algo inerente à função e que, ademais, contribuiria para o senso profissional e de classe. E mais do que isso, que mérito significava não uma excelência, um agir inovador e criativo. Antes de desempenho notável, extremamente limitado pela restritíssima margem para tanto, exigiam-se competência e ação modelar, sem infração de regulamentos e normas. Objetivo, enfim, "era cumprir seu tempo de serviço sem provocar murmúrios"³⁴⁰.

Evidentemente esse padrão não era seguido por todos os magistrados. Havia os que, como João da Rocha Pitta, não entravam nesse jogo de poder e influência e agiam dentro das normas e regras que dele se esperava, tendo sido descrito pelo governo da década de 1690 da seguinte forma:

Doutor João da Rocha Pitta sedo filo desta terra e estando nela há tantos anos, vive sem casar tendo a idade de 55 anos e parece que não tem parentes pela isenção notável com que vive; e não tem fazenda nenhuma neste Estado e vive só com seus ordenados e limpeza de mãos com grande crédito de ministro de V. Mge.³⁴¹

O trecho é eloquente. "Vive sem casar na terra", ou seja, havia muitos que casavam. "Parece que não tem parentes pela isenção notável com que vive", o que quer dizer que muitos agiam a favor dos seus amigos e parentes em detrimento dos demais. "E não tem fazenda nenhuma neste Estado", demonstrando que muitos desembargadores adentravam nos lucrativos negócios da terra da época. "Vive só com seu ordenados e limpeza de mãos", ou seja, a corrupção parecia suficientemente cristalizada para surpreender um interlocutor que se deparasse com o fenômeno inverso. Na apertada síntese de Schwartz, "João da Rocha Pitta era a exceção que confirmava a regra"³⁴².

³³⁹ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.248-249.

³⁴⁰ *Ibid.*, p.249.

³⁴¹ *Ibid.*, p.286.

³⁴² *Id.*

2.2.3 Clientelismo, administração e judiciário no séc. XVIII

Aduz Natasha Schmitt Caccia que uma das poucas alterações da estrutura judicial, dentro do projeto de centralização e racionalidade imposto pelo Marquês de Pombal³⁴³ se deu mediante a instalação de dois tribunais da relação na colônia.³⁴⁴ Como visto acima, existindo o Tribunal da Bahia desde o início do séc. XVII, a execução desse projeto se deu através da instalação oficial do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, em cerimônia realizada em julho de 1752, não obstante tivesse sido aprovada sua criação pelo rei em 16 de fevereiro de 1751.³⁴⁵ As políticas pombalinas se adequaram àquilo que definem Arno e Maria José Wehling como sendo um momento estratégico para o reino de Portugal, no qual, pendia a decisão entre uma forte reafirmação do Estado ou um aprofundamento de seu enfraquecimento. De tal sorte pode-se concluir que a Relação do Rio, com jurisdição sobre as regiões central e sul do Brasil, antes e longe de ser um instrumento para aprimoramento da prestação jurisdicional, pretendia ser um instrumento da primeira vertente de fortalecimento da presença estatal.³⁴⁶

Mas antes de traçarmos um amplo e detalhado painel sobre todos os impactos da Relação do Rio de Janeiro na sociedade da época, e tal qual realizado na subseção acima, pretende-se realizar um recorte referente ao papel que teria desempenhado o clientelismo no sistema de justiça-administração vigente na segunda parte do período colonial. Nosso intento é deveras facilitado porque, somando-se à divisão cronológica que poderia ser feita, e harmônica a ela, temos a criação do Tribunal no Rio de Janeiro em meados do séc. XVIII. De tal sorte, e como anunciado acima, utilizaremos neste ponto como marco teórico a obra "Direito e Justiça no Brasil Colonial. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)" de Arno e Maria

³⁴³ Como visto no item 2.2. do capítulo 1.

³⁴⁴ CACCIA, Natasha Schmitt. Os juristas e o poder político monárquico português. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.158.

³⁴⁵ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.121.

³⁴⁶ *Ibid.*, p.124.

José Wehling, não tanto pela – incontestável – profundidade, mas também em virtude de abranger aspectos compreendidos no recorte temático ora proposto. Em outras palavras, mediante a análise da obra teremos um painel adequadamente configurado para aquilatarmos a presença dos elementos ligados ao clientelismo, que na visualização proposta no presente trabalho diz respeito à estrutura hierárquico-verticalizada das relações sociais assentadas na lógica do favor, da clientela, da tutela e da cooptação.

Para se verificar a presença dos traços acima indicados do clientelismo na estrutura administrativo-judiciário no séc. XVIII, podemos empregar da mesma metodologia utilizada para se realizar tal debate nos séculos que lhe antecederam, qual seja, iniciar pelos processos e recrutamento que então eram empregados.

Primeiramente, deve-se destacar que o ingresso na burocracia judiciária continua se dando por meio do exame denominado leitura, que o bacharel realizava no Desembargo do Paço, na sede do Império.³⁴⁷ Ainda que pudesse ser objeto de análise e verticalização, interessa-se menos aqui o conteúdo do referido exame do que o preenchimento dos requisitos para nele ser admitido, visto os traços clientelistas que ali podem desde logo ser verificados.

É o que se verifica da própria petição que iniciava o processo, cuja qualificação do candidato deveria incluir até o nome dos avós. Após ser recebida, era remetido o processo para a comarca onde o requerente era natural, para oitiva de testemunhas, após o que o corregedor despachava o requerimento, habilitando-se o candidato a fazer o exame.³⁴⁸

Relevantes são as indagações dirigidas a essas testemunhas, que denotam explícita seletividade estamental (a nobreza em sentido lato, ou seja, o não exercício de função mecânica), seletividade étnica (inexistência de sangue judeu, mouro, mulato ou cigano), seletividade religiosa (se era católico tradicional e não recente) e ainda moral (se apresentava boa conduta). Sabe-se de casos, como o do bacharel José Borges de Barros, natural da Bahia, que, apesar de lhe ter sido imputada a

³⁴⁷ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.250.

³⁴⁸ *Ibid.*, p.252-253.

pecha de ser neto de lojista, foi habilitado a realizar o exame em virtude de seu avô possuir vários mulatos que lá trabalhavam. Situação mais difícil foi vivenciada por Domingos Dias de Matos, cujos testemunhos do procedimento de habilitação ao exame davam conta de que seu pai fora criado e serviu de caixeiro de um comerciante do Porto, porém, mesmo assim, logrou êxito na empreitada.³⁴⁹ Como externado anteriormente, todavia, não se pode interpretar essa flexibilidade como sendo democratização impessoal do acesso à profissão de magistrado, mas o contrário: cooptação das famílias em ascensão. Como sustenta Caccia, o conjunto dos requisitos exigidos dos candidatos à magistratura visavam à formação de uma raça homogênea, cujo acesso era restrito, formando uma espécie de nobreza de toga.³⁵⁰

Abrindo-se espaço para a verticalização dos procedimentos de habilitação ao exame, vê-se que a lógica clientelista da cooptação impunha-se mesmo à drasticidade das normas de seletividade como ainda se vê da efetividade da norma que impunha a seletividade religiosa. Como asseveram Arno e Maria José Wehling, "a condição de cristão-novo era levantada com menos freqüência", não porque não pudesse ser constatada, mas talvez porque a cooptação pudesse ser instrumento mais importante para o jogo da época, do que a preservação de uma pureza que não faria mais tanto sentido no séc. XVIII.

Nos estritos limites impostos à presente seção, pode-se fazer referência às bases dessa linha de raciocínio, na esteira de Daniela Buono Calainho, que se refere ao fato de que Portugal e Espanha eram as nações mais tolerantes durante o período medieval, tanto é que a exclusão dos judeus das funções públicas, conforme estabeleceu o IV Concílio e Latrão de 1215, não teve aplicação prática nesses países, havendo mútuo respeito entre cristãos, judeus e mouros, sendo inclusive comuns os casamentos mistos.³⁵¹

³⁴⁹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.255.

³⁵⁰ CACCIA, Natasha Schmitt. Os juristas e o poder político monárquico português. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.162-163.

³⁵¹ CALAINHO, Daniela Buono. **Agentes da fé: familiares da Inquisição portuguesa no Brasil colonial**. Bauru: Edusc, 2006. p.46.

Não obstante, na Espanha, houve franca ascensão do poder, do prestígio e da situação econômica dos judeus, que ocupavam postos na burguesia financeira, controlavam o comércio do dinheiro, desempenhavam profissões artesanais de relevo, e faziam parte das elites intelectuais e artísticas. Diante disso, durante os séculos XIV e XV foram odiados e hostilizados pela burguesia cristã-velha, até que em 1492 foi decretada a expulsão definitiva dos judeus que não se convertessem ao cristianismo, o que fez com que milhares migrassem para Portugal.³⁵²

Se, de um lado, essa entrada trouxe ganhos econômicos, de outro, desnudou a questão judaica, ademais com a subida ao trono de D. Manuel em 1495, cuja aproximação política à Espanha fez com que se agravasse a discriminação religiosa. Contudo, ainda de forma ambígua, expulsava judeus e muçulmanos, mas isentou os cristãos-novos de inquirições durante 20 anos. Desde então foram sendo criados obstáculos legais aos judeus e cristãos-novos: em 1514 foram proibidos de ocupar cargos públicos; a partir de 1529 foram proibidos de ingressar em ordens militares; a partir de 1581 não podiam mais se casar com cristãos-velhos; e, em 1604 foram vedados de entrar na universidade de Coimbra³⁵³. Pode-se inferir, na esteira da autora, que "[...] a legislação portuguesa dos séculos 16 ao 17 foi mesmo implacável na discriminação sistemática dos judeus, cristãos-novos, negros, mulatos, índios e ciganos, adquirindo um caráter extremamente racista e segregacionista"³⁵⁴. Ainda que se possa perceber o fenômeno por outro viés, qual seja, a naturalização da desigualdade entre os homens que vigia no antigo regime, o ponto enfocado diz menos respeito à intolerância que pode ser lida da análise da autora, quanto as bases que vão redundar nas permanências, séc. XIX adentro, de uma sociedade hierarquizada e verticalizada, cujos entraves eram superados por meio do favor e da cooptação.

De todo modo, e não obstante o painel traçado pela autora, não se pode descurar do fato de que na segunda metade do séc. XVIII, conforme se analisou na subseção 1.1.1, tivemos pelas mãos do Marquês de Pombal, sob o ímpeto do iluminismo, profundas e efetivas mudanças legais, institucionais e administrativas,

³⁵² CALAINHO, Daniela Buono. **Agentes da fé**: familiares da Inquisição portuguesa no Brasil colonial. Bauru: Edusc, 2006. p.46-48.

³⁵³ *Ibid.*, p.49-50.

³⁵⁴ *Ibid.*, p.53.

que procuraram reorganizar o Estado com sua modernização e racionalização, o que acabou reforçando o poder estatal.

No que se refere aos traços racistas e segregacionistas da sociedade portuguesa, não tanto por inspirações humanistas, como se poderia deduzir de uma proposta iluminista, mas provavelmente, como aduz Calainho, por conta da necessidade de aumento do capital em circulação³⁵⁵, no bojo de todas as reformas já aludidas, procurou-se, com a devida cautela, superar essa distinção entre cristãos-novos e cristãos-velhos. Assim, em 1771, suprimiu-se a distinção entre as classes, em 1773 foram abolidas as provas de limpeza de sangue para os cargos públicos e honrosos e em 1774, os próprios condenados pela Inquisição e seus descendentes poderiam se habilitar aqueles cargos.

Não seria de todo equivocado aludir-se o fato de que ainda em 1783, como se refere Gilberto Freyre, a Irmandade Nossa Senhora do Amparo em Olinda ainda exigia dos candidatos a condição de solteiros, não serem pretos, judeus ou mulatos até o terceiro grau, que não tivessem ofícios vis e que não fossem pecadores públicos e escandalosos. Mas enquanto isso, várias irmandades, também plutocráticas em sua composição, exigiam tão somente bons costumes condição de brancos e a capacidade de pagarem "esmola" em quantia considerável, como a Irmandade do Santíssimo Sacramento de Nossa Senhora dos Remédios em Vila Nova de Sousa.³⁵⁶ Explica o autor que as exigências de admissão às confrarias aristocráticas mudavam de acordo com as condições regionais, composição étnica, formação social e econômica da população. E assim,

Em Sousa não podia uma Irmandade do Santíssimo Sacramento ser tão exigente quanto à antiguidade da condição de branco do candidato a irmão como em Olinda, Salvador ou Recife, onde a sondagem alongava-se até o terceiro grau de ascendência, resguardando-se a corporação da presença de pessoas com sangue de preto, de mulato ou de judeu [...].³⁵⁷

³⁵⁵ CALAINHO, Daniela Buono. **Agentes da fé**: familiares da Inquisição portuguesa no Brasil colonial. Bauru: Edusc, 2006. p.56.

³⁵⁶ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.407.

³⁵⁷ *Ibid.*, p.408.

Essas comparações podem trazer um ingrediente a mais na análise: se o ambiente não pode fugir das regras, as regras tampouco podem fugir da ambientação que lhas tracionavam. E assim, de posse dessas visualizações, torna-se mais claro o baixo índice de inabilitação de candidatos à magistratura que fossem cristãos-novos. Essa imposição, em franca decadência, como comprovariam os textos normativos acima citados, não teria a densidade necessária para derrogar as articulações sociais e políticas com famílias em ascensão, desde que o novo magistrado "[...] buscasse a nova identidade e recusasse a antiga, quer efetivamente a tivesse, quer lhe fosse atribuída"³⁵⁸. Até porque ser desembargador representava a consolidação de um processo de ascensão social³⁵⁹: havia inegável prestígio social dos desembargadores, que se inseriam na vida social da cidade, por meio de inúmeros instrumentos: relações de parentesco, pessoais, comerciais e até mesmo casamentos com mulheres dos estratos sociais mais altos. Nesse tipo de sociedade, "[...] as pessoas não valiam, apenas, por si, mas pela sua inserção numa rede clientelista e relações que poderíamos chamar de comunitárias"³⁶⁰.

Para além dos procedimentos de recrutamento, é de se verificar, quanto ao período analisado, a continuidade da vigência das regras sobre a vida dos magistrados, como ocorre com a proibição de casamento com as colonas. E, outrossim, da continuidade do desatendimento dessas regras pelo tráfico de influência, redundando em todos os efeitos de perda de parcialidade, e introjeção nas redes sociais locais, como analisado na subseção acima. Para o período considerado, e sem prejuízo para outros matrimônios que tenham ocorrido sem autorização da Corte, houve cinco pedidos de autorização de casamento por desembargadores com mulheres brasileiras.³⁶¹

³⁵⁸ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.261.

³⁵⁹ *Ibid.*, p.273.

³⁶⁰ *Ibid.*, p.82.

³⁶¹ *Ibid.*, p.308-309. No mesmo sentido: CACCIA, Natasha Schmitt. Os juristas e o poder político monárquico português. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.166.

Nesse sentido, e tal qual no período anteriormente analisado, os magistrados disponibilizavam relações de negócios e pessoais que redundavam não só em proteção indevida a interesses individuais, mas igualmente em lesão à Fazenda Real e tráfico de influência. É o que se vê com a carta do Vice-rei Conde da Cunha, datada de 1767, em que solicita sua saída do governo, ocasião em que aproveita o ensejo para acusar os juízes da Relação de protegerem interesses escusos de devedores de quantias graves à Real Fazenda. Acusou-se especificamente o chanceler João Alberto Castelo Branco e alguns desembargadores de proteger sistematicamente comerciantes e fazendeiros locais, grandes devedores de impostos. Não obstante, as denúncias não foram levadas adiante, muito provavelmente porque o denunciado Castelo Branco assumiu cargo de conselheiro no Conselho Ultramarino no dia 11 de novembro do mesmo ano. Não sem certa dose de ironia, ou talvez, não sem muita malícia política, a 17 de maio do ano seguinte é o próprio denunciante – Conde da Cunha, quem toma assento no mesmo conselho.³⁶²

Ainda que não tenha sido objeto de verticalização por parte dos autores, a missiva é extremamente reveladora dos interstícios do Tribunal da Relação à época. A secular proteção a determinados interesses privados, seja por relações pessoais, apadrinhamentos, seja por relações comerciais, são de fato denunciadores de uma lógica clientelista. E, seguindo o fio condutor do que já fora exposto anteriormente quando citávamos Schwartz, outro traço do clientelismo pode ser verificado na própria promoção dos que participavam do achaque aos cofres públicos: mérito, ao invés de competência e excelência, significava ação modelar e sem infração de regulamentos e normas. Mas mesmo esse limitado conteúdo semântico poderia ser elástico, dependendo-se da proximidade com as autoridades que fizessem a interpretação do fato. Quer parecer ser dificilmente negável que a lógica do favor e do clientelismo tenham impregnado essa sucessão de fatos, e, nesse sentido, parece a razão pender para Caccia quando assevera que as promoções na carreira eram guiadas pelo nepotismo e pelo apadrinhamento.³⁶³ Ademais, quando lançamos uma

³⁶² WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.310-311.

³⁶³ CACCIA, Natasha Schmitt. Os juristas e o poder político monárquico português. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.167.

última análise: teriam sido tão elevados os propósitos do Conde da Cunha ao denunciar as mazelas do Poder Judiciário do Rio de Janeiro da época? Ou, por outro lado, não tendo êxito em realizar alianças estratégicas, que lhe trariam polpidos rendimentos, preferiu desistir do cargo no Brasil, mas não sem sabiamente estocar seu sabre: tanto é que logo após assumia posto num dos mais prestigiosos conselhos da Corte portuguesa? Trata-se de indagações cuja resposta dificilmente poderia ser obtida pelas fontes disponíveis. Porém, o exercício é útil para aventarmos leituras que podem explicar aquilo que, de outra forma, pareceria irônico ou no máximo uma coincidência: denunciante e denunciado compartilham do mesmo colegiado em tão pouco tempo depois.

Não sem interesse seria notar que o Governador que lhe sucedeu, o Marquês do Lavradio, teve melhor relacionamento com a Relação. Isso pode ser visto inclusive pela maior instrumentalização do clientelismo que fazia, como quando escreve ao governador de Pernambuco pedindo-lhe que intercedesse em favor do desembargador João Antônio Salter de Mendonça, que tinha interesse particulares a resolver naquela capitania.³⁶⁴

Pode-se dizer que, de forma ainda mais acentuada do que no próprio período anteriormente analisado, tendo em vista a sistematização e formalização propostas por Pombal, era objetivo do Estado português profissionalizar a magistratura e isolá-lo das redes de relações locais. Porém, os efeitos dessa estratégia não se revelavam suficientemente fortes para debelar o arraigado clientelismo³⁶⁵, tanto formalmente, no que diz respeito à anuência dos casamentos com brasileiras, quanto materialmente, referentemente à força das relações familiares e sociais que se impunham.³⁶⁶

Perseguindo os passos de Arno e Maria José Wehling, depara-se com diversos outros fatos que demonstram que as reformas iluministas não foram suficientes para combater a lógica clientelista da qual se abeberava o Tribunal para instruir sua prática. Para ficarmos num único desembargador, José Martins Costa teria se apossado,

³⁶⁴ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.415.

³⁶⁵ Esclareça-se que os autores utilizam a noção de patrimonialismo para definir o caldo político cultural que deveria ser enfrentado pelo iluminismo. Remete-se no ponto o leitor ao item 1 do capítulo 2 para se esclarecer as razões pelas quais preferimos a nomenclatura clientelismo.

³⁶⁶ WEHLING; WEHLING, *op. cit.*, p.319.

por meios escusos, de terrenos no centro da cidade, valendo-se de sua condição de magistrado para intimidar os particulares, utilizando-se do apoio do também desembargador João Figueiredo.³⁶⁷ Além disso, e para forçar a venda de um pequeno terreno contíguo à sua própria casa, pertencente à Custódio Pinto de Oliveira, apoiado pelo desembargador Francisco Álvares de Andrade formaram ao carpinteiro culpa de mancebia, pela qual ficou preso. Na sequência, como era "amante da mulher de Custódio, o magistrado conseguiu que esta solicitasse o divórcio, cabendo-lhe o terreno em disputa, que acabou incorporado aos bens de José Martins Costa". E para que não se possa alegar que as disputas de terrenos se trataram de fatos isolados na carreira de Costa, pode-se referir ainda que também exercia vedada atividade industrial e comercial, inclusive exportando produtos.³⁶⁸

Há situação definida por Arno e Maria José Wehling como sendo caso-limite: o Vice-rei Luís Vasconcelos e Sousa arrendara chácara, em cujo terreno de acesso determinou fossem plantadas árvores frutíferas e cercas vivas para uso público. Ocorreu que animais de vizinhos reiteradamente entravam no terreno e o danificavam, diante do que os respectivos proprietários foram avisados de que os animais seriam tomados pela guarda que vigiava o local. Eis que dia 30 de dezembro de 1781 um carneiro de propriedade do desembargador Ambrósio Pitalunga foi apreendido e morto nessas circunstâncias, tendo o desembargador pessoalmente ameaçado, insultado e desacatado a guarda. Diante de tal fato, o desembargador foi preso por ordem do vice-rei, e os sucessivos pedidos da família do acusado, em demovê-lo do intento, só lograram êxito em fazer com que pedisse que a rainha tivesse alguma clemência.³⁶⁹

Os autores utilizam tal situação para retratar os enfrentamentos, longe de serem comuns, mas que também raros não eram, entre o vice-rei e os membros do Tribunal. Não obstante, quer nos parecer ser lícito realizamos outra análise, que numa primeira leitura da situação, levaria a que fosse o caso entendido como contraexemplo, ou seja, como a legalidade da aplicação das leis vicejava naquele ambiente clientelista. Se pode ser assim visto, outra leitura também não seria

³⁶⁷ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.317.

³⁶⁸ *Ibid.*, p.318.

³⁶⁹ *Ibid.*, p.417-418.

completamente desautorizada: o entendimento de que o clientelismo era tão contumaz e rotineiramente aplicado, e as relações ficavam tão frouxamente reguladas, que iam se institucionalizando injustiças, perseguições e favoritismo que chegavam a um limite de ter que ser enfrentados legalmente.

Questão extremamente importante para os fins da presente tese, e que entreabriria o debate que adiante será realizado sobre a jurisdição criminal do Supremo Tribunal de Justiça – premido, de um lado, pela recepção do liberalismo constitucional do séc. XIX e pelas permanências do clientelismo, de outro –, é a de se as mudanças legislativas à época de Pombal foram recepcionadas no âmbito judicial brasileiro, ao que respondem os autores: "Dos processos que ascenderam ao Tribunal da Relação do Rio de Janeiro à Casa da Suplicação de Lisboa e pelos assentos desta, poder-se-ia preliminarmente – à falta de estudo exaustivo dos primeiros – concluir positivamente acerca da efetiva aplicação das novas normas"³⁷⁰. Sendo nosso objeto a análise de como a criminalização do séc. XIX foi impactada pelos discursos do liberalismo e do constitucionalismo, torna-se necessário destacar que anteriormente a isso, é de se analisar se o iluminismo de Pombal também representou alguma alteração no padrão do direito e processo penal do antigo regime.

Apesar da resposta afirmativa exarada pelos autores, é de se perceber que o titubeio por eles demonstrado pode ser oriundo de pistas que eles mesmos tracejam, e que podem ser utilizadas por mais atento analista de tal enfoque do período – a criminalização. Por exemplo, a permanência da lógica do direito comum no que diz respeito ao terreno probatório, não obstante os influxos iluministas, não pode ser ignorada. Como asseveram, mesmo após as reformas acima citadas, as provas poderiam ser colhidas com base nas ordenações, em legislação extravagante, e ainda com fundamento na jurisprudência, tudo para acelerar o desfecho da decisão judicial, o que, ao final, restringiria o direito de defesa.³⁷¹

As tentativas de contenção da jurisdição do antigo regime, mediante as já citadas reformas pombalinas, tampouco tiveram o condão de dizimar o paradigma que então se almejava substituir. Continuaram sendo comuns na atividade judicial

³⁷⁰ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.461.

³⁷¹ *Ibid.*, p.471-472.

do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, as comutações de pena de degredo para pena pecuniárias, como, por exemplo, aconteceu com Maria Correia do Desterro, que condenada a cinco anos de degredo por estar portando uma faca, modificou-se-lhe a pena para multa de 50 mil-réis. Acomodando-se à lógica do quadro até agora esboçado, tem-se a não desprezível circunstância de que nos casos de perdão, ou de concessão de benesses para o acusado, o Tribunal se beneficiava financeiramente. É o que ocorria com as cobranças de valores em virtude das despesas da relação³⁷², ou no caso de autorização para responder ao processo em liberdade, por meio do instrumento das "cartas de seguro", concedidas por prazo específico, e cuja prorrogação também exigia pagamento de custas, e ainda nos pedidos de reabertura de prazos processuais perdidos, que normalmente eram atendidos, o que fazia com que a coisa julgada não se revestisse de garantia para o beneficiado.³⁷³

Uma linha de raciocínio que compreenda tais âmbitos de permanência pela lógica explicativa distinta do clientelismo que constatávamos, pode ser abalada por meio da análise dos privilégios que interferiam nos processos: isenções, foro privilegiado e prazos diferenciados constituíam práticas comuns às ações judiciais que eventualmente envolvessem um nobre, um clérigo ou um membro graduado da administração pública. A mesma dificuldade que havia para prender um bacharel ou processar um titular da Ordem de Cristo³⁷⁴, também havia para soltar alguém que não o fosse: ao assumir o governo em 1779, o vice-rei Luís de Vasconcelos e Souza endossou a representação feita pelo Desembargador da Relação em favor de Mateus Homem da Costa, que acusado de envolvimento com diamantes em 1752, foi declarado inocente pelo Tribunal em 1760, e, como tal decisão ainda não fora confirmada, ainda se encontrava preso, dezenove anos após a decisão do Tribunal e vinte e sete anos após os fatos – dos quais fora sucessivamente declarado inocente. Isso tudo, no mesmo processo em que o capitão Simão da Cunha Pereira havia sido

³⁷² WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.354-355.

³⁷³ *Ibid.*, p.357.

³⁷⁴ *Ibid.*, p.573.

condenado ao degredo e outra penas, mas que, por recurso ao rei, fora perdoado em 1761, desde quando estava em liberdade.³⁷⁵

Aspecto que os limites da presente tese não permitiria verticalização, mas que se constituiria em fértil campo de investigação sobre as confrontações entre o clientelismo e o iluminismo das reformas de Pombal, diz respeito à competência advocatória das Relações. Além da competência originária para processar e julgar ações cíveis, criminais e da fazenda, e da competência recursal para julgar apelações e agravos, nos termos das Ordenações Filipinas, a competência advocatória permitia que se avocasse dos juízos inferiores, causas nas quais, produzidas as provas, poderia ser atribuída pena de morte natural, cível ou cortamento de membro.³⁷⁶ É o que ocorreu, por exemplo, na inconfidência mineira, cujo impacto político à época fez com que o respectivo processamento fosse avocado pelo vice-rei e governador da relação.³⁷⁷

Ainda que se pudesse aprofundar a temática referente ao tripé criminalização, clientelismo e atividade administrativo-judicial no Brasil colônia, o quadro é suficiente para traçarmos algumas conclusões que nos serão úteis para o encadeamento de ideias que seguem.

Consentâneo com as políticas pombalinas, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro foi manifestação da centralização e da racionalização do Estado português, na qual foi absolutamente relevante o papel da elite judicial. Não obstante, nem todos – ou muito poucos – souberam agir de acordo com esses objetivos, por diferentes motivos: compromisso ideológico com visão do passado, que limitava a autonomia profissional do magistrado como indica Caccia³⁷⁸, conflitos pessoais ou institucionais

³⁷⁵ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.200-201.

³⁷⁶ *Ibid.*, p.347.

³⁷⁷ *Ibid.*, p.401. Sobre o tema veja-se HESPANHA, António Manuel. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.428.

³⁷⁸ CACCIA, Natasha Schmitt. Os juristas e o poder político monárquico português. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.166.

com outras autoridades como propõem Arno e Maria José Wehling³⁷⁹, e, para nossa hipótese teórica, principalmente o envolvimento na rede de interesses locais.³⁸⁰

Nesse sentido, mais relevante do que a constatação de uma corrupção que envolvia a distribuição de justiça à portas fechadas³⁸¹, tem-se a noção do que seria um "comportamento aceitável" por parte dos magistrados, ou seja, aquilo que, sem acarretar um colapso do sistema administrativo, divergia entre as normas de comportamento e as práticas efetivas dos magistrados: não se admitia que juízes aceitassem suborno, mas se faziam vistas grossas às transações comerciais por eles abertamente realizadas.³⁸² Aqui se tem a chave explicativa na qual o clientelismo, antes de obstaculizar a institucionalização dos entes que estruturavam a atividade administrativo-judicial da colônia, pode ter sido a forma pela qual se possibilitou uma fresta de abertura suficiente para a manutenção do sistema. O fechamento dos sistemas político, jurídico e institucional, como sói acontecer em um mundo colonial, pode inclusive ter sido fator de indução do jogo clientelista, como sustenta Schwartz: como não influenciavam a formulação das leis metropolitanas, grupos de poder coloniais tinham que influenciar sua hermenêutica e aplicação, e laços entre magistrados e locais davam esse espaço.³⁸³ Evidentemente que não se pode conceber o clientelismo como instrumento de democratização das relações de poder, até porque os mecanismos de sua utilização não estavam a todos franqueados, como verificado acima. Antes de se conceber como elemento negativo ou positivo – algo incompatível com uma análise histórica que pretenda perscrutar os mecanismos de uma determinada temporalidade –, o fato é que se pode e se deve constatar o

³⁷⁹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.441.

³⁸⁰ Não se quer dizer com isso que os referidos autores ignorem esse aspecto. Não obstante, não tratam dele como aspecto fundamental daquele arranjo sociopolítico institucional, como abordado pela presente tese.

³⁸¹ WEHLING; WEHLING, *op. cit.*, p.112.

³⁸² SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p 154-155.

³⁸³ *Id.*

"abrasileiramento da burocracia"³⁸⁴ e seus reflexos: elasticidade e flexibilidade das práticas institucionais, de um lado, corrupção institucionalizada, de outro. No Brasil, vê-se, não houve revolução burguesa capitaneada pelos excluídos do poder. Por aqui houve reclamos contra os abusos do poder, não porque fossem injustiça, mas quando não se era convidado para o banquete.

A maneira como essa lógica de conformação de uma hierarquia verticalizada do espaço social, que se instrumentaliza por meio do favor, da clientela, da tutela e da cooptação adentrou o séc. XIX, é o que se analisa na seção abaixo.

2.3 AS MATRIZES DO CLIENTELISMO NO IMPÉRIO BRASILEIRO

2.3.1 Clientelismo, cooptação e estabilidade

Com a vinda da família real e seu enorme séquito para o Brasil, abre-se privilegiado espaço para se analisar as redes de sociabilidade e integração entre os colonos e os metropolitanos mediante correspondências entre os funcionários que para cá vieram e seus familiares que ficaram na metrópole. Dentre as inúmeras facetas que poderiam ser destacadas, empreende Andréa Slemian análise da qual recolhemos o fato de que "a ascensão política no universo da corte era embasada pela prática secular da 'economia do dom'"³⁸⁵, que consiste no ato de 'receber e restituir privilégios' que era muito antigo em Portugal, e que "funcionava como verdadeiro cimento das relações políticas e gerador das redes de favorecimento pessoais"³⁸⁶.

De fato, pululam exemplos concretos citados pela autora de permanências do mecanismo, como Luís Joaquim dos Santos Marrocos, funcionário da biblioteca

³⁸⁴ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.262-263.

³⁸⁵ Sobre o tema, veja-se HESPANHA, António Manuel. **A política perdida**: ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010.

³⁸⁶ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006. p.40.

real, em carta de 1811: era sempre por meio da busca de favorecimentos pessoais junto ao Regente, ou por intermédio de pessoas bem relacionadas na Corte, que os negócios prosperavam³⁸⁷; o reclamo de Paulo Fernandes Viana, intendente-geral da polícia em 1820, contra os almotacéis que cometiam graves arbitrariedades para fins particulares³⁸⁸; a doação da Quinta de São Cristóvão por Elias Antonio Lopes em 1808 para a família real, logo nomeado Comendador da Ordem de Cristo³⁸⁹.

Nossa história independente não se inicia de outra forma, senão da maneira de "cimento das relações políticas". Como assevera Emília Viotti da Costa, os próprios Deputados da assembleia constituinte eram todos ligados por laços de família, amizade ou patronagem "[...] a grupos ligados à agricultura e ao comércio de importação e exportação, ao tráfico de escravos e ao comércio interno"³⁹⁰. Alto comércio esse que, como indica Gilberto Freyre, se caracteriza pelo patriarcalismo, pelo familismo e pelo personalismo.³⁹¹

As relações pessoais se constituíam na lógica de organização de nossa sociedade e estabeleciam os mecanismos de distribuição, concessão e usufruto de oportunidades, negócios, títulos, regalias, cargos, benesses, funções, caracterizando sobremaneira a forma como o Estado brasileiro então se estruturou: apropriado por uma elite não representativa da população, como sustenta José Murilo de Carvalho.³⁹²

Neste ponto pode-se também utilizar as contribuições de Raymundo Faoro, para quem estava organizada nossa estrutura política, social e institucional em uma burocracia elitista e fechada, na qual a ascensão se dava justamente por meio de relações pessoais. A vereda política rumo ao topo era escalada praticamente vedada aos não aristocratas, não obstante tinha-se uma aristocracia mais ou menos aberta,

³⁸⁷ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006. p.31.

³⁸⁸ *Ibid.*, p.39.

³⁸⁹ *Ibid.*, p.41.

³⁹⁰ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.133-134.

³⁹¹ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.302.

³⁹² CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. Conclusões da 1.^a parte.

flexível ou estável, mas muito longe, de todo modo, de uma democracia.³⁹³ A relativa abertura e flexibilidade, explica-nos o autor, dava-se pelo filtro político então vigente: havia acesso aos degraus superiores do poder e da burocracia se o jovem se amoldasse, fosse conformado pelos dirigentes, que, então, trilharia a carreira com sua habilidade, talento e esperteza.³⁹⁴ Assim, aos pobres talentosos cabia captar um padrinho, um patrocínio, em face do "[...] cerco total à ascensão sem padrinho: sem patrocínio, em nenhum partido, em nenhum movimento, ninguém poderia pensar em carreira política. Sofresse a teia uma fissura e a revolta seria maior, capaz de comprometer-lhe, por um rasgão, todos os fios"³⁹⁵. É o que também nos indica Carvalho, para quem a chegada ao topo era possível, mas demandava servilismo, patronato e ausência de atuação política própria.³⁹⁶ De fato, a lógica clientelista tal como a definimos para os fins da presente tese, consubstanciava-se em relações verticais, em favores recíprocos entre dominantes e subalternos, por meio dos quais a patronagem – cooptando os indivíduos talentosos das classes subalternas – ocultou tensões entre raças e classes. Nesse sentido, políticos não eram representantes do povo, mas padrinhos.³⁹⁷ O apadrinhamento, que, como visto acima, fora instrumento de clientelismo quando utilizado para ampliar as relações familiares dos personagens da atividade administrativo-judiciária nos sécs. XVII e XVIII, assume roupagem distinta, mas ainda vergando o mesmo emblema: se incluía elites, agora passa a incluir o que assim pretendiam ser definidos. De todo modo, a empreitada para os indivíduos condenados pela cor ou classe não era em balde: a paternidade social fazia com que, ao menos alguns, fossem erguidos à condição de

³⁹³ FAORO, Raymundo. **Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio**. 4.ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p.113-114.

³⁹⁴ *Ibid.*, p.114.

³⁹⁵ *Ibid.*, p.120.

³⁹⁶ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. Capítulo 6.

³⁹⁷ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.169-170. No mesmo sentido tem-se Jurandir Malerba, para quem personalismo, apadrinhamento, proteção e arbítrio eram a regra àquela época (MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil**. Maringá: EDUEM, 1994. p.79).

intermediários³⁹⁸, mas não sem as mesmas condições: servilismo, lealdade e ausência de autonomia. Critérios indispensáveis para que, aninhados em algum tipo de cargo governamental, o único que dava glória e poder e que seduzia os talentosos e os cobiçosos, pudessem bem defender a classe proprietária.³⁹⁹ Assim, pode-se concordar com Maria Fernanda Vieira Martins quando assevera que o capital e poder político de um indivíduo não correspondiam somente ao seu status, mas fundamentalmente à sua capacidade de "[...] oferecer e retribuir benefícios, em um amplo esquema de trocas cuja função estruturante, no entanto, verificava-se em um nível mais cotidiano das relações de poder"⁴⁰⁰.

Descendo dos estereótipos que remontam o imaginário que se tem da época, o fato é que o país real não era uma confederação de arrogantes e independentes senhores de terras, mas uma fila de pedintes de empregos, de necessitados de pequenas benesses⁴⁰¹ que retroalimentava todo o sistema, iníquo, mas previsível: "passou-se a escolher para ministro qualquer nulidade ou imbecil presumido contanto que tivesse um pergaminho de bacharel em direito e fosse protegido por alguma influência social"⁴⁰².

A ascensão devia-se muito mais a uma luta pessoal nos interstícios do poder, baseada na cooptação, do que a qualquer princípio igualitário. Cooptação clientelista fundada numa ética que historicamente nos peculiarizou, de fundo emotivo, a mesma que faz com que negociantes fiquem amigos, tenham intimidade, familiaridade, ao invés de apresentarem as melhores propostas.⁴⁰³ Clientelismo e cooptação que decantaram no fértil terreno da possibilidade de mobilidade social brasileira, que não obstante a injustiça social, possibilitou o acesso de alguns à elite.

³⁹⁸ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.388.

³⁹⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.373.

⁴⁰⁰ MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista Topoi**, v.7, n.12, p.181, jan./jun. 2006.

⁴⁰¹ FAORO, *op. cit.*, p.423.

⁴⁰² FREYRE, *op. cit.*, p.122.

⁴⁰³ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.148-149.

É o que exemplifica Gilberto Freyre com o compartilhamento de nomes entre ricos e pobres que temos no Brasil: "os nomes das pessoas foram então, como até certo ponto ainda hoje, em Portugal e no Brasil, os mesmos entre os grandes e humildes", o que poderia explicar, para o autor, a falta de estratificação no Brasil, pois a nobreza nunca conseguiu formar uma aristocracia fechada.⁴⁰⁴

Influências pessoais, lealdades individuais e favores recíprocos eram os ingredientes reais do poder, sendo os radicais cooptados ou relegados ao ostracismo.⁴⁰⁵ É o que ocorre com Francisco Sales Torres Homem que, antes de ter a rebeldia dourada pelo título de Visconde de Inhomirim que recebeu em 1871, denunciava o escândalo da reforma do Código do Processo Criminal de 1841, classificando-a de monstruoso resgate dos erros e crimes do passado.⁴⁰⁶ A mesma reforma que jamais lutou para desfazer quando posteriormente ocupou os cargos de presidente do Banco do Brasil, ministro da Fazenda, Conselheiro de Estado e Senador.

Não seria demais citar no raciocínio exposto as observações de José Murilo de Carvalho, especialmente quando fala que o fenômeno ainda era catalisado à época analisada, do lado da economia, pela sua falta de dinamicidade que redundava na busca por empregos públicos por todos e do lado do Estado, pela criação de cargos públicos independentemente da efetiva necessidade deles: na Corte, 15% da força de trabalho ali seria encontrada. Nada seria tão sintomático quanto o fato de que Tavares Bastos, um dos grandes críticos da centralização do império, haver sido demitido da função pública que ocupava.⁴⁰⁷ O ponto é também sustentado por Maria de Fátima Gouvêa, quando assinala que a administração no Brasil do séc. XIX apresentou extraordinária habilidade para absorver a força de trabalho disponível, tendo em vista a dificuldade que um mercado baseado na agricultura exportadora fundada na escravidão teria para utilizá-la. Isso se mostrou essencial mecanismo

⁴⁰⁴ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira. 46.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.280-281.

⁴⁰⁵ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.145.

⁴⁰⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.379.

⁴⁰⁷ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. p.161-162.

para evitar que indivíduos mais articulados politicamente desenvolvessem ações críticas ao *establishment*.⁴⁰⁸

Vê-se, assim, que a cooptação foi o mecanismo tanto de fagocitose dos elementos mais radicais no seio das classes dirigentes quanto o de ascensão das classes ordinariamente excluídas do processo político. Não como uma forma de convencimento que subliminarmente atrairia o antigo excluído, fazendo com que esquecesse de seus antigos vínculos, mas como mecanismo ideológico que já teria captado o excluído ainda na exclusão. Novamente utilizando-nos das observações traçadas por Raymundo Faoro da obra machadiana, o escravo vinculado a uma família nela se absorvia, não resignadamente, pois resignação supõe revolta íntima, mas com o aniquilamento da personalidade. Mesmo liberto, conserva essa comunhão com os senhores. Interessante observar é que até a alegria dos escravos é espelho da alegria dos donos, como no exemplo dos escravos da fictícia família Santos, alegres com a indicação do dono para a baronia.⁴⁰⁹ Mas mais eloquente do que esse exemplo é outro personagem de Machado de Assis, citado por Faoro, Prudêncio, um liberto. A introjeção dos valores dominantes é de tal monta, e os mecanismos de cooptação para inserção social são tão sofisticados, que, ao invés de repudiar a escravidão que também sofrera, é empurrado para o uso dos papéis de máscaras do cenário social: tem que usar seu poder não só possuindo, mas também castigando seus escravos.⁴¹⁰

Não se quer com a exemplificação adotar acriticamente explicação reinante em determinado momento em nossas ciências sociais, segundo a qual o escravo apenas registrava e espelhava passivamente os significados sociais que lhe eram impostos, como na crítica que Sidney Chalhoub tece ao sociólogo Fernando Henrique Cardoso, dentre outros autores.⁴¹¹ Como Chalhoub demonstra em sua obra, a visão elitista acaba sendo desmentida pela análise que realiza de vários processos

⁴⁰⁸ GOUVÊA, Maria de Fátima. **O império das províncias**: Rio de Janeiro, 1822-1889. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p.74.

⁴⁰⁹ FAORO, Raymundo. **Machado de Assis**: a pirâmide e o trapézio. 4.ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p.365-366

⁴¹⁰ *Ibid.*, p.366-368.

⁴¹¹ CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p.38.

judiciais nos quais os próprios escravos propunham autonomamente ações contra seus senhores ou respectivos herdeiros, postura que não se coaduna com a visão de escravo-coisa outrora vigente.

Não obstante, inexato também seria dizer que não havia a cooptação acima referida, como inclusive se verifica com o próprio Chalhoub, quando alude ao fato de que se deparou, em suas pesquisas para a obra referida, com várias referências a libertos que possuíam escravos, até porque a propriedade escrava era bastante generalizada nas cidades, não sendo privilégio de brancos e ricos, o que, em suas palavras, pode indicar uma introjeção acentuada dos valores senhoriais.⁴¹² Não seria demais citar que, essa cultura do favor e das lealdades pessoais pode ser vislumbrada no fato, relatado por Freyre, de que até negros rebeldes queriam ser protegidos por branco poderoso, e quando isso não ocorria é que se rebelavam, ou ainda na "Conspiração dos Alfaiates" de 1798 na Bahia, quando não queriam derrubar os brancos que os tratavam paternalmente: tentativa de síntese, e não explosão de antítese, como o episódio é definido pelo autor.⁴¹³

Mas os mecanismos de cooptação, como se viu do exemplo de Torres Homem, não constituíam somente estratégia para possibilitar a ascensão de promissores talentos das classes humildes, mas também o meio de formatar a própria elite. A diferença é que se para aqueles bastava um serviço público que garantisse remuneração, ou a entrada na ciranda dos cargos políticos mais modestos, para esses, era premente a necessidade de distribuir títulos nobiliárquicos, concedidos em ninhadas, como aduz Holanda.⁴¹⁴ A distribuição que fora módica com D. João VI, intensifica-se com D. Pedro I⁴¹⁵, e vai gradativamente aumentando, como se verifica do nada desconsiderável dado de que em oito anos a monarquia brasileira já

⁴¹² CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p.145.

⁴¹³ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.554.

⁴¹⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: o processo de emancipação. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II. p.36-37.

⁴¹⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.293.

contava com mais nobres titulados do que em todos os 736 anos da portuguesa.⁴¹⁶ E ainda que no início do império tenha havido liberais que como, José Bonifácio de Andrada, recusaram os títulos – no caso dele, de Marquês⁴¹⁷. O fato é que o passar dos anos demonstrou que essa seria a lógica do jogo, e passaram os títulos a ser avidamente disputados.

Não se tratava da estratégia de manutenção de poder de uma elite autocrática, exclusivamente autoritária e impermeável. Ao contrário, os sonhos do acesso aos degraus superiores, da proteção de um padrinho, da obtenção de uma função pública faziam com que o sistema se equilibrasse num eficaz mecanismo: do lado do excluído, uma abertura às oportunidades cujo necessário tempero de subserviência não lhe parecia imposição, visto ser ideologia. Do lado das elites, uma abertura controlada das oportunidades, que era suficiente para dourar a pílula do pretensão liberalismo do sistema. Assim, e não obstante o liberalismo que então se moldou como acima visto, seria lícito afirmar que o clientelismo fez com que as liberdades tuteladas pela Constituição do Império, e a participação do indivíduo no sistema de poder, fossem lidas a partir desses filtros.

A mesma lógica da cooptação era também impressa nas eleições: não se tratava de convencer o eleitorado da posse do melhor programa, mas de alinhar as lideranças locais ao grupo. Sua argamassa eram a barganha, os afagos e as nomeações que edificavam as maiorias. Em verdade, as eleições só não eram clientelistas no sentido da cooptação, quando assumiam uma faceta pior, sua distorção em autoritarismo.⁴¹⁸ Ou seja, as resistências, após as demissões em massa, as nomeações, os títulos honoríficos e as patentes da Guarda Nacional eram vencidas "com a costela quebrada, a facada e o tiro"⁴¹⁹. A amplitude das nuances desse viés autoritário do clientelismo encaminha a uma análise mais verticalizada desse aspecto.

⁴¹⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.325.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p.324.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p.418.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p.425-426.

2.3.2 Clientelismo, autoritarismo e direitos

Se nos for lícito por um momento suspender a descrição das estruturas formais e adentrar no âmbito imaterial do imaginário e do ideológico, veremos que também lá nos deparamos com o clientelismo descrito pelos autores acima citados. Para tanto, podemos nos valer de Machado de Assis, em abordagem, que se não é original⁴²⁰, nos possibilita o diálogo com seus personagens, induzindo-os a responder o que não haviam originalmente externado. Trata-se de processo para desentranhar meandros de nossa história que, segundo Marc Bloch, a história cada vez mais tem depositado sua confiança: as testemunhas à revelia.⁴²¹ Nesse caso, de nosso próprio autor maior.

Para os fins da presente seção parece-nos útil o primeiro conto do livro "Páginas recolhidas" publicado em 1899 por Machado de Assis: "O Caso da Vara"⁴²². Traz a história de Damião, que fugiu do seminário "às onze horas de uma sexta-feira de agosto. Não sei bem o ano; foi antes de 1850". Desesperado por não poder se socorrer do pai severo e tampouco do moleirão padrinho João Carneiro, bate à porta de Sinhá Rita, que, sabia ele, "era uma viúva, querida de João Carneiro; Damião tinha umas vagas ideias dessa situação e tratou de a aproveitar". Após contar sua história à Sinhá Rita, e espertamente se utilizando do próprio orgulho que ela vergava, comentando que duvidava que o padrinho atendesse alguém em sua súplica, angaria o apoio dela com sua resposta: "Não atende? Interrompeu Sinhá Rita ferida em seus brios. Ora, eu lhe mostro se atende ou não...". Mandando um menino chamar João Carneiro, Sinhá Rita pede para que Damião se acalme e aguarde, a partir de quando passam a conversar menos estressadamente. Dali foi um pulo para que ele

⁴²⁰ Dentre inúmeros historiadores que se utilizam das alegorias machadianas para ilustrar suas análises do séc. XIX é imprescindível destacar Raymundo FAORO, quando realiza arguta análise da sociedade brasileira oitocentista em seu "Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio", que, como se vê do título, utiliza as lentes do cronista maior da época para fazer um retrato do séc. XIX. (FAORO, Raymundo. **Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio**. 4.ed. rev. São Paulo: Globo, 2001).

⁴²¹ BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.77.

⁴²² ASSIS, Machado de. O caso da vara. Páginas recolhidas. In: COUTINHO, Afrânio (Org.). **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v.2: Conto e teatro. p.577-582.

começasse a contar causos, que provocam o riso não só de Sinhá Rita, mas também de Lucrecia, "uma negrinha, magricela, um frangalho de nada, com uma cicatriz na testa e uma queimadura na mão esquerda. Contava com onze anos", por isso foi ameaçada pela dona: "Lucrecia, olha a vara!", ameaçando bater-lhe se não terminasse a tarefa que fazia, diante do que Damião "Teve pena da negrinha, e resolveu apadrinhá-la, se não acabasse a tarefa. Sinhá Rita não lhe negaria o perdão...".

Após a rápida visita de João Carneiro, imediatamente convencido a ajudar o afilhado, manda ele no final do dia carta para Sinhá Rita avisando que "o negócio ainda não estava composto", mas convencera o compadre a meditar durante a noite se "era conveniente dar à religião um sujeito tão rebelde e vicioso", ao que ela responde: "Joãozinho, ou você salva o moço, ou nunca mais nos vemos". Após isso, foi conferir o trabalho das escravas e qual não foi a surpresa quando constatou que a tarefa de Lucrecia não havia sido finalizada. Quis o destino que a vara estivesse longe de Sinhá Rita, e como já havia impedido sua fuga agarrando-lhe a orelha, pede para quem estava no local: "Sr. Damião, dê-me aquela vara, faz favor?". O desfecho se encontra na última frase do conto: "Damião sentiu-se compungido; mas ele precisava tanto sair do seminário! [...] pegou na vara e entregou-a a Sinhá Rita".

A análise do conto pelo crítico literário Daniel Piza é precisa para demonstrarmos a lógica daquela sociedade: "A história é toda recheada de ameaças teatrais, de violências veladas, mas a única que paga pela realidade é a escrava. Machado mostra como no sistema patriarcal escravocrata em que cresceu, no Segundo Reinado, o escambo de favores e doçuras acoberta a injustiça social"⁴²³.

A lógica privada de todas as relações sociais influenciava desde a indicação do gabinete pelo imperador, sem qualquer relação com eleições prévias e regularmente convocadas e realizadas, até os papéis sociais, no qual o servilismo ao que está acima e despotismo com o que está abaixo eram a tônica. Como aduz Hermes Lima em diagnóstico traçado meio século após o final do império, esse caráter privado da vida em sociedade da época, em que as relações familiares e pessoais, a camaradagem, substituíam os padrões públicos de apreciação de ideias e de

⁴²³ PIZA, Daniel. **Machado de Assis**: um gênio brasileiro. 2.ed. rev. corrig. pelo autor. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008. p.313.

valores⁴²⁴, exauria a política nos atos de alcance pessoal⁴²⁵. Analisou-se, no item acima, como se dava a relação dos humildes embrenhando-se pelas frestas que os levariam aos estratos superiores. Analisa-se agora como esses estratos superiores tratavam os que abaixo estavam.

É que às solidariedades locais típicas do homem cordial cortês no trato e a hospitaleiro⁴²⁶, como se verifica em Sinhá Rita, a personagem de Machado de Assis, corresponde, segundo Arno e Maria José Wehling, a um poder exercido pelos mais fortes, estabelecido por vínculos pessoais como o compadrio e a clientela, atribuindo ao senhor as funções informais de árbitro e executor das sentenças.⁴²⁷

Como assevera Faoro, ao também analisar a obra de Machado de Assis, o status social à época não se media tanto pela liberdade, negada formalmente somente aos escravos, mas pela maior amplitude do arbítrio de castigar, repreender e punir – a faculdade de ser mau.⁴²⁸ Marilena Chauí desvela o fio condutor que leva a que sejam misturados elementos que fazem com que, muito para além de um homem cordial, o clientelismo típico de nossa organização traga em seu bojo um autoritarismo que vai deixar indelévels marcas à nossa noção de direitos. Para a autora, a indistinção entre público e privado⁴²⁹ não é falha ou atraso, mas determinante histórico oriunda de uma forma de realização da política de organização do aparelho do Estado, em que governantes reinam, e cidadãos são mantidos em relações pessoais de favor, clientela e tutela.

⁴²⁴ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**: a época e o homem. São Paulo/Rio/Recife/Porto-Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939. p.25.

⁴²⁵ *Ibid.*, p.87.

⁴²⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.146-147.

⁴²⁷ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.46.

⁴²⁸ FAORO, Raymundo. **Machado de Assis**: a pirâmide e o trapézio. 4.ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p.366.

⁴²⁹ Nada mais significativo do que o fato de que o Conselho de Estado, cúpula da administração imperial, tinha dentre seus membros empreendedores que acumulavam cargos e funções cujas trajetórias "traduzem as intrincadas inter-relações entre o político e o econômico, entre o público e o privado, demonstrando seu poder de interferência, controle e decisão sobre os destinos do país para além da política de Estado" (MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista Topoi**, v.7, n.12, p.185, jan./jun. 2006).

Viu-se acima que as reivindicações sociais vindas das camadas inferiores eram usualmente despressurizadas por meio do favor, da tutela e do acesso servil ao andar de cima. E, nesse sentido, indica a autora que tivemos formação social que bloqueia o trabalho dos conflitos e das contradições, pois assim negar-se-ia a imagem de sociedade boa, indivisa, pacífica e ordeira. Conflitos e contradições não são ignoradas: são sinônimo de perigo, crise, desordem e a eles se oferece como resposta única a repressão policial e militar para as camadas populares e o desprezo para os opositores em geral; discordância é perigo, atraso ou obstinação vazia.⁴³⁰

A filtragem, que o clientelismo imprimia às noções de direito à época, poderia ser contemporizada, caso efetivamente seu exercício privado se desse de maneira moderada, morigerada, comedida. Mas isso está longe de constituir-se na forma como a violência privada se dava, como se infere, inclusive, das constatações do autor que teria introduzido entre nós o "mito da democracia racial", segundo o qual, no binômio resistência *versus* acomodação, poder-se-ia pintar a escravidão como amena, branda e, no limite, interessante para a própria escravaria.⁴³¹

Muito para além das análises de Hermano Vianna, para quem o mito do 'mito da democracia racial' se funda numa leitura apressada ou tendenciosa⁴³² de Gilberto Freyre, ou de Ricardo Benzaquem Araújo, para quem esse mito não se trata de falsidade ou de um equívoco, mas de uma afirmação que atinge apenas parcialmente seu objetivo⁴³³, é de se verificar a pintura que Gilberto Freyre efetivamente faz, não somente da relação senhor – escravo, mas também das outras relações hierárquicas que existiam naquele tempo. Explica-se essa metodologia pelo fato de que se forem encontrados traços, no autor tido como o prócere da "democracia racial", de clientelismo autoritário, maiores esforços seriam desnecessários para sustentar a tese defendida

⁴³⁰ CHAUI, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. 6.^a reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000. p.92.

⁴³¹ MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil**. Maringá: EDUEM, 1994. p.90-91.

⁴³² VIANNA, Hermano. Equilíbrio de antagonismos. **Folha de São Paulo**, 12 mar. 2000. Caderno Mais! p.21.

⁴³³ ARAÚJO, Ricardo Benzaquem de. **Guerra e paz: casa-grande & senzala e a obra de Gilberto Freyre nos anos 30**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

neste ponto: um dos aspectos para compreendermos o clientelismo da formação social do séc. XIX seria observar sua imbricação com o autoritarismo e, via de consequência, a maneira como vai modular a concepção de direitos individuais à época. Elemento, por fim, indispensável para se colimar os fins objetivados com o presente trabalho. De tal sorte, quer nos parecer oportuna a utilização do autor a partir dos parâmetros acima delimitados. Analisemo-lo.

Argumenta Freyre que a "[...] tradição conservadora no Brasil se tem sustentado do sadismo do mando, disfarçado em 'princípio da autoridade ou 'defesa da ordem'. Entre essas duas místicas [...] é que se vem equilibrando entre nós a vida pública"⁴³⁴. Tal mandonismo, explica o autor, se constata no sadismo do menino e do adolescente no gosto de surrar, do arrancar os dentes de negro ladrão de cana, no "[...] gosto de mando violento ou perverso que explodia no filho bacharel quando no exercício de posição elevada, política ou de administração pública; ou no simples e puro gosto de mando, característico de todo brasileiro nascido ou criado em casa-grande de engenho". E mais: seria típico de nossa formação patriarcal, o fato "[...] da mulher ser tantas vezes no Brasil vítima inerme do domínio ou do abuso do homem, criatura reprimida sexual e socialmente dentro da sombra do pai ou do marido"⁴³⁵.

Mandonismo que poderia ser destacado desde a infância dos meninos, servida de um muleque, seu leva-pancadas, que manejado à vontade, era "[...] apertado, maltratado e judiado" como se fosse feito de pano, como os Judas de sábados de aleluia, e não de carne e osso como os meninos brancos, nas palavras do autor. Lembra-nos o autor do melhor brinquedo dos meninos de engenho de outrora: "montar a cavalo em carneiros; mas na falta de carneiros, muleques". Mas não só para isso, serviam para tudo: "eram bois de carro, eram cavalos de montaria, eram bestas de almanjarras, eram burros e liteira e de cargas as mais pesadas"⁴³⁶ e até mesmo para a antecipação da atividade sexual dos meninos de engenho por meio de práticas sadistas e bestiais, sendo as primeiras vítimas os muleques e animas

⁴³⁴ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira. 46.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.123.

⁴³⁵ *Ibid.*, p.122.

⁴³⁶ *Ibid.*, p.391.

domésticos, mais tarde vindo a negra ou a mulata⁴³⁷. Reflete sobre tais constatações o autor: "É de se supor a repercussão psíquica sobre os adultos de semelhante tipo de relações infantis – favorável ao desenvolvimento de tendências sadistas e masoquistas"⁴³⁸.

Mas pior do que os homens que se engendravam desses meninos, seriam as mulheres oriundas das meninas, que à míngua das contrariedades que os homens adultos se deparariam em seus negócios, suas articulações e suas eleições, conservavam ainda mais o "domínio malvado sobre as mucamas que na infância sobre as negrinhas suas companheiras de brinquedo". Disso, cita o autor não serem

[...] dois nem três, porém muitos os casos de crueldade de senhoras de engenho contra escravos inermes. Sinhá-moças que mandavam arrancar os olhos de mucamas bonitas e trazê-los à presença do marido, à hora da sobremesa, dentro da compoteira de doce e boiando em sangue ainda fresco.

Além disso, vendiam mulatinhas a velhos libertinos por ciúme ou despeito; outras espatifavam a salto de botina dentaduras das escravas; ainda mandavam cortar os peitos, arrancar as unhas, queimar a cara ou as orelhas⁴³⁹, numa atrocidade que só parecia ter fim na imaginação.

Mais do que a explicação trazida pelo autor, cujos motivos seriam quase sempre o ciúme do marido, o rancor sexual e a rivalidade de mulher com mulher⁴⁴⁰, como se poderia esperar de livro redigido nos anos 30, tal comportamento poderia ser, outrossim, reflexo do próprio tratamento que os homens destinavam às mulheres, fossem esposas, filhas, irmãs ou desconhecidas. É que se em "Sobrados e Mucambos", Gilberto Freyre se limita a dizer que os observadores estrangeiros dos séculos XVII a XIX ficaram impressionados com o modo despótico de os brasileiros tratarem suas esposas⁴⁴¹, em "Casa-grande & Senzala" a descrição é ainda mais dura. Era negado

⁴³⁷ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira. 46.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.424.

⁴³⁸ *Ibid.*, p.392.

⁴³⁹ *Ibid.*, p.392-393.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p.393.

⁴⁴¹ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.91.

à menina tudo que parecesse independência. Levantar a voz na presença de mais velhos, e mesmo a saliência. A tirania dos pais era depois substituída pela dos maridos. Dona Veronica Dias Leite mandou matar a filha porque soube que estivera ela por algum tempo à janela. Já Antonio de Oliveira Leitão não precisou de enredo de ninguém:

[...] tendo visto tremular no fundo do quintal da casa um lenço que a filha tinha levado para enxugar ao sol, maldou logo que era senha de algum Don-juan a lhe manchar a honra e não teve dúvida – sacou de uma faca de ponta e com ela atravessou o peito da moça.⁴⁴²

O mesmo fez Fernão Bezerra Barbalho que, se deixando levar por histórias, também não titubeou em assassinar a mulher e as filhas.⁴⁴³ O mesmo destino teve ainda Dona Ana, esposa de André Vieira de Melo e nora de Bernardo Vieira de Melo, que, enredada pelas maledicências da sogra que se aliou a uma escrava, foi por ele envenenada, mas veio a falecer após o golpe de um garrote na garganta aplicado pela própria sogra.⁴⁴⁴ Que ninguém se engane com a prisão dos Vieira de Melo: foi em virtude do crime de lesa-majestade pela sublevação da Guerra dos Mascates que lideraram. E não em virtude da atrocidade acima descrita que protagonizaram.

As descrições, quer nos parecer, já seriam suficiente para serem espantadas a amenidade e a brandura do estereótipo em que o autor normalmente é colocado e, de tal sorte, afastada a dúvida de se o exercício do poder privado era moderado. Mas o ponto pode ser ainda verticalizado. Seguindo o itinerário proposto, pode-se ainda buscar as razões para o sadismo do menino, despontando sobre o tema os antigos colégios, nos quais se abusa da fraqueza infantil: houve volúpia em humilhar a criança, reflexo geral para o sadismo criado no Brasil pela escravidão e pelo abuso do negro. O mestre

⁴⁴² FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira. 46.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.474-475.

⁴⁴³ *Ibid.*, p.475-476.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p.476.

distribuía castigos com o ar terrível e um senhor de engenho castigando negros fujões. Ao vadio punha de braços abertos; ao que fosse surpreendido dando uma risada alta, humilhava com chapéu de palhaço na cabeça; a um terceiro, botava de joelhos sobre grãos de milho [...].

O quadro descrito por Freyre tem outros requintes: usavam-se também a palmatória e a vara "[...] esta muitas vezes com um espinho ou um alfinete na ponta, permitindo ao professor furar de longe a barriga da perna do aluno [...]". Também no ensino da caligrafia "[...] um errinho qualquer – e eram bordoadas os dedos, beliscões pelo corpo, puxavante de orelha"⁴⁴⁵. O domínio do pai sobre o filho menor – e mesmo maior – exerceu-se além de todos os limites, adentrando até mesmo no direito patriarcal de matar.⁴⁴⁶ Tratava-se de um autoritarismo que se confundia com a administração de uma justiça privada e moralização do menino que tomava com frequência o caráter de sadismo⁴⁴⁷, não sendo raros casos de negros e meninos brancos que ficaram gagos com tanto despotismo⁴⁴⁸.

Não obstante as imagens vislumbradas, o filme ainda estaria incompleto se não verificássemos sua última e mais importante tomada: o tratamento dos escravos à época. Sustenta Freyre que nunca se tratou tão mal as classes inferiores quanto no século XIX, tendo havido nos séculos anteriores maior prudência, maior sabedoria e mais agudo senso de contemporização por partes das autoridades e dos senhores em relação a culturas e populações por eles concebidas como 'inferiores'. Direito de montar a cavalo era exclusivo dos militares ou dos homens vestidos e calçados à europeia. A água dos rios iria se poluir se nele se banhassem o muleque, o homem do povo, o escravo.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira. 46.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.472-473. Idem em FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.100.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p.99.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p.100.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p.101.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p.421.

Intolerância patriarcal mandonista que era incentivada pela imprensa: "Porque dois pretos cativos fossem ingenuamente queixar-se ao subdelegado da Boa Vista de que seus senhores os haviam castigado com palmatoadas por eles consideradas injustas" foram atendidos mandando duplicar a dose a cada um, ao que comentou o Diário de Pernambuco ter sido "excelente despacho para tais petições"⁴⁵⁰. Conforme nos aprofundamos no quadro, tornam-se mais claras as razões para, por exemplo, na década de 1840, em Salvador, tudo ser transportado nas cabeças e ombros dos escravos. Ou o fato de que no Rio de Janeiro, à mesma época, era moda ter carruagem, as quais raramente tinham cavalos para as puxar. Negro era mais abundante no mercado que cavalo ou mula.⁴⁵¹ Tivemos atraso não só no que se refere aos meios e transporte por conta dessa atroz disponibilidade de mão de obra escrava. Relata o autor que também demoramos na implantação de sistema de esgotos e canalização, pelo fato de que traziam água e levavam excrementos, em trabalho mais árduo do que o desempenhado por bestas de carga. Como resultado, não sobreviviam mais do que sete anos.⁴⁵² O fato é que não interessava aos senhores substituir os negros por animais no transporte, visto que esses encareceriam o custo.⁴⁵³

Voltando-se às posturas, vê-se que havia uma série de criminalizações por elas impostas à época, cujos destinatários não seriam outros senão os negros, suas formas de sociabilidade e sua cultura. Nesse sentido, indica o autor que era crime adorar Ogum⁴⁵⁴; também eram impedidos de usar armas de fogo – circunstância inclusive que lhes fez se tornarem peritos em manejo de facas, navalhas, feitiços e

⁴⁵⁰ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.423.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p.526-527.

⁴⁵² *Ibid.*, p.532-533.

⁴⁵³ *Ibid.*, p.533.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p.536-537.

mandingas⁴⁵⁵; também se lhes proibiam os batuques e jogos de agilidade e destreza.⁴⁵⁶ Como criminalização raramente redundava em encerramento da atividade respectiva, ademais quando incide sobre aspectos tão intrinsecamente ligados à cultura de um povo, deu-se enorme repressão policial em contrapartida, que para o autor escondia uma intransigência cultural.⁴⁵⁷ E como reflexo dessa perseguição sistemática empreendida pela polícia, iniciaram-se homicídios por parte dos negros, que redundavam em ainda mais açoitamento policial – castigo por excelência, visto que não havia prisão para os negros, pois se entendia que eram insensíveis a esta.⁴⁵⁸ É interessante destacar que, ao contrário do imaginário popular, Freyre observou que não eram sanguinários e anárquicos os negros; esses atos eram consequência da estupidez da repressão.⁴⁵⁹

Essa linha de raciocínio nos autoriza a concordarmos com a análise de Malerba, quando assevera que o gerenciamento da casa dava poderes quase ilimitados aos senhores, que detinham o monopólio da violência física dentro de seu domínio. E que o exercício do poder público era uma extensão desse poder privado, no sentido de que governar o Estado não era somente regulamentar a ação dos dirigentes da casa, mas principalmente garantir-lhes a continuidade de seus monopólios.⁴⁶⁰ É o mesmo diagnóstico a que chega Faoro: a classe dominante concebia que a sociedade brasileira não dispunha dos instrumentos de cultura e de autonomia para governar-se a si mesma, o que levava o autor a indicar o círculo vicioso daí oriundo: "o povo não tem capacidade para os negócios porque o sistema lhe impede neles participar". Além do despotismo pedagógico e da atmosfera artificial de poder⁴⁶¹, inegáveis

⁴⁵⁵ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.542.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p.550.

⁴⁵⁷ *Id.*

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p.551-552.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p.553.

⁴⁶⁰ MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei**: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil. Maringá: EDUEM, 1994. p.32.

⁴⁶¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.444.

elementos daquele momento histórico, a partir das teorizações do autor podemos traçar ilações para a noção de direitos que ora pretendemos descortinar.

Antes, porém, de verificarmos como isso de dava na prática, mais especificamente na concretude das decisões criminais no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, faz-se mister verticalizarmos um tanto essa "atmosfera artificial de poder", cujo arranjos clientelistas dificilmente seriam inócuos aos padrões de juridicidade à época. É o que se realiza no tópico abaixo.

2.3.3 Clientelismo e o arranjo de poder: a relação entre o governo central e as elites regionais

Wanderley Guilherme dos Santos indica que as principais obras que se publicam no primeiro meio século de vida independente no Brasil gravitam em torno do tema centralização *versus* descentralização. Dentre elas, "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império" de Pimenta Bueno, "Ensaio sobre o Direito Administrativo", do Visconde do Uruguai, "Da Natureza e dos Limites do Poder Moderador", de Zacarias de Góes e Vasconcelos, "Do Poder Moderador", de Braz Florentino Henrique de Souza, merecendo lugar de destaque nessa constelação Tavares Bastos com suas obras "Cartas do Solitário", "A Província" e os "Males do Presente e as Esperanças do Futuro"⁴⁶².

Não pretendemos aqui adentrar nos meandros desse debate, já suficientemente esquadrihado por mais habilitados autores⁴⁶³, e que escaparia enormemente dos limites deste trabalho. Tampouco trazermos deliberação de se o modelo político, jurídico e institucional à época era centralizado ou descentralizado. Nosso intento aqui é o de averiguar se a força gravitacional com que tem sido entendido o

⁴⁶² SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem burguesa e liberalismo político**. São Paulo: Duas Cidades, 1978. p.35-36.

⁴⁶³ Dentre outros: NUNES, Gabriela Ferreira. **Centralização e descentralização no Império**: debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999.

binômio "centralização *versus* descentralização" pode ter obscurecido aspectos especialmente relevantes para a compreensão da época, dentre as quais, o papel que teria sido desempenhado pelo clientelismo nessa relação entre centro e periferia à época.

Pode-se, é certo, sustentar a exacerbada centralização do império. Essa tem sido a leitura de José Murilo de Carvalho sobre o tema quando afirma que a incapacidade da administração central de "[...] chegar à periferia é bem ilustrada pelos compromissos que se via forçado a fazer com os poderes locais", cujo instrumento por excelência era a Guarda Nacional, cujo oficialato era retirado das notabilidades locais⁴⁶⁴ informação que se complementa com a afirmação de Nelson Werneck Sodré, para quem "municípios e províncias giravam em torno do centro, jungiam-se ao tronco e esperavam das graças do centro as obras de melhoramento, os impulsos econômicos, os favores fiscais, o desenvolvimento do ensino, a lubrificação da máquina administrativa, a lembrança de diluir um pouco a repressão econômica e a distribuição dos bens arrecadados"⁴⁶⁵.

Mais do que uma sugestão ou linha de investigação, para José Murilo de Carvalho, "a concentração era um fato", como se vê de sua análise das reformas de 1840-41, dentre as quais a do próprio do Código do Processo Criminal que abaixo será descrita (subseção 3.2.3), "que levaram à exagerada centralização política e administrativa"⁴⁶⁶ e ainda pelos dados estatísticos que demonstram que do número total de empregados públicos brasileiros em 1877, quase 70% (69,27%, para sermos mais exatos) pertenciam ao governo central, ao passo que 24,79% eram funcionários

⁴⁶⁴ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p.158. No mesmo sentido, afirma Nelson Werneck Sodré que em substituição à representação política que se retirava as províncias, tinha-se a burla da distribuição de títulos e comendas. (SODRÉ, Nelson Werneck. **Panorama do segundo Império**. 2.ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1998. p.257). Também Raymundo Faoro, para que não se compreende a estrutura do segundo reinado sem os títulos, que revelam os mecanismos de coesão de forças, cooptando os proprietários rurais, fazendo com que ainda mantenham a ordem num sistema centralizado de administração, tingido de nobreza (FAORO, Raymundo. **Machado de Assis**: a pirâmide e o trapézio. 4.ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p.40-41). E ainda, Maria de Fátima Gouvêa, para quem se tratava de instituição capaz de agregar hierarquicamente indivíduos de diferentes regiões, em prol de objetivos comuns em torno da defesa da ordem institucional (GOUVÊA, Maria de Fátima. **O império das províncias**: Rio de Janeiro, 1822-1889. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p.24).

⁴⁶⁵ SODRÉ, *op. cit.*, p.256.

⁴⁶⁶ CARVALHO, *op. cit.*, p.152.

provinciais e somente 5,94% municipais.⁴⁶⁷ Seguindo o raciocínio, discorre ainda sobre as atribuições do Ministro da Justiça, que, no ano de 1877, nomeava os Ministros do Supremo Tribunal de Justiça (17), todos os Desembargadores das Cortes de Relações Provinciais (91), todos os Juizes de Direito e Substitutos (433), todos os Juizes Municipais e Juizes de Paz (460), os Comandantes e Oficiais da Guarda Nacional e os 20 Chefes de Polícia, sendo que esses últimos ainda poderiam indicar os 366 Promotores, Delegados, Jurados, Subdelegados e finalmente inspetores de Quarteirão.⁴⁶⁸ Em suma: do Ministro da Justiça ao inspetor de quarteirão, tudo advinha de São Cristóvão.⁴⁶⁹

Trata-se daquilo que Nelson Werneck Sodré define como sendo o "bafejo vivificador do centro"⁴⁷⁰, que se constituiria em centralização política, "porque do centro partiam os funcionários que exerceriam os cargos políticos das províncias". Mas também econômica, "porque a economia ficava contida nos dispositivos votados e promulgados no centro, sem uma oportunidade para o desenvolvimento da economia dos municípios ou das províncias"; administrativa, "porque toda a hierarquia burocrática dependia diretamente do Rio de Janeiro, nas suas nomeações, nas suas posses, e no traçado das suas condutas"; fiscal, "porque o sistema de impostos levava a uma única arca, a do centro", e ainda judiciária.⁴⁷¹ Os postulados de Faoro para sustentar a centralização do sistema à época, já foram problematizados acima.⁴⁷² Não obstante, para além de uma justificativa estatístico-formal para ser sustentada a centralização, a leitura analisada se esgueira por outras vertentes. Em suas próprias palavras: "[...] o imperador domina as imaginações, freqüenta os sonhos e se esgueira na fantasia. Estes os traços que demonstram ele estar vivo, mais do que o

⁴⁶⁷ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. p.157.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p.153.

⁴⁶⁹ O Paço de São Cristóvão ou Palácio da Boa Vista era residência oficial dos monarcas até o fim do império, onde, inclusive, D. Pedro II nasceu (SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do Imperador**: D. Pedro II, um monarca nos trópicos. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.216).

⁴⁷⁰ SODRÉ, Nelson Werneck. **Panorama do segundo Império**. 2.ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1998. p.251.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p.256.

⁴⁷² Vide item 1, do Capítulo 2.

fato de criar ministros ou sugerir nomes para governar as províncias"⁴⁷³. Mas, maior do que qualquer análise contemporânea, pode-se utilizar o próprio debate acima aludido e travado à época, no qual desponta um de seus pivôs, Tavares Bastos, que em obra de 1870, criticava a centralização monárquica e a incompatibilidade com o liberalismo e os direitos individuais de sistema assim delineado:

Em monarchia centralizada pouco importa, portanto, que se haja feito solemne declaração dos direitos do povo, e se tenha construído um mecanismo qualquer destinado a exprimir os votos da soberania nacional. Ahi, sejam embora sonoras e estrondosas as palavras da lei, o delegado do povo é que é soberano. Em sociedades taes, amortecidas ou extinctas as instituições locais, foco da liberdade, desaparece a liberdade.⁴⁷⁴

Não obstante as defensáveis argumentações acima expostas, para os fins ora propostos, é insuficiente a análise a partir do binômio centralização/descentralização, como argutamente propõe Slemian: "[...] por mais (des)centralizado que possa ser caracterizado o arranjo institucional do império, ressaltar que, de modo geral, teria predominado a autonomia das partes ou uma eficácia centralizadora [...] pode vir a prejudicar uma ampla percepção da complexidade das variáveis em jogo nessa estrutura"⁴⁷⁵. Para darmos um exemplo que pode ilustrar essa percepção da autora, seria suficiente a figura do juiz de fora no antigo regime português, tal como é descrito por Hespanha. O fato de ser um oficial de fora da terra fazia com que não estivesse comprometido com as partes em querela na localidade em que fosse atuar. Contudo, continua Hespanha, isso não poderia automaticamente significar que houvesse um desequilíbrio nas relações de poder em prol da Coroa, visto que a atividade do juiz de fora tampouco era diretamente fiscalizada por ela. Se é um fator de enfraquecimento das estruturas locais, isso pode ser antes um fortalecimento da própria rede burocrática do que um favorecimento de uma estrutura centralizada da

⁴⁷³ FAORO, Raymundo. **Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio**. 4.ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p.69.

⁴⁷⁴ BASTOS, Tavares. **A província: estudos sobre a descentralização no Brasil**. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1870. p.08. Optamos por manter a ortografia original tanto no título quanto no texto.

⁴⁷⁵ SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009. p.300-301.

Coroa.⁴⁷⁶ Donde se pode perceber que analisar determinados fatos históricos a partir das lentes da dicotomia em debate pode não ser metodologia recomendável para toda e qualquer análise do período. Assim como a descentralização buscada por Tavares Bastos poderia não se constituir na liberdade e democratização com que sonhava, pois, como indicam Arno e Maria José Wehling, entre o centralismo monárquico e a opressão das oligarquias locais, não era raro ver parte da população preferir o primeiro.⁴⁷⁷

Para a hipótese ora delineada, e considerando o clientelismo como o conjunto de mecanismos de distribuição, concessão, recebimento e usufruto de oportunidades, negócios, títulos, regalias, cargos, benesses e funções fundados no personalismo, servilismo, patronato, familismo e amizades, pensar que ele se daria única e exclusivamente por meio da centralização, faria com que desembocássemos em estrutura altamente autoritária, na qual, do centro, articulava-se todo o acesso a essa engenharia social e política. Ainda que o autoritarismo, como descrito no item anterior, seja elemento bastante relevante dessa maquinaria, conceber que os mecanismos do clientelismo nele se esgotariam seria uma forma bastante esquelética de visualizar o fenômeno. Como desvela Michel Foucault, em aproximação epistemológica ao tema que pode ser utilizada neste ponto, se o poder fosse somente repressivo muito dificilmente seria obedecido. O que faz com que o poder se mantenha é o fato de que ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discursos, perspectiva com a qual se pode ultrapassar as noções negativas, estreitas e esqueléticas que dele teríamos.⁴⁷⁸ O fato é que tal qual o período pré-independência, quando os interesses do governo central e das elites locais foram, de fato, sendo solucionados mediante variados mecanismos sociais e institucionais⁴⁷⁹, pode-se verificar a continuidade desse sistema império adentro.

⁴⁷⁶ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.361-363.

⁴⁷⁷ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.115.

⁴⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 11.ed. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p.08.

⁴⁷⁹ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.12.

De tal mirada, quer nos parecer que as relações políticas travadas entre centro e periferia à época do império, para além dos inegáveis traços autoritários, utilizavam, por meio do clientelismo, mecanismos mais sutis, mais sedutores, entreabrindo oportunidades e postos trocados por fidelidade, e descentralizando poder a custo de apoio. Imaginar que a relação seria meramente hierárquico-horizontal como no quadro traçado na seção anterior, faria com que escapassem pelos dedos de nossa análise os mecanismos verticais, tais como parecem ter sido as clientelistas relações entre Coroa e províncias, centro e periferia, poder central e mandonismos locais. A Lei de 1.º de outubro de 1828 estatuindo o Novo Regimento das Câmaras Municipais parece ser bastante sintomática dessa formatação: "sem a representação nacional não haveria legitimidade das leis (que se daria a partir do centro), mas sem a repartição local (as funções delegadas que as câmaras exerciam a administração do império não se materializaria"⁴⁸⁰. Não seria demais desde logo destacar que tal lei ainda estabeleceu que seriam eleitos pelo povo os juizes locais, peça essencial, como adiante se demonstrará, na engrenagem administrativa do império brasileiro.⁴⁸¹

De tal forma, ao invés de a consolidação do sistema de clientela e patronagem ter se estruturado pela excessiva centralização política, como indica Emilia Viotti da Costa⁴⁸², pode-se atentar para concepção de poder à época que possibilite visões que sejam lançadas para além do fenômeno da centralização. É o caminho trilhado por Miriam Dolhnikoff, para quem havia, então, um arranjo institucional resultado dos embates e das negociações entre as várias elites regionais que denotavam a complexidade das relações entre centro e periferia, relação essa que não poderiam ser compreendidas exclusivamente numa lógica hierárquica, mas a partir de um

⁴⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.210.

⁴⁸¹ Sobre o tema, entre outros, veja-se: GOUVÊA, Maria de Fátima. **O império das províncias**: Rio de Janeiro, 1822-1889. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p.22.

⁴⁸² COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.141, quando aborda o fato de que judiciário, igreja, exército, empresas, municípios e províncias eram atrelados ao poder central, bem como o controle de taxas, bancos, terras desocupadas, SAs, empréstimos, subsídios, isenções, etc.

complexo jogo de apoios e interesses, no qual, inclusive, as elites regionais eram a matéria-prima de abastecimento da elite política central.⁴⁸³

Para a autora, a possibilidade de tal configuração se deu mediante o pacto federativo que germinou das reformas liberais a partir de 1830, e que não foi essencialmente alterado na década seguinte.⁴⁸⁴ Os dois níveis autônomos de governo definidos constitucionalmente⁴⁸⁵ foram a solução possível a partir do paradoxo supostamente vivido à época: como poderiam as elites locais sustentar o âmbito de autonomia de que gozavam, mas ao mesmo tempo serem suficientemente fortes para manter a escravidão da qual dependiam⁴⁸⁶, senão pela repartição de competências? Tratou-se do modelo de monarquia federativa que atendia às duas principais demandas das elites regionais: autonomia e manutenção da ordem interna⁴⁸⁷, calhando, ademais, em ser o modelo de federalismo então em voga para o liberalismo: convívio entre as duas esferas estatais, sendo que as atribuições de cada uma seriam definidas pela constituição, de modo que uma não invadisse o âmbito legítimo de ação da outra.⁴⁸⁸

Para oportuno, nesse sentido, proceder-se à interpretação na qual as reformas da década de 1840 que centralizam a magistratura, como adiante se pormenorizará⁴⁸⁹, não liquidam a autonomia das elites regionais, visto não ter resultado no fim da influência que as elites locais tinham no sistema político. Pode-se, inclusive, realizar leitura segundo a qual essa reforma não foi centralização, mas combate ao excesso de descentralização então vivenciado, uma vez que, como afirma a autora,

⁴⁸³ DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado nacional. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do estado e da nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.432.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p.433.

⁴⁸⁵ *Id.*

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p.435.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p.439.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p.438.

⁴⁸⁹ Item 3 do capítulo 4.

As constantes disputas entre as invariáveis facções, a prevalência dos velhos costumes sobre as novas leis nos processos criminais, sem falar das frequentes rebeliões [...] exigiam essa centralização, sob pena de, caso nada fosse feito, por em risco o próprio Estado.⁴⁹⁰

É também a interpretação que Faoro faz da reforma do Código do Processo Criminal de 1841, para quem as autoridades locais não desaparecem, mas se atrelam ao poder central dado que seus capangas deixam de ser agentes dos senhores territoriais para serem do império, por intermédio dos presidentes de província e seus agentes⁴⁹¹. Nesses termos se percebe que as mudanças feitas na estrutura judicial na década em debate eram reposicionamentos legais em face do jogo entre os poderes locais, de um lado, e a autoridade central, de outro⁴⁹², ou a busca do refreamento do poder provincial para o qual se utilizaria a lei como instrumento de coerção⁴⁹³, antes de se constituírem em expressão do absoluto domínio do centro.

A mesma leitura deve ser feita das revoltas provinciais em São Paulo, Minas e Pernambuco: "não como contestação das medidas centralizadoras da década de 1840, mas como o resultado das disputas em torno do governo provincial"⁴⁹⁴. É o que também sustenta Raymundo Faoro quando aduz que as províncias não pretendiam a separação, a desintegração tal qual o modelo espanhol, mas tão somente maior quinhão na partilha do poder.⁴⁹⁵ Outro indício desse arranjo de poder, cujos partícipes eram o poder central e as elites regionais, era a representação por intermédio dos

⁴⁹⁰ DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado nacional. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do estado e da nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.442.

⁴⁹¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.378. Ainda que seja certo que sua leitura do império é de uma centralização exacerbada, como se verifica do trecho em que sustenta que o proprietário de terras "[...] não dispunha de meios de controle da máquina, inacessível, pela sua extensão e centralização, ao domínio de baixo para cima" (p.433).

⁴⁹² FERREIRA, Gabriela Nunes. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.304.

⁴⁹³ MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista Topoi**, v.7, n.12, p.199, jan./jun. 2006.

⁴⁹⁴ DOLHNIKOFF, *op. cit.*, p.447.

⁴⁹⁵ FAORO, *op. cit.*, p.359.

deputados federais. Seria bastante ingênuo e irreal imaginar que se submetiam docilmente aos interesses do governo central. Ao contrário, mantinham o compromisso com os interesses das elites regionais⁴⁹⁶ das quais eram oriundos, e das quais provinha a seiva que alimentava suas carreiras políticas – dificilmente desplugáveis da terra natal. É o que sustenta Maria Fernanda Vieira Martins, para quem,

Na verdade, era nas principais províncias do Império brasileiro que muitas vezes se originavam e ramificavam as relações pessoais e familiares verificadas na Corte, alimentadas pelas práticas clientelares e de poder e dependência pessoal, que davam sustentação eleitoral e política ao governo central.⁴⁹⁷

Trata-se também da análise realizada por Maria de Fátima Gouvêa, que critica a percepção historiográfica do período, segundo a qual existiria um Estado monárquico, centralizado, latifundiário e escravocrata que impunha sua vontade sobre o conjunto da sociedade imperial. Antes disso, sustenta a autora ser absolutamente relevante os papéis desempenhados pelos variados e diferentes grupos de interesses existentes naquele momento, havendo indiscutível papel que foi desempenhado pelas províncias na formação da monarquia constitucional brasileira. Instituições como as assembleias provinciais eram o espaço por excelência de acomodação dos diversos interesses provinciais, ainda que uma análise meramente formal indicasse ser restrito o âmbito de atuação das unidades locais. O fato é que os grupos locais se fizeram representar e conseguiram estabelecer relações entre si e se fazer ouvir perante os poderes local e central.⁴⁹⁸

A explicação que tece é um tanto distinta, por focar aspecto diverso do mesmo problema, mas igualmente válida, e portanto deve ser também debatida neste espaço. Aduz a autora que os *saquaremas* – elite política do partido conservador – por meio de adaptação e manipulação de um emaranhado esquema de estratégias políticas se consolidam como o principal grupo econômico e político no Brasil. Porém, ao contrário da naturalização realizada usualmente pela historiografia, adverte a

⁴⁹⁶ DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado nacional. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do estado e da nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.444-445.

⁴⁹⁷ MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista Topoi**, v.7, n.12, p.190, jan./jun. 2006.

⁴⁹⁸ GOUVÊA, Maria de Fátima. **O império das províncias**: Rio de Janeiro, 1822-1889. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p.09-12.

autora que a chegada a tal ponto não foi sem as respectivas lutas políticas, prenes de barganhas para que se pudessem articular todos os grupos de poder do país, diante do que torna-se difícil identificar a existência de um único grupo de poder no controle desse processo de construção e acomodação.⁴⁹⁹

Não se pode entender o sistema da época como exclusivamente centralizador, diante dos inúmeros exemplos trazidos à tona por Miriam Dolhnikoff, como a transferência de impostos para as províncias⁵⁰⁰; as obras de infraestrutura empreendidas pelos governos provinciais, com o conseqüente aumento tributário e incremento da rede de apoio político⁵⁰¹; a autonomia das províncias para constituir força policial local, garantindo à elite regional capacidade de exercer parte do poder coercitivo estatal⁵⁰²; e como se não bastasse o fato de que salvo a centralizada magistratura, empregados públicos todos continuaram sendo das províncias⁵⁰³, tudo redundando no fato de que dificuldades de comunicação e de transporte, escassez de funcionários tornavam impossível uma centralização excessiva.⁵⁰⁴ Até mesmo a proposta de novo ato adicional de 1861 pode ser explicada pela ampla gama de funções e competências das quais se arvoravam as províncias. E mais do que isso: o fato de a proposta ter malogrado pode significar a efetiva capacidade de articulação dos grupos regionais por intermédio de seus representantes junto ao governo central.⁵⁰⁵

Desse quadro, antes de uma ordem verticalizada e hierarquicamente organizada a partir do centro, surge um sistema clientelista no qual a decisão sobre os empregos públicos era estratégica e se constituía na moeda de troca e peça fundamental na

⁴⁹⁹ GOUVÊA, Maria de Fátima. **O império das províncias**: Rio de Janeiro, 1822-1889. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p.73.

⁵⁰⁰ DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado nacional. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil**: formação do estado e da nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.450.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p.452-453.

⁵⁰² *Ibid.*, p.459.

⁵⁰³ *Ibid.*, p.455.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p.467.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p.464.

cooptação e articulação com os grupos locais.⁵⁰⁶ Ainda que o presidente da província fosse nomeado pelo poder central, fechar olhos e ouvidos à disputa local, impondo nomeações em detrimento da lógica local, seria estratégia política equivocada, senão completamente impossível. Não havia como não acabar se submetendo às relações clientelistas provinciais, controladas pelas elites regionais.⁵⁰⁷ Significativo dessa lógica é também a análise realizada por Maria Fernanda Vieira Martins sobre o Conselho de Estado, na qual, dentre outras argutas reflexões, adverte que "A análise da composição do Conselho de Estado demonstra que o grupo manteve-se fortemente vinculado às bases locais que sediavam suas redes familiares e clientelares, o que denota uma conexão permanente com a própria política provincial"⁵⁰⁸. Mais do que isso, aponta a autora que o processo político regional não se desenvolvia como um simples reflexo da política da Corte, recebendo seus influxos e determinações. Ao invés, apresentava história e dinâmica próprias, oriundas de suas especificidades e conjunturas locais.⁵⁰⁹ Seria até mesmo contraditório realizarmos leitura diferente: advogar a autonomia da história do direito, de um lado, sem esquecer das inter-relações com a história geral jamais poderia redundar que não haja autonomia das histórias provinciais, ainda que houvesse conexões com a história da Corte.

Pode-se, então, sintetizar o quadro desenhado a partir da contribuição dessas autoras: "Regionalizava-se assim o jogo político, em um arranjo que impunha à elite dirigente central a acomodação com os grupos provinciais. Elite dirigente que, também ela, não esquecia de suas origens regionais"⁵¹⁰. Jogar as luzes das relações clientelistas e pessoais do favor e da barganha, faz com que se possa extrapolar os limites da Corte como espaço exclusivo do poder à época do império.⁵¹¹

⁵⁰⁶ DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado nacional. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do estado e da nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.455.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p.456. No mesmo sentido: GOUVÊA, Maria de Fátima. **O império das províncias**: Rio de Janeiro, 1822-1889. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p.74.

⁵⁰⁸ MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista Topoi**, v.7, n.12, p.183, jan./jun. 2006.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p.211.

⁵¹⁰ DOLHNIKOFF, *op. cit.*, p.468.

⁵¹¹ MARTINS, *op. cit.*, p.211.

Ponto que sugere temática que deve ser verticalizada é exatamente a função do Poder Judiciário nas engrenagens desse jogo clientelista, na qual troca de favores, doses de autoritarismo e acomodações entre governo central e autoridades provinciais regiam o sistema, quando se considera, como afirma Maria de Fátima Gouvêa, que "[...] o governo central dependia sobremaneira da magistratura para exercer poder sobre todo o Brasil, minimizando a necessidade de ter que se referir a todo instante às instituições políticas e administrativas provinciais"⁵¹². Temática ainda mais relevante quando se leva em consideração, em primeiro lugar, o fato de que as sucessivas reformas pelas quais passou o Poder Judiciário no século XIX não foram tanto para melhorar o nível e a qualidade da prestação da justiça, mas para se buscar soluções dos mais variados problemas sociais.⁵¹³ Em segundo, a circunstância de que no início do império, os juizes de paz eram membros da comunidade que os elegia, e o fato de não terem instrução e tampouco receberem qualquer remuneração pelo exercício das funções fazia com que fosse favorecida a cooptação deste grupo pelas elites locais.⁵¹⁴ Como se não bastasse o fato de ser um dos principais mecanismos de acesso ao poder pelos que seriam ordinariamente excluídos. Como aduz Faoro, se o tradicional meio de chegar à política era ser filho de ministro ou de senador como Joaquim Nabuco, Afonso Celso – filho do Visconde de Ouro Preto –, Rio Branco, um atalho considerável e mais acessível era a magistratura, vereda trilhada por Paulino, Nabuco de Araújo, Sinimbu, Wanderley.⁵¹⁵

A forma como a magistratura, enfocando-se especialmente sua competência criminal, foi sendo introduzida nesse jogo e as novas peças e regras que nele introduziu, especificamente na vereda de enfrentamento entre as matrizes do liberalismo, de um lado, e do clientelismo, de outro, serão mais detalhadamente analisadas no

⁵¹² GOUVÊA, Maria de Fátima. **O império das províncias**: Rio de Janeiro, 1822-1889. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p.09-12.

⁵¹³ FERREIRA, Gabriela Nunes. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.304.

⁵¹⁴ CACCIA, Natasha Schmitt. Os juristas e o poder político monárquico português. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.157.

⁵¹⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.425.

terceiro capítulo, mas não sem antes examinar a utilização da noção de sistema penal para a análise da criminalização no séc. XIX, e ainda os primeiros traços das leis que a normatizavam, quais sejam, o código criminal e o código do processo criminal. Esses, dentre outros, serão os temas que debateremos no capítulo a seguir.

CAPÍTULO 3

O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL DO IMPÉRIO

Estabelecidos os principais delineamentos do liberalismo no capítulo 1 e do clientelismo no capítulo 2, como prismas a partir das quais podem ser compreendidos diversos aspectos da sociedade brasileira no séc. XIX, que por tal razão podem também se refletir no padrão de juridicidade penal do período, e sendo o objetivo da presente tese a avaliação de como se procederam os choques, acordos e arranjos entre essas duas matrizes no âmbito específico da competência recursal criminal do Supremo Tribunal de Justiça entre os anos de 1841 a 1871, ponto que será verticalizado no capítulo 4, tem-se neste capítulo 3 uma missão preparatória para a tarefa a ser adiante enfrentada. Trata-se de compreender o Supremo Tribunal de Justiça como uma das agências do sistema de justiça penal do império, a partir do que, poderemos acompanhar seu agir prático, não só por meio das leis materiais (código criminal) e formais (código do processo criminal) que dão lastro às suas decisões – cujo conhecimento é indispensável para os fins ora almejados –, mas também a lógica geral, pela qual esse conjunto de leis era implementada nos casos concretos pelo Poder Judiciário. Em apertada síntese: trata-se de analisar o substrato que não só fundamenta os acórdãos do STJ imperial, mas que também conforma o âmbito de compreensão das leis aplicadas, o que, não raras vezes, não está totalmente explicitado no formalismo legal.

Para tal finalidade, este capítulo 3 está dividido em três seções. Na primeira delas, debateremos a possibilidade de utilizar a noção, absolutamente decantada e consolidada nas discussões criminológicas contemporâneas, de "sistema de justiça penal" para a proposta histórica ora levada a cabo. Sem esse subsídio, a nosso ver, muito mas arduamente seria implementada a visualização pretendida, qual seja, a consideração tanto dos aspectos formais quanto dos aspectos materiais do exercício da jurisdição recursal criminal por parte do STJ imperial. Com o aprofundamento da noção de sistema de justiça penal, teremos a oportunidade de demonstrar que sua formatação compreende uma série de instituições, ideologias, leis, atores cujas inter-relações não podem ser desprezadas, mesmo para aqueles que pretendem analisar

somente uma de suas partes, como ora é feito, sob pena, no mínimo, de o objeto parecer desfocado. Quando não, parecer mesmo invisível.

A segunda seção terá três objetivos distintos. O primeiro deles será apresentar a forma como a produção legislativa criminal originalmente desenhada no império é fundada em pressupostos liberais. Como se verificará, a lógica para a feitura das normas criminais no período que ficou conhecido como a "década liberal", dentre as quais o código criminal e o código do processo criminal, girava em torno da necessária legalização do exercício do poder punitivo, o que pode ser definido como legalidade penal e processual penal.

O segundo objetivo da segunda seção será analisar a forma como, mesmo com substrato positivo-formal de feições tão liberais, a lógica do sistema penal não deixou de abarcar mecanismos clientelistas em seu funcionamento concreto, o que inclusive acaba sendo um dos fatores que desencadeiam a crise que não só retira os liberais do poder, mas também, e principalmente, faz com que os conservadores empreendam reformas desse arcabouço jurídico, cujos tentáculos se estenderão até às leis penais. As reformas propriamente ditas serão o objeto da terceira subseção deste capítulo, quando se abordarão as mudanças implementadas tanto pela Lei de interpretação do ato adicional de 12 de maio de 1840 quanto a reforma sofrida pelo código do processo criminal por meio da lei de 03 de dezembro de 1841. Os desdobramentos político-institucionais, para além dos eminentemente jurídicos dessas reformas, não serão esquecidos, eis que são fundamentais para se compreender a forma como a tão almejada "estabilidade" do império acabou ocorrendo em termos práticos, não sem grande apoio das reformas processuais penais.

Estabelecido o substrato formal, bem como a lógica empreendida pelas instâncias inferiores na hermenêutica e aplicação concreta dessas normas, e antes de analisar a produção jurisprudencial propriamente dita já referenciada, o objetivo da terceira seção deste capítulo 3 é o de analisar a forma como essa específica agência de criminalização se encaixava na lógica geral do sistema jurídico penal do império. Para tal fim, na primeira subseção dessa terceira seção, analisaremos os fundamentos normativos específicos do Supremo Tribunal, sem o qual nossa análise jurisprudencial careceria de um guia confiável. Trata-se da regulamentação jurídica das competências do STJ imperial, momento em que se enfocará especificamente o Recurso de Revista criminal, mediante sua previsão na Constituição do Império e sua regulamentação pela Lei de 18 de setembro de 1828.

O trilhar desse itinerário terá sempre como meta o debate dos precedentes criminais exarados pelo Supremo Tribunal entre os anos de 1841 a 1871. De tal sorte, está longe de ser nosso objetivo a análise integral, ou sequer pormenorizada das leis acima apontadas. Serão elas debatidas, enquanto e na medida em que possam clarificar aspectos imprescindíveis para a produção jurisprudencial, cuja densidade e extensão pretendemos compreender. No ponto, valhamo-nos da advertência de Hespanha ao analisar a Constituição portuguesa de 1822, em obra que não a tinha como objeto principal: "Um balanço rigoroso das influências que aí se encontram só podia resultar de um estudo detalhado das discussões parlamentares, nas Cortes e fora delas"⁵¹⁶. O mesmo se diga das leis cuja aproximação foi necessária para os fins almejados, qual seja, a análise dos precedentes do Supremo Tribunal como elemento constitutivo do sistema penal do império.

Esses são os pontos que serão desdobrados abaixo.

3.1 A UTILIZAÇÃO DA NOÇÃO DE "SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL" COMO METODOLOGIA DE ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO DO SÉC. XIX

Quem já vivenciou uma situação trágica, dramática, marcante, ou conheceu de perto alguém que as tenha vivido, concordará com Eduardo Ginetti da Fonseca quando ele afirma que novas realidade e possibilidades alteram não só as nossas expectativas sobre o futuro, mas colocam novas luzes sobre o caminho já percorrido. Tudo o que vivemos, e a imagem que temos de nós mesmos, é construção provisória, e essas experiências críticas levam a rever profundamente o valor e o sentido do passado e das nossas crenças.⁵¹⁷

Essa singela – se não fosse relevante – constatação nos leva a compreender mais profundamente que por mais que se conheça algo, sempre será possível conhecer mais, sendo que a tensão entre antigo e novo gera surpresas e anomalias,

⁵¹⁶ HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português, Curitiba: Juruá, 2009. p.77.

⁵¹⁷ FONSECA, Eduardo Giannetti da. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p.52.

justamente porque o novo pode alterar nosso entendimento sobre o preexistente.⁵¹⁸ Se pudéssemos imaginar matematicamente o conhecimento, jamais seria ele uma figura geométrica predeterminada que ao receber mais informações só aumenta de volume. Ao contrário, trata-se de um poliedro que vai alterando formato, número de faces e cores a cada novo conhecimento introjetado. Sim, pois certeza absoluta como seria encaixado o porvir só seria atingida se a fronteira máxima do conhecimento fosse alcançada e alcançável, e se o que o que falta conhecer se amoldasse perfeitamente ao conhecimento preexistente.⁵¹⁹

A questão que podemos retirar deste debate, considerando os objetivos aqui almejados, é se haveria aplicabilidade desse raciocínio em uma ciência cujo objeto é o passado, que, por definição, seria imutável. Contudo, a não modificação do objeto não significa excluir novas perspectivas metodológicas ao método histórico. Ao contrário, novos métodos de aproximação a um mesmo objeto, por exemplo, o mesmo período histórico, podem desnudar traços escondidos, fissuras em uma versão "perfeita", ou vozes reprimidas. Como exemplo, podemos citar o fato de que é evidente que existiram mulheres e prisioneiros em nossa história, antes de meados do século XX. Não obstante, somente com o avanço da própria historiografia, mediante a contribuição da Escola dos Annales e suas conquistas metodológicas⁵²⁰, é que tomaram assento no relato dos acontecimentos estes dois personagens, como se vê com Michele Perrot.⁵²¹ Com efeito, afirma Marc Bloch, se o passado é imodificável, "[...] o conhecimento do passado é uma coisa em progresso, que incessantemente se transforma e aperfeiçoa"⁵²². Seriam sempre nossas experiências cotidianas que

⁵¹⁸ FONSECA, Eduardo Giannetti da. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p.67.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p.68.

⁵²⁰ Como o aproveitamento de fontes não escritas, testemunhos involuntários, a atenção às análises econômicas, sociais e culturais, ao invés da história política, militar e diplomática e uma história interpretativa que ousou compreender e problematizar. (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e história**: relações entre concepções de história, historiografia e história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997. p.43-44).

⁵²¹ PERROT, Michele. **Os excluídos da história**: operários, mulheres e prisioneiros. Tradução de Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

⁵²² BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.75.

atribuem matizes novos que nos servem para reconstruir o passado⁵²³. Com a ironia que lhe caracterizara, adverte o autor que "[...] o erudito que não tem o gosto de olhar a seu redor nem os homens, nem as coisas, nem os acontecimentos, merecerá talvez, como dizia Pirenne, o título de um útil antiquário. E agirá sensatamente renunciando ao de historiador"⁵²⁴.

Esse tênue equilíbrio entre passado e presente, entre as luzes do presente iluminando pontos outrora obscuros do passado, ou jogando luzes que anteriormente não existiam é o mister do historiador. É o que se vê com Pietro Costa, ao afirmar que cada historiografia afronta aspectos específicos da experiência e deve, portanto, dispor de conhecimentos adequados à compreensão do seu objeto, como, por exemplo, o historiador da música saber ler as notas de uma partitura e diferenciar uma fuga de uma sonata e o historiador da arte saber como se pinta um afresco.⁵²⁵

Não se trata de perspectiva anacrônico-positivista de querer enxergar no passado o presente.⁵²⁶ O intento aqui é o de empregar a linguagem do nosso presente não para afirmar a verdade (a nossa verdade), mas para formular perguntas. Tomam-se do presente os estímulos e os materiais que servem para trazer problemas e para colocar perguntas, e são estas perguntas que permitem selecionar no conjunto caótico de textos dos passados aqueles que serão pertinentes.⁵²⁷

⁵²³ BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.66.

⁵²⁴ Ainda que a análise dos pressupostos de sua obra escape dos limites estabelecidos para a presente tese, vê-se aqui a importância de aportes teóricos como de Walter Benjamin, que nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, "[...] estabelece uma temporalidade que não pode ser considerada como algo linear, acabado, coerente, mas sim como algo que somente se apresenta quando visado pelo presente, no momento em que o presente invoca sua redenção". Trata-se para ele de "uma teoria historiográfica revolucionária, definida como retomada e rememoração salvadoras de um passado esquecido, perdido, recalçado ou negado [...]" (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p.158-159).

⁵²⁵ COSTA, Pietro. **O conhecimento do passado: dilema e instrumentos da historiografia**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007. p.09.

⁵²⁶ Como sói acontecer nas monografias, dissertações e teses dos mais contemporâneos institutos jurídicos, que, mesmo assim, insistem em iniciar com o "famigerado escorço histórico" no qual debatem o franchising no antigo Egito, ou as fusões e aquisições na dinastia Ming.

⁵²⁷ COSTA, *op. cit.*, p.14-15.

Nesse diapasão, é de se invocar Carlo Ginzburg⁵²⁸, para quem a história não pode ser reduzida, pós-modernamente, à retórica desvinculada de dados, ou das provas. Antes de esquecermos das provas, para buscarmos concepções que nos sejam mais "simpáticas" no âmbito político ou filosófico, temos que empreender novos olhares sobre as provas que sempre estiveram ali, para serem apreciadas a partir de novas perspectivas. Essa é metodologia que procuramos utilizar no desenvolvimento desta tese: as fontes pesquisadas e os referenciais epistemológicos apontados na introdução fizeram com que buscássemos nas perspectivas metodológicas contemporâneas pontos de apoio mais consistentes para a análise e a compreensão dessas fontes.

E, nesse sentido, relativamente às novas perspectivas metodológicas da história da criminalização, e que por tal razão "podem lançar luzes sobre zonas obscuras do passado", há que se atentar para a fundamental distinção e que se constitui na ausência de separação entre o que definem Zaffaroni e Batista como sendo a história da legislação penal, de um lado, e a sua respectiva realização como programa do exercício punitivo, de outro. Trata-se de superar o entendimento de que o direito penal se limita à legislação, sendo a realidade prática simples acontecimentos que se conformam exatamente às normas.

Trata-se de perspectiva a partir da qual a história do direito e do processo penal brasileiros abarcará a circunstância de que, para além da norma criminal, há a efetividade prática do programa criminalizador que ela estabelece, o exercício real do poder punitivo e as análises de quem o exercia e contra quem era exercido. Além disso, quem era imune formal e materialmente ao poder punitivo, e ainda quem eram os selecionados preferenciais do sistema.

Absorvendo-se a postura metodológica dos marcos da história do direito acima indicados, propõe-se diálogo desta vertente com uma visão do poder punitivo a partir das propostas de Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, na medida em que os referidos autores compreendem *o sistema penal de uma sociedade como um complexo de agências e atores que extrapola os limitados contornos dos marcos legais dessa sociedade*. Tais marcos, imprescindíveis, é claro, para a análise do sistema punitivo de uma sociedade, constituem aquilo que denominam de "criminalização

⁵²⁸ GINZBURG, Carlo. **Relações de força**: história, retórica e prova. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

primária", ou seja, "o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas"⁵²⁹. Trata-se do núcleo a que se circunscreve, tradicionalmente, a análise histórica no direito penal.

Porém, e como advertem os próprios autores, o programa estabelecido pelas agências de criminalização primária – os parlamentos – deve ser implementado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários).⁵³⁰ Diante da disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizáveis e a parcela de condutas que chegam ao conhecimento das agências de criminalização secundária, conclui-se que qualquer exercício do poder punitivo será seletivo, ou seja, recairá preferencialmente sobre determinadas condutas e parcelas da população do que em outras.⁵³¹ Consequentemente, pode-se concluir que entre as leis formais e a efetividade delas, cria-se um lapso não perceptível para os que analisam um sistema penal tão somente a partir dos diplomas legais.

O que mais chama a atenção na adoção de uma perspectiva mais alargada de sistema penal para se compreender sua história, é que sua não utilização, até mesmo nos estudos mais democráticos, constitucionais e conscientes da limitação do direito penal tradicional, tem resvalado no equívoco de retirar toda a potencialidade crítica da história. É o que se vê, por exemplo, com Salo de Carvalho, quando critica a concepção clássica do direito penal, asseverando que dentre as mazelas da criminologia estaria justamente na sua apresentação em modelo histórico.⁵³² Em verdade, mais do que uma falha metodológica, verifica-se que a história do direito penal se limita à "história dos códigos", porque a própria concepção de direito penal corrente se limita, como critica Salo de Carvalho, "[...] à estrutura da teoria da lei penal, da teoria do delito, da teoria da pena, por mais díspares que sejam

⁵²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.43.

⁵³⁰ *Id.*

⁵³¹ *Ibid.*, p.44.

⁵³² CARVALHO, Salo. Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.15, n.69, p.237-278, nov./dez. 2007; CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

as perspectivas dos teóricos e diferentes que sejam os efeitos político-criminais destas interpretações"⁵³³.

Se a utilização do referido marco teórico tem como consequências a extensão do horizonte de projeção do sistema penal, no sentido de abarcar, além das análises legais, a atuação prática das agências de criminalização secundária, realizada pela polícia e por órgãos de acusação, a metodologia histórica no direito penal pode ser ainda mais verticalizada.

É que a compreensão do poder punitivo não se resume às criminalizações primária e secundária, mas abarca em primeiro plano (i) todo o *sistema penal*, ou seja, "o conjunto das agências que operam a criminalização ou que convergem na sua produção", tais como as agências políticas (parlamentos, ministérios, poderes executivos, partidos políticos), agências judiciais (juízes, ministério público, advogados, associações de classe, serventuários), agências policiais (todas agências públicas e privadas que cumprem funções de vigilância), agências penitenciárias, agências de comunicação social (radiofonia, televisão, imprensa escrita) e agências de reprodução ideológica (universidades, academias, institutos de pesquisas, doutrinadores).⁵³⁴

Além disso, a compreensão do poder punitivo deve abarcar, outrossim, os *sistemas penais paralelos* (exercício de poder punitivo por agências paraestatais)⁵³⁵ e os *sistemas penais subterrâneos* (abuso de poder por parte das agências executivas que exercem poder punitivo à margem da legalidade).⁵³⁶

⁵³³ Como aponta Salo de Carvalho (Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.15, n.69, p.248, nov./dez. 2007).

⁵³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.60-61.

⁵³⁵ *Ibid.*, p.69. São exemplos contemporâneos, conforme os autores, as autoridades assistenciais que decidem a institucionalização de um idoso, as federações esportivas, sancionando o recurso a um tribunal judicial, as autoridades militares, incorporando obrigatoriamente cidadãos às forças armadas etc.

⁵³⁶ *Ibid.*, p.70. São exemplos contemporâneos, conforme os autores, as execuções, torturas, sequestros, saques etc. e nos países centrais, as expulsões informais de estrangeiros, extradições mediante sequestro, grupos de inteligência que operam fora da lei etc.

Ainda que se trate de um modelo contemporâneo de compreensão da complexidade da criminalização de uma sociedade, seria lícito considerar a existência de seus elementos no período histórico em referência. De que outra forma poderíamos debater, como se pode fazer num rápido exemplo de como a simples positivação pode não representar a efetividade (ou inefetividade) do sistema penal, a Lei de 1850 proibindo o tráfico negreiro. O que ocorreu foi que seus mecanismos estabeleceram que os compradores, leia-se, os proprietários, seriam julgados pelo júri (por eles controlados) ao passo que os traficantes seriam julgados pelos juízes de direito e, dessa forma, reprimidos⁵³⁷, o que não se poderia constatar com mera leitura dos textos legais respectivos.

Como se não bastassem as demais jurisdições como a eclesiástica e a da Inquisição para turvar o quadro de divisão de atribuições e de competências à época, há ainda que se deparar com a criminalização informal realizada pelo senhor de engenho, pelos líderes das bandeiras, pelos potentados e mandões, cujo poder tornava impotente o poder central.⁵³⁸

Assim procedendo, pode-se aquilatar a fundamental importância que exerceram todos esses elementos do sistema penal compreendido de forma ampla, em termos concretos, e cujo papel pode ser desvelado, não somente por uma postura metodológica renovada, mas também, e principalmente, por meio de um outro olhar para as fontes históricas.

Não se quer com isso, repare-se, adotar o posicionamento dos antípodas dos exploradores das origens, que na expressão de Marc Bloch são os devotos do imediato, que concebem o conhecimento do presente como algo quase absolutamente desligado do passado.⁵³⁹ Esse entendimento teria que passar pelos inconvenientes de definir o presente, esse ponto minúsculo e que foge incessantemente entre passado e futuro

⁵³⁷ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 2.º capítulo da 2.ª parte (teatro de sombras).

⁵³⁸ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.45.

⁵³⁹ BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.60.

(de quanto tempo trata o presente?).⁵⁴⁰ Isso seria esquecer a força da inércia de todas as criações sociais que o homem constrói, para na sequência se tornar prisioneiro mais ou menos voluntário.⁵⁴¹

De todo modo, a abertura possibilitada pela noção de sistema de justiça penal também exige de outro lado um fechamento, sob pena de ter que se realizar um amplo painel que faria com a pesquisa fosse inesgotável. Assim, não analisaremos os férteis e fecundos terrenos da criminalização subterrânea e paralela, a opinião dos doutrinadores, o papel da mídia, a influência da doutrina ensinada nas universidades, dentre inúmeras outras formas de se aproximar do objeto "criminalização no séc. XIX". O intento aqui é realizar um recorte específico a partir dessa noção, que, como destacado desde a introdução, diz respeito à jurisdição recursal criminal do Supremo Tribunal de Justiça, e a forma como resolveu a dicotomia liberalismo *versus* clientelismo, ao mesmo tempo em que ocorria o processo de sua institucionalização autônoma e contribuía para a formação da cultura jurídico-penal e processual penal do séc. XIX.

Nesse sentido, já tendo havido a delimitação do objeto da presente tese na forma como o liberalismo e clientelismo teriam se enfrentado no âmbito do STJ – ou como teriam se articulado por meio de combinações, convivência, busca de outros significados, tolerância – tomaremos como ponto de partida, os elementos do sistema penal que reflitam a efetiva existência desse debate. Nesse sentido, e antes de analisarmos a produção jurisprudencial oriunda da Corte Suprema – objeto do quarto e derradeiro capítulo – analisaremos como liberalismo e clientelismo se manifestavam nas diferentes instâncias do sistema penal do séc. XIX, como apresentaremos nas subseções abaixo.

⁵⁴⁰ BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.60-61.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p.63.

3.2 A ESTRUTURA NORMATIVA DA CRIMINALIZAÇÃO NO IMPÉRIO ENTRE 1841 E 1871

3.2.1 O liberalismo da criminalização primária

O nascimento do Império brasileiro independente foi forjado sob o signo do liberalismo, como se pôde delinear no capítulo 1. Dos diversos desdobramentos que dele podem ser reconhecidos, como um parlamento eleito, por exemplo, um dos que podem ser destacados acaba sendo o liberalismo jurídico-penal que embalou a formatação das leis criminais do período.

É o que vai se constatar antes mesmo da própria independência formal brasileira, como apontam as fontes indicadas por Lenine Nequete. Indica o autor, no seu itinerário do Poder Judiciário brasileiro, as ordens de D. Pedro à nação em 23 de maio de 1821, na qual ficaram consignadas: i) a necessidade de ordem escrita de juiz, exceto nos casos de flagrante, para se efetivar prisão de pessoa livre; ii) que a expedição dessa prisão dependeria de formação de culpa sumária com instrução; iii) que após a prisão o processo deveria ser encerrado em 48 horas; iv) que em nenhum caso alguém poderia ser lançado em segredo ou em masmorra estreita; e v) que as contravenções a esse Decreto sejam irremissivelmente punidas com perdimento do emprego e inabilitação perpétua para qualquer outro em que haja exercido jurisdição.⁵⁴² Ainda que não tenha utilizado o autor as lentes com que ora analisamos a temática, o fato é que não se pode negar o liberalismo formal que norteou a referida norma.

Mas para que não se possa apontá-la como sendo exemplo isolado, é também de se fazer referência à Lei promulgada pelas Cortes Portuguesas em 12 de novembro de 1821, extinguido as devassas gerais "pelo fato de serem tão opressivas aos povos quanto são contrárias à jurisprudência criminal"⁵⁴³ ou ainda o Aviso de 28 de agosto de 1822, no qual se determinava aos juízes criminais que se

⁵⁴² NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**: I – império. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973. p.23-24.

⁵⁴³ *Ibid.*, p.24.

regulassem pelas bases da Constituição de 1821.⁵⁴⁴ Por fim, fundamental é ainda citar que pouco antes de nossa Independência fora criado por meio do Aviso de 18 de julho de 1822, um tribunal de juizes de fato para julgar os crimes de abuso da liberdade de imprensa⁵⁴⁵, do qual se extrai, pela importância, o seguinte excerto:

Os réos poderão recusar destes 24 nomeados 16: os 8 restantes porém procederão no exame, conhecimento, e averiguação do facto; como se procede nos conselhos militares de investigação, e accommodando-se sempre ás fórmulas mais liberaes, e admittindo-se o réo á justa defesa, que é de razão, necessidade e uso. Determinada a existencia de culpa, o Juiz imporá a pena. E por quanto as leis antigas a semelhantes respeitoes são muita duras e improprias das idéas liberaes dos tempos, em que vivemos; os Juizes de Direito regular-se-hão para esta imposição pelos arts. 12 e 13 do tit. 2º do Decreto das Côrtes de Lisboa de 4 de Junho de 1821 que Mando nesta ultima parte applicar ao Brazil. Os réos só poderão appellar do julgado para a Minha Real Clemencia.

A tônica da normatização da criminalização primária não muda com a independência, e o influxo liberal dos nossos primeiros líderes levou a que logo a 14 de outubro de 1822 fosse aprovado decreto que regulamenta a inviolabilidade do domicílio. Neste, restou positivada a inviolabilidade da casa depois do pôr do sol e antes do seu nascer e a necessidade do atendimento de formalidades para a execução da medida, dentre elas o mandado judicial, tudo sob pena de responsabilização dos executores da ordem.⁵⁴⁶ Outros instrumentos normativos que definiam os limites da intervenção penal do Estado podem ainda ser vislumbrados tanto na Lei de 30 de agosto de 1828 quanto na Lei de 23 de setembro daquele mesmo ano. Essa dizia respeito às "formalidades que se devem observar nos processos criminaes, e a maneira por que devem ser instruídos e preparados os que forem julgados nas Juntas de Justiça" e na qual se consignava a necessidade da acusação por escrito, a imprescindibilidade da contestação do réu e ainda da instrução e de preparo do processo pelo juiz relator, antes do julgamento.⁵⁴⁷ Por seu turno, regulava aquela os casos em que se podia proceder à prisão sem culpa formada, para o que: i) deu

⁵⁴⁴ NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**: I – império. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973. p.26.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p.25-26.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p.34.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p.46.

contornos ao instituto do flagrante; ii) autorizou a prisão antecipada somente aos que fossem indiciados em crimes que a lei impusesse pena de morte, perpétua ou galés, nesse último caso sempre por ordem escrita de juiz competente; e iii) determinou a manutenção desses presos provisórios em prisão apartada daquela destinada aos condenados, dentre outros dispositivos.⁵⁴⁸

Por fim, há que se fazer menção aos três núcleos normativos que, por se constituírem no centro gravitacional em torno do qual girará toda a temática jurisprudencial verticalizada na presente pesquisa, devem receber no ponto um tratamento mais alongado – ainda que uma pormenorização de cada qual fizesse com que extrapolássemos os limites impostos pelos objetivos da presente tese. Trata-se da aprovação das normas referentes aos juízes de paz, do código criminal, e do código do processo criminal, promulgadas nas duas primeiras legislaturas (a primeira, de 1826 até 1829 e a segunda de 1830 até 1833) no bojo daquelas que ficaram conhecidas como sendo as "reformas da década liberal"⁵⁴⁹.

Deve-se desde logo asseverar que não seria de todo equivocado se afirmar que o ímpeto liberal dos nossos primeiros reformadores direcionou suas primeiras e mais importantes preocupações à estrutura do Poder Judiciário, visto que, como indica Thomas Flory, poderíamos entender a partir de um determinado ponto de vista que é por meio dele que os brasileiros, durante o período colonial, mais sentiram a influência – e os abusos – do regime absoluto.⁵⁵⁰ Como visto anteriormente, a confusão entre as estruturas administrativa e judicial fazia com que os juízes fossem identificados com os interesses da metrópole, até porque a Coroa, antes de enviar tropas, intendentes ou coletores de imposto para regular algum aspecto da vida colonial, utilizava a estrutura do Judiciário.⁵⁵¹ Como aponta José Reinaldo de Lima

⁵⁴⁸ NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência: I – império**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973. p.45.

⁵⁴⁹ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.8. Afirma o autor no ponto que a década liberal teve início neste evento. É o que também sustenta Andréa Slemian para quem se tratou, tal época, de período efetivamente liberal (SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009. p.229-230).

⁵⁵⁰ FLORY, *op. cit.*, p.31.

⁵⁵¹ *Id.*

Lopes, os juízes do antigo regime estavam sempre "prontos a agradar aos superiores, à Coroa e portanto, aplicadores pouco isentos da lei"⁵⁵². Somando-se tais razões à corrupção e à ineficiência que historicamente embalaram o Judiciário colonial, como anteriormente também se pôde vislumbrar, os ataques liberais ao Judiciário só cessaram com a regulamentação dos juízes de paz por meio da promulgação da Lei de 15 de outubro de 1827.

Mas há que se reconhecer que, muito para além das críticas liberais, diversos foram os fatores que culminaram com a promulgação da lei regulamentando os juízes de paz, como indica Thomas Flory. Em primeiro lugar, a falta de juízes profissionais fazia com que trabalhassem onde, na melhor das hipóteses, tinham familiares, e na pior, onde tinham negócios e interesses privados.⁵⁵³ Em segundo lugar, destaca o autor a desmoralização da polícia e o domínio dos mecanismos privados para resolução de conflitos.⁵⁵⁴ Um terceiro ponto por ele indicado diz respeito à rapidez de uma reforma tópica que poderia ser prontamente implementada, sem a necessidade de se aguardar toda uma reestruturação do Poder Judiciário.⁵⁵⁵ Mas talvez a mais importante tenha sido uma forma de atacar o despotismo de D. Pedro I.⁵⁵⁶

Como assinala Lenine Nequete, dispunha a lei que "em cada uma das freguesias e capelas filiais curadas haveria um juiz de paz e o respectivo suplente, eleitos como os vereadores e pelo mesmo tempo [...]"⁵⁵⁷. Sem desconsiderar as demais, que não dizem respeito aos temas que são objeto da presente pesquisa, vale notar que quanto à competência criminal, cabia aos juízes de paz fazer o corpo de delito, ou seja, a investigação inicial e o levantamento de provas após um fato criminoso; fazer comparecer à sua presença o delinquente que lhe fosse indicado e as

⁵⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.63.

⁵⁵³ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.40-41.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p.42.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p.50.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p.51-52.

⁵⁵⁷ NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência: I – império**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973. p.41-42.

testemunhas para que fossem ouvidas; e, ainda, deveria remeter ao juiz criminal quando fosse provada com elementos probatórios a responsabilidade respectiva⁵⁵⁸. Para além da instrução preliminar de casos cuja competência era do juiz criminal, também cabiam ao juiz de paz, na esfera criminal, o processamento e julgamento direto das infrações menos graves.

Para além do fato de terem sido mantidos os juizes de paz com a promulgação do Código do Processo Criminal de 1832 – no qual seus poderes foram aumentados – ainda é pertinente referência à Lei de 11 de setembro de 1830, que regulamentou a eleição de juizes de paz em todas as capelas filiais curadas, mas que principalmente criou a figura dos oficiais de quarteirão, deles dependentes e com as mesmas atribuições.⁵⁵⁹

Uma simples mudança na estrutura processual – e que somente dizia respeito à preparação de feitos para o julgamento ou, no máximo, com competência efetiva somente sobre questões menos importantes –, como a dos juizes de paz, desafiava os legisladores a instituírem, sob o sopro liberal que vinha da Constituição, uma criminalização mais adequada do que as ordenações coloniais até então vigentes. Nesse ambiente, é aprovado o Código Criminal do Império em 1830, que implementa diminuição de penas de várias condutas, bem como descriminalizações de outras tantas, quando se o compara com a repressiva legislação colonial que revoga.

No ponto, não se pode deixar de sublinhar as críticas contemporâneas que sofre o diploma que definia crimes e penas no império. Para essa vertente, o liberalismo do código não passava de um mito, visto que ele não deixava de refletir as desigualdades da sociedade brasileira, tanto é que previa açoites para escravos, o que inclusive contrariava a Constituição do Império, como sustenta Gabriela Nunes Ferreira.⁵⁶⁰ No mesmo sentido argumenta Jurandir Malerba que seria um mito o

⁵⁵⁸ NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**: I – império. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973. p.41-42.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p.43.

⁵⁶⁰ FERREIRA, Gabriela Nunes. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.305.

código criminal ser um marco da modernidade, portador de ideias liberais⁵⁶¹, sendo que bastaria uma análise das hipóteses em que se previa a pena de morte⁵⁶², para se desmitificar o tema, quais sejam: os cabeças de insurreição de escravos (art. 113 se negros e art. 114 se brancos)⁵⁶³, roubo com morte (art. 271⁵⁶⁴) e ainda o homicídio com circunstância agravante (art. 192)⁵⁶⁵, uma vez que dentre as agravantes do art. 16⁵⁶⁶, a do inciso 7 seria praticar contra ascendente, mestre, ou superior, ou seja, a base da família patriarcal.⁵⁶⁷

Malerba verticaliza o tema, e pondera que não se pode visualizar como liberal um código cujas justificativas da seletividade, conforme tracejadas pela doutrina então em vigor, apregoavam que açoites no elemento servil eram naturais, e que ainda quando a escravidão é atacada, justificava-se o açoite em função dela. E mais, aduz o autor que a doutrina asseverava que nenhuma pena poderia satisfazer a correção dos delitos dos escravos, senão o açoite, até porque a prisão

⁵⁶¹ MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei**: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil. Maringá: EDUEM, 1994. p.10.

⁵⁶² Art. 38. A pena de morte será dada na força.

⁵⁶³ Art. 113. Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.
Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.

⁵⁶⁴ Art. 271. Se para verificação do roubo, ou no acto delle, se commetter morte. Penas - de morte no gráo maximo; galés perpetuas no médio; e por vinte annos no minimo.

⁵⁶⁵ Art. 192. Matar alguém com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete.
Penas - de morte no gráo maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo.

⁵⁶⁶ Art. 16. São circumstancias aggravantes:
2.º Ter o delinquente commettido o crime com veneno, incendio, ou inundação.
7.º Haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre, ou superior do delinquente, ou qualquer outra, que o constitua á respeito deste em razão de pai.
10. Ter o delinquente commettido o crime com abuso da confiança nelle posta.
11. Ter o delinquente commettido o crime por paga, ou esperança de alguma recompensa.
12. Ter precedido ao crime a emboscada, por ter o delinquente esperado o offendido em um, ou diversos lugares.
13. Ter havido arrombamento para a perpetração do crime.
14. Ter havido entrada, ou tentativa para entrar em casa do offendido com intento de commetter o crime.
17. Ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime.

⁵⁶⁷ MALERBA, *op. cit.*, p.117-118.

com trabalho só melhoraria a vida do escravo.⁵⁶⁸ Como se todos os argumentos não bastassem, aponta o autor que até quem era contra a pena de morte não o fazia por razões liberais, calcadas em um iluminismo racionalista e antiteológico secularizado, mas em virtude de ser contra a vontade divina, como se vê em Francisco Luís e Paula Pessoa.⁵⁶⁹

Temos que tal aproximação ao tema deva ser analisada, visto que a utilização de um referencial isolado – como o sancionamento do elemento servil – poderia facilmente levar um observador contemporâneo a negar qualquer traço de liberalismo no código visualizado, recaindo-se num anacronismo histórico, a nosso ver, incabível para o tema. Cremos ser autorizados a externar essa afirmação a partir de alguns referenciais específicos como, em primeiro lugar, a óbvia comparação do Código Criminal de 1830 com a legislação criminal revogada, qual seja, as Ordenações Filipinas. Basta uma simples análise dos temas objeto de consideração pela parte criminal das Ordenações para percebermos o liberalismo da proposta do novo código. Vigoravam, até o advento do Código analisado, disposições no âmbito material referentes aos "Hereges e Apóstatas", aos "Feiticeiros", aos que "benzem cães, ou bichos sem autoridade do Rei", aos que "cometem pecado de sodomia", ao "Infiel, que dorme com alguma Cristã, e o Cristão, que dorme com Infiel", aos que "dormem com suas parentas, e afins", ao impedimento da entrada no reino de "Ciganos, Arménios, Arábios, Persas, nem Mouriscos de Granada", aos "Mouros e Judeus, que andam sem sinal", ao impedimento de se imprimir "livros sem licença do Rei", aos que "encobrem os que querem fazer mal", tudo isso sem levarmos em consideração as disposições processuais ali constantes, como a distinção entre "como serão presos os malfeitores" e "Em que maneira os Fidalgos e Cavaleiros, e semelhantes pessoas devem ser presos", sem nos esquecermos da forma como serão empreendidos os "Tormentos"⁵⁷⁰.

Considerando todo esse conjunto de disposições de um direito penal pré-moderno, calcado em matrizes metafísico-morais, e que – não se esqueça – ainda

⁵⁶⁸ MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil**. Maringá: EDUEM, 1994. p.37-39.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p.112.

⁵⁷⁰ LARA, Sílvia Hunold (Org.). **Ordenações filipinas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

estava em vigor em 1830, só se pode concluir pela inexistência de liberalismo no novo Código se a análise estiver calcada em uma especificidade. Ponto esse que ignorará uma análise mais ampla do tema, e que não poderia deixar de aludir aos temas trazidos por Nequete, cujas positivamente no texto legal não podem ser desprezadas no estudo ora empreendido: o princípio da legalidade; a responsabilização penal da omissão de ação; a inimputabilidade dos menores de 14 anos e dos loucos de todo o gênero; as causas de exclusão da antijuridicidade da legítima defesa, do estado de necessidade e do exercício legal de um direito; a previsão das circunstâncias atenuantes e agravantes; e ainda a regulamentação do habeas corpus.⁵⁷¹ A partir desse viés, pode-se inclusive verificar as poucas hipóteses positivadas da pena de morte, quando se o compara com o Livro V das Ordenações, o que também pode se constituir em demonstração desse liberalismo⁵⁷², ao contrário dessa visualização contemporânea, que indicaria a existência de previsão da pena de morte como signo de não ser liberal. Temos que, antes de comparar o código criminal imperial com nossas atuais disposições, metodologia histórica mais apropriada seria compará-lo com as normas que revoga, que no caso são as citadas Ordenações.

Os autores que não entendem o Código Criminal do Império como sendo liberal tampouco se dão ao trabalho de enfrentar o tema a partir de óptica que, no caso, seria imprescindível: quais seriam as linhas mestras de outros códigos a ele contemporâneos que também seriam qualificados como liberais? Nosso código destoava tanto assim deles? Ou a descaracterização do liberalismo deve ocorrer independentemente de como todo e qualquer outro código do período tratasse do tema? Ainda que à época, como é exemplo a edição de 26 de novembro de 1830 do periódico *Aurora Fluminense* citado por Flory⁵⁷³, a imprensa asseverasse que deixaria de existir o bárbaro e vergonhoso livro quinto, e com ele as mãos livres com que os desembargadores manipulavam e modificavam na prática esse código de sangue? São indagações que, antes de exigir uma resposta exata, levantam problematizações relacionadas ao fato de que, talvez, enxergar a falta de liberalismo

⁵⁷¹ NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**: I – império. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973. p.49-51.

⁵⁷² FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.110.

⁵⁷³ *Id.*

no código criminal do império, diga respeito à visão que hoje temos do liberalismo, e não à visão que à época se tinha desse ideário.

Num terceiro viés de análise, tampouco se pode descurar do fato de que a dimensão política do código está ancorada na fase antipoder do liberalismo brasileiro, como se pode facilmente perceber do tratamento dignificado aos crimes políticos, num exemplo eloquente. Arrancado pelos liberais da debilidade política do ocaso de D. Pedro I nos últimos cinco meses de seu reinado, o tratamento dado aos dissidentes políticos rejeitava penas capitais e trabalhos forçados, e nos casos de sedição somente os líderes poderiam ser trazidos ao julgamento. A necessidade da congregação de 20 mil pessoas para a configuração da rebelião fazia, outrossim, com que a aplicação do instituto se tornasse praticamente ilusória.⁵⁷⁴ Ainda que se possa invalidar a intenção liberal de tais propostas, visto que impostas pela oposição a um imperador decadente que não teve condições políticas de refutá-las, o fato é que uma análise formal como a que ora se procede no presente item não pode deixar de considerar como liberais as propostas que restaram positivadas.

Em quarto lugar, pode-se ainda discordar das análises que excluem o código criminal do império do espectro liberal, a partir do olhar lançado no item anterior, segundo o qual, deve-se utilizar dos referenciais metodológicos da noção de sistema penal para se analisar a criminalização de uma sociedade em determinada época. A partir das contribuições dessa perspectiva, somos levados a concluir que as limitações do código criminal imperial, referentes à igualdade da lei e à seletividade das penas, que de fato existiam, podem parecer um tanto quanto desfocadas. Sim, pois olvida de um fato: a seletividade e a desigualdade no âmbito penal não foram superadas, e ambas se corporificam em qualquer sistema penal do qual já se tenham tido notícias.⁵⁷⁵ Destarte, entender como não liberal um sistema penal porque ele carrega em si as características que são comuns a todos, terá o condão de fazer com que tenhamos que negar a aplicabilidade do adjetivo a qualquer sistema

⁵⁷⁴ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.110-111.

⁵⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.156.

da época, assim como o carácter de "democrático" seria negado a qualquer sistema do presente, se seguíssemos o raciocínio.⁵⁷⁶

Como se os pontos aludidos não fossem suficientes para problematizarmos o afastamento do código criminal do império das matrizes expostas no capítulo 1, tem-se que o viés técnico-jurídico do enfrentamento do tema também careça de qualquer base científica para chegar às conclusões que expõe. É que, como visto, a restrição referente à pena capital seria, aos olhos dos que sustentam a tese, como Malerba, razão suficiente para ser conspurcada a índole liberal do código. Mas as restrições acima indicadas, quer nos parecer, padecem de equívocos técnicos que farão com que possamos vislumbrar outras deduções.

É o que parece acontecer com o embasamento dado para a exclusividade de pena de morte aos escravos. Se se trata de conclusão empírica, baseada em pesquisas judiciais que demonstram que apesar de a pena de morte ser generalizadamente aplicável a todos, só o era destinada a negros e escravos, deveria ela estar assentada no texto da qual foi retirada. É que não tendo o autor o cuidado de deixar clara essa perspectiva, é de se reparar que uma visualização técnico-jurídica do tema não tem o condão de nos levar à mesma conclusão. Vejam-se os artigos 271⁵⁷⁷ e 192 do código criminal, que preveem respectivamente os crimes de roubo e de homicídio qualificado, citados pelo autor. Da redação dos respectivos tipos penais, não se chega à ilação de que os únicos destinatários da norma fossem escravos ou sequer negros, ainda que libertos. É o que se verifica do art. 271 (Se para verificação do roubo, ou no acto d'elle, se commetter morte), do art. 192 (Matar alguém com qualquer das circunstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete,

⁵⁷⁶ No ponto caberia rápida reflexão: poderíamos indicar que não há qualquer sistema penal democrático no mundo? Tratando-se de um conceito polissêmico (assim como fora e tem sido o de liberalismo), a partir de um determinado viés essa poderia ser a conclusão. Mas a questão que permaneceria seria a seguinte: qual seria a utilidade de um critério de análise que não servisse de lastro para separarmos e classificarmos os diferentes sistemas penais? O mesmo se poderia dizer da questão posta: transplantando os critérios dos autores para outros sistemas jurídicos, poderíamos concluir que carecia de liberalismo não só o sistema penal brasileiro, mas todos os sistemas penais então vigentes. E disso, finalmente, poderíamos indagar: essa percepção seria compatível com o padrão de liberalismo vigente à época? Teria alguma utilidade científica utilizarmos um critério que não serviria para distinguir uns sistemas penais de outros?

⁵⁷⁷ Art. 271. Se para verificação do roubo, ou no acto d'elle, se commetter morte. Penas - de morte no gráo maximo; galés perpetuas no médio; e por vinte annos no minimo.

dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete) ou ainda das agravantes mencionadas (2.º Ter o delinquente commettido o crime com veneno, incendio, ou inundação; 7.º Haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre, ou superior do delinquente, ou qualquer outra, que o constitua á respeito deste em razão de pai; 10. Ter o delinquente commettido o crime com abuso da confiança nelle posta; 11. Ter o delinquente commettido o crime por paga, ou esperança de alguma recompensa; 12. Ter precedido ao crime a emboscada, por ter o delinquente esperado o offendido em um, ou diversos lugares; 13. Ter havido arrombamento para a perpetração do crime; 14. Ter havido entrada, ou tentativa para entrar em casa do offendido com intento de commetter o crime; 17. Ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime). Ouse-se no ponto: quase todas as agravantes foram mantidas, na forma de agravantes genéricas ou de qualificadoras de crimes específicos, até a atualidade.

Retome-se o ponto acima tocado: ainda que em termos práticos, somente escravos fossem punidos com a pena capital, ou ainda que somente os escravos cometessem os crimes referidos nesses dois artigos, o que parece muito pouco provável, sendo a análise meramente formal, não se pode deixar de considerar que a desigualdade das normas incriminadoras, pelo menos no que diz respeito a esses pontos, não tem as nuances trazidas pela crítica.

Não seria equivocado apontar que deixar de analisar uma série de institutos típicos de um direito penal liberal-moderno, em função de um aspecto típico a todo e qualquer sistema penal, qual seja, sua seletividade, pode levar a resultados que, antes de representar a lógica daquele sistema, constituem postura maculada pelo primado da hipótese sobre os fatos. Como a hipótese era a de que o sistema não era liberal, traços de liberalismo devem ser escondidos tanto quanto indícios de desigualdade devem ser sublinhados. Como resultado, a confirmação da hipótese inicial, em procedimento bastante semelhante ao do juiz que, convencido do crime, ignora todos os traços que possam suscitar a dúvida do seu efetivo cometimento.⁵⁷⁸

⁵⁷⁸ Sobre o tema veja-se: CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: UTET, 1986; e, também, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Não se quer, com a alusão a todos esses pontos, esquecer da obrigatoriedade do passaporte do senhor para a circulação pela cidade; da proibição da permanência de escravos em vias públicas após o toque de recolher; da vedação à sua concentração nas ruas; da interdição a que permanecessem em casas de comércio além do tempo necessário para realizar as suas transações; e o fato de que mesmo em casos de pequenos crimes, eram entregues para seus donos para serem fisicamente castigados⁵⁷⁹, além de todos os exemplos já referidos no capítulo anterior quanto à relação entre os senhores e seus escravos. Repita-se: não se quer esquecer todos esses pontos, e de outros mais da situação dos negros àquela época, mas a focalização desse viés não pode obscurecer nossa visão a ponto de não enxergamos avanço algum em seara qualquer.

Completando as reformas liberais da criminalização primária da primeira fase do império, tem-se a Lei de 29 de novembro de 1832 que promulga o Código do Processo Criminal, entendida, não sem certa dose de exagero, como a mais ousada experiência de legislação liberal jamais tentada no país.⁵⁸⁰ Talvez por essa mesma razão, como se verificará no item a seguir, a mais duramente criticada nos dez anos subsequentes à sua promulgação.⁵⁸¹

Se para Faoro o Código do Processo Criminal foi um imenso salto, no qual nosso sistema punitivo vai da centralização das Ordenações Filipinas à cópia do localismo inglês⁵⁸², a visão de Flory é um tanto mais comedida: não deixava de ser um misto de reformismo e política como o Código Criminal, mas como fora aprovado após a queda de D. Pedro I, não mais haveria a necessidade de ser tão combativo ante o poder central. Ao contrário, devia cumprir função de estruturação política e judicial no longo prazo. Tratava-se, assim, ainda para o autor, de um liberalismo não mais antipoder, mas com vistas à administração, uma vez que não mais se pretendia

⁵⁷⁹ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.55.

⁵⁸⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico: dispersão e unidade**. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. v.4. Tomo II. p.39.

⁵⁸¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.345. No mesmo sentido: FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.112-113.

⁵⁸² FAORO, *op. cit.*, p.346.

retirar a base do imperador, mas de granjear apoio e estrutura para o novo governo dos liberais. Para tanto, eliminou as permanências formais do sistema jurídico português⁵⁸³ e por intermédio do juiz de paz, situado na base de todo o sistema de justiça penal, e do sistema de jurados, personificou o ideal de localismo, contrapondo-se à magistratura profissional — vinculada ao poder central.⁵⁸⁴

A ideia ainda era combater a corrupção e a estupidez dos juizes da Coroa — reação à antiga magistratura, não tanto porque as novas instituições fossem excelentes, mas antes em função do rancor para com as antigas.⁵⁸⁵

Em relação às inovações técnicas do novo código, pode-se seguir os passos de Nequete⁵⁸⁶ no ponto, para se destacar, em primeiro lugar, a substituição da organização judiciária herdada de Portugal, por meio do que se extinguiram as ouvidorias de comarca, os juizes de fora e ordinários.⁵⁸⁷ Além disso, não mais existiria jurisdição criminal de qualquer autoridade que não fosse constitucionalmente lastreada por um sistema fundado no princípio do julgamento do acusado pelos seus pares reunidos no tribunal do júri. Um terceiro ponto foi a abolição das autoridades policiais⁵⁸⁸, cuja missão de formação de culpa e realização do auto de corpo de delito seriam desempenhadas pelo juiz de paz⁵⁸⁹, a peça mais importante do sistema, que acumulava

⁵⁸³ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.112.

⁵⁸⁴ NUNES, Gabriela Ferreira. **Centralização e descentralização no Império**: debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999. p.27.

⁵⁸⁵ FLORY, *op. cit.*, p.117.

⁵⁸⁶ NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**: I — império. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973. p.51-54.

⁵⁸⁷ Para um quadro da organização judiciária ao final do antigo regime e logo, início do Brasil independente, consulte-se WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Especialmente a parte I, capítulos 2, 3 e 4.

⁵⁸⁸ Art. 19. Ficam suprimidos os Delegados

⁵⁸⁹ Art. 12. Aos Juizes de Paz compete: [...] § 4.º Proceder a Auto de Corpo de delicto, e formar a culpa aos delinquentes. § 5.º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juizo. § 6.º Conceder fiança na fôrma da Lei, aos declarados culpados no Juizo de Paz.

funções judiciais e policiais⁵⁹⁰, ao qual ainda competia o julgamento das infrações menores.⁵⁹¹ Destaque-se que a existência dos chefes de polícia nas cidades mais populosas não seria uma exceção à regra, visto que ele seria um dos juizes de direito da localidade.⁵⁹² Mas mais eloquente do que qualquer descentralização do poder por meio do juiz de paz, a substituição da orientação inquisitorial do processamento dos crimes sob a égide do Livro V das Ordenações por um processo acusatório é que veicula o liberalismo do novo código: caberia ao acusador comprovar a acusação, presumindo-se sempre a inocência do réu, ao invés da presunção contrária que vigorava no sistema anterior.

Por fim, quanto à organização judiciária, nos termos do art. 1.º "Nas Províncias do Imperio, para a Administração Criminal nos Juizos de primeira instancia, continuará a divisão em Districtos de Paz, Termos, e Comarcas", cujos ocupantes eram estabelecidos nos artigos subsequentes:

Art. 4.º Haverá em cada Districto um Juiz de Paz, um Escrivão, tantos Inspectores, quantos forem os Quarteirões, e os Officiaes de Justiça, que parecerem necessarios. Art. 5.º Haverá em cada Termo, ou Julgado, um Conselho de Jurados, um Juiz Municipal, um Promotor Publico, um Escrivão das execuções, e os Officiaes de Justiça, que os Juizes julgarem necessarios. Art. 6.º Feita a divisão haverá em cada Comarca um Juiz de Direito: nas Cidades populosas porém poderão haver até tres Juizes de Direito com jurisdição cumulativa, sendo um delles o Chefe da Policia.

Quanto à competência do juiz de paz, além daquelas a que se referiu anteriormente, pode-se assinalar os demais parágrafos do art. 12 do Código do Processo Criminal, quais sejam:

§ 1.º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lh'o requererem.

⁵⁹⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: dispersão e unidade. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. v.4. Tomo II. p.40.

⁵⁹¹ Art. 12. Aos Juizes de Paz compete: [...] § 7.º Julgar: 1.º as contravenções ás Posturas das Camaras Municipaes: 2.º os crimes, a que não esteja imposta pena maior, que a multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis mezes, com multa correspondente á metade deste tempo, ou sem ella, e tres mezes de Casa de Correção, ou Officinas publicas onde as houver.

⁵⁹² Art. 6.º Feita a divisão haverá em cada Comarca um Juiz de Direito: nas Cidades populosas porém poderão haver até tres Juizes de Direito com jurisdição cumulativa, sendo um delles o Chefe da Policia.

§ 2.º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das familias.

§ 3.º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretenção de commetter algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e tres mezes de Casa de Correccão, ou Officinas publicas. [...]

§ 8.º Dividir o seu Districto em Quarteirões, contendo cada um pelo menos vinte e cinco casas habitadas.

No âmbito das comarcas, competia aos juízes de direito, com fulcro no art. 46 do Código analisado, basicamente os deveres inerentes à presidência do Júri:

- 1.º Correr os Termos de sua jurisdicção para presidir aos Conselhos de Jurados na occasião de suas reuniões;
- 2.º Presidir ao sorteio dos mesmos Jurados, ou seja para o Jury de accusação, ou para o de sentença;
- 3.º Instruir os Jurados, dando-lhes explicações sobre os pontos de direito, sobre o processo, e suas obrigações, sem que manifeste, ou deixe entrever sua opinião sobre a prova;
- 4.º Regular a policia das sessões, chamando á ordem os que della se desviarem, impondo silencio aos expectadores, fazendo sahir para fóra os que se não accommodarem, prender os desobedientes, ou que injuriarem os Jurados, e punil-os na fórmula das Leis;
- 5.º Regular o debate das partes, dos Advogados, e testemunhas até que o Conselho de Jurados se dê por satisfeito;
- 6.º Lembrar ao Conselho todos os meios, que julgar ainda necessarios para o descobrimento da verdade;
- 7.º Applicar a Lei ao facto, e proceder ulteriormente na fórmula prescripta neste Codigo;
- 8.º Conceder fiança aos réos pronunciados perante o Jury; áquelles, a quem os Juizes de Paz a tiverem injustamente denegado; e revogar aquellas, que os mesmos Juizes tenham indevidamente concedido;
- 9.º Inspeccionar os Juizes de Paz e Municipaes, instruindo-os nos seus deveres, quando careçam.

Como se vê, tinha-se no papel da justiça togada uma função compatível e adequada ao sistema acusatório que se pretendia implementar, antes de se reduzir a uma assistência pericial, como sobre ela já se sustentou.⁵⁹³

⁵⁹³ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: dispersão e unidade. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. v.4. Tomo II. p.40.

Junto ao tribunal do júri, funcionava como órgão acusatório o promotor público, cujas atribuições estão delineadas no art. 37 daquele Código:

- 1.º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa d'elle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras;
- 2.º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciaes;
- 3.º Dar parte ás autoridades competentes das negligencias, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça.

Por seu turno, era exercida no âmbito dos termos a competência dos juízes municipais, cujo caráter residual pode ser verificado no art. 35 do Código do Processo Criminal: "Art. 35. O Juiz Municipal tem as seguintes attribuições: 1.º Substituir no Termo ao Juiz de Direito nos seus impedimentos, ou faltas; 2.º Executar dentro do Termo as sentenças, e mandados dos Juizes de Direito, ou Tribunaes; e, 3.º Exercitar cumulativamente a jurisdição policial".

A partir do quadro esboçado, pode-se chegar à conclusão de que o novo império, levado pelos ventos da modernidade, estruturou um sistema jurídico penal no âmbito formal, aquilo que podemos definir como sendo a criminalização primária, efetivamente liberal. Mas não se poderia encerrar este tópico sem menção ao Aviso de 15 de novembro de 1828⁵⁹⁴, exarado em virtude da "falta de cumprimento que sofrem as mais previdentes determinações, não só enquanto ao modo de efetuarem-se as prisões, como também pelo que toca à marcha dos processos e execução das sentenças [...]", sendo absolutamente digno de nota que o Imperador determina que se "execute estrita e rigorosamente" dentro outros itens "o art. 2.º da Lei de 30 de agosto do corrente, da qual parece ter havido inteiro esquecimento" que, como acima visto, regulava a prisão sem culpa formada.

O Aviso nos envia um sinal de que a literalidade das normas criminais do império não seria suficiente para nos fornecer um quadro suficientemente amplo acerca da efetividade desse sistema. Ou seja, para realizamos um escrutínio mais

⁵⁹⁴ NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**: I – império. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973. p.46.

adequado do tema pesquisado, é preciso responder à seguinte indagação: da teoria à prática, da criminalização primária à secundária, das leis à sua efetividade, mantinha o sistema jurídico penal o liberalismo que lhe inspirava, ou ganhava novas – e não exatamente imprevistas – colorações? É o que se pretende verificar no item que segue.

3.2.2 O clientelismo da criminalização secundária

Pistas para nos aproximarmos das respostas às indagações acima formuladas podem ser vislumbradas com Raymundo Faoro, especialmente quando traz que a crônica da época apontou que antes do sonhado municipalismo, o fruto das reformas liberais foram o caudilhismo, a intranquilidade, a violência, a desordem e por fim a anarquia das arbitrariedades e perseguições contra os bons, e da proteção aos maus.⁵⁹⁵ Se também se pode afirmar que a descentralização não significou mais direitos individuais⁵⁹⁶, quer nos parecer que se deva fazer uma reflexão sobre a forma como as normas liberais que regulavam a criminalização imperial ganharam vida ao incidir em casos e vidas concretas. Esse é o ponto sobre o qual se pretende discorrer nesse item.

Para tanto, e retomando-se as duas colunas mestras do sistema, quais seja, a descentralização e democratização da justiça que seria levada a cabo pelos juízes de paz eleitos e o julgamento independente realizado pelos próprios pares do acusado perante o Tribunal do Júri, procuraremos, em primeiro lugar, seguir os passos de autores cuja proposta tenha sido a verificação de como essas instituições se efetivaram em termos práticos, e por que, em menos de uma década, o código do processo criminal seria profundamente alterado.

Indica Flory que a empolgação oriunda das novas leis fez com que as primeiras notícias relativas à atuação do juiz de paz fossem de otimismo em função da

⁵⁹⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.347.

⁵⁹⁶ SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis**: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834). São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009. p.233, 286, 294.

imparcialidade com que tratava das questões que a eles estavam sendo submetidas.⁵⁹⁷ Não obstante, com a queda do imperador em 1831, quando liberais incorporam a responsabilidade de construir o sistema e manter a ordem, que ocorre concomitantemente à promulgação do código do processo e o consentâneo aumento da jurisdição criminal e poder de polícia do juiz de paz, a ideologia inicial de melhoramento da justiça é definitivamente posta de lado pelos fins políticos do grupo dominante⁵⁹⁸, que se antes poderiam ser latentes, agora se tornam explícitos. Como afirma Holanda, se o juiz de paz fora intimidação popular voltada à D. Pedro I, sob a regência se transformou em agente policial do governo⁵⁹⁹, cujo trabalho, destaca novamente Faoro, era subsidiado pela truculência dos inspetores de quartirão, de triste memória nos anais da repressão⁶⁰⁰.

A essa derivação da função originalmente instituída para os juízes eleitos vem se somar a Lei de 12 de agosto de 1834, o ato adicional à Carta Constitucional⁶⁰¹, cujo fortalecimento das províncias cria um período de indefinição de competências legislativas. Fortalecidas politicamente, e no vácuo de indeterminação normativa, são levadas a cabo inúmeras mudanças para favorecer o poder de patronagem dos governos provinciais que, em detrimento da matriz eletiva dos cargos que compunham a segurança pública e a justiça, passam a indicar os aliados políticos. Por exemplo, a assembleia legislativa de São Paulo, em 1835, cria funcionários indicados nas municipalidades – os prefeitos – investidos de poderes que em tese já seriam dos juízes de paz. Já no Ceará, a lei que instituiu os prefeitos não só lhes atribuiu a jurisdição criminal que era da competência dos juízes de paz, como também modificou o processo de seleção dos magistrados – eleitorado formava listas cujo indicado final era definido pelo Presidente da província. A lei com essas feições que

⁵⁹⁷ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.61.

⁵⁹⁸ *Id.*

⁵⁹⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.) **O Brasil monárquico: dispersão e unidade**. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. v.4. Tomo II. p.40.

⁶⁰⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.346.

⁶⁰¹ Sobre os acordos e articulações políticas que redundaram no Ato Adicional, veja-se: HOLANDA, *op. cit.*, p.50-53.

foi aprovada em Pernambuco em 1836, que estabeleceu a divisão do território em prefeitos e subprefeitos, deixou para os juizes de paz pouco mais do que suas atribuições conciliatórias. Leis semelhantes ainda foram aprovadas em Sergipe, na Paraíba do Norte e no Maranhão. Não seria demais destacar que as mudanças também modificaram o provimento dos cargos da Guarda Nacional: seus oficiais não seriam mais eleitos, como originalmente previa a legislação nacional, mas passariam a ser indicados localmente.⁶⁰²

Paradoxalmente, uma reforma cujo escopo havia sido a descentralização acaba colhendo como frutos seu inverso: o regresso conservador e centralizador.⁶⁰³ É que as fortalezas locais da justiça criadas pelo governo local tornam-se impenetráveis não só para os oponentes locais, como parecia ser o objetivo imediato dos chefes locais, mas também para o governo central. Nesse contexto, passa a perceber o poder central que governos provinciais que tivessem tanto poder sobre burocracia local poderiam facilmente perseguir inimigos e favorecer amigos.⁶⁰⁴ Os discursos mais inflamados, inclusive, sustentavam que o excesso de leis provinciais que exorbitavam seus poderes estava descentralizando tudo e, assim, destruindo o império. Daí para o regresso centralizador foi menos de meia década.

⁶⁰² FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.159-160.

⁶⁰³ Eis o porque, mas não só por essas razões, que Slemian indica a insuficiência da lógica dicotômica centralização X descentralização para compreender determinados fenômenos no período (SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009). Com outras palavras, mas traçando o mesmo diagnóstico, tem-se ainda Gabriela Nunes Ferreira, que sustenta que antes de descentralização, e por isso fortalecimento do poder provincial, essa prevalência das províncias representou amesquinamento do poder local. É o que se verifica com o cunho das atribuições conferidas às assembleias provinciais, que nunca haviam pertencido ao poder central (FERREIRA, Gabriela Nunes. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.309). É o que ainda sustenta Miriam Dolhnikoff, para quem, no que diz respeito aos municípios, prevaleceu a centralização, visto que as câmaras municipais ficavam totalmente atreladas a assembleia provincial, só havendo valor legal das iniciativas daquelas, após a aprovação desta (DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado nacional. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do estado e da nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.461). E, por fim, Raymundo Faoro, que compreende o Ato Adicional muito mais como expressão do medo dos moderados do que das convicções liberais de descentralização, visto que a reforma pretendia desmontar o centralismo bragantino sem se desmanchar em municipalismo (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.347).

⁶⁰⁴ FLORY, *op. cit.*, p.163.

Muito mais do que a lógica da disputa por espaços e poder que poderia nos levar à constatação de que os juízes de paz foram as vítimas de um processo político que retirou arbitrariamente o poder daqueles que pretendiam democratizar a justiça criminal brasileira no seu nascedouro, outros elementos devem ser trazidos para demonstrar o caráter de que se revestiu sua atuação em termos práticos. O fato é que, como indica Thomas Flory, antes da Independência que se imaginou como revestimento de sua atuação, constataram-se a irresponsabilidade e a arbitrariedade clientelista em tantos casos que a constância faz com que, do fenômeno, possamos retirar algumas inferências.

O fato é que os juízes de paz, antes de mais nada, eram homens com profissões e interesses, os quais ninguém poderia imaginar que fossem sacrificados em prol do exercício de um mandato temporário de um ano frente a um cargo eletivo. Nas áreas rurais que formavam majoritariamente o espectro geográfico da distribuição do espaço social à época, os juízes de paz eram provenientes de famílias proprietárias de terras, que visualizam a instituição como uma valiosa extensão de suas ambições locais.⁶⁰⁵ O clientelismo, como uma das matrizes constitutivas da sociedade da época, como visto no capítulo anterior, não iria simplesmente deixar de existir no atuar concreto do judiciário. Era sentido, não só na definição de suas pautas, mas também, e principalmente, na limitação de sua atuação, como se pode verificar com a experiência vivenciada por Caetano Vicente de Almeida Galião, que, eleito juiz de Freguesia da Sé, informou ao presidente da província que naquela cidade havia certas ruas privilegiadas, cujo acesso era interdito às patrulhas do juiz de paz.⁶⁰⁶

Mas o cargo não se tratava unicamente de escoadouro das ambições de uma elite municipal, e espaço para o alargamento de sua influência e aquisição de vantagens e favores. "O corolário obscuro dessa equação, é claro, residia nas acusações que os juízes poderiam impor aos rivais e inimigos"⁶⁰⁷. Somando-se isso ao papel dos juízes de paz na organização das eleições no âmbito local, nas quais

⁶⁰⁵ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.69-70.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p.74-75.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p.77. Tradução livre de: "*The dark corollary of this equation of course lay in the persecution that the judge could bring do bear upon a rival or enemy*".

também a lógica não seria distinta, no médio prazo se verifica na figura do juiz de paz não mais o conciliador, mas um centro irradiador de conflitos, arbitrariedades, perseguições e favorecimentos em detrimento das leis vigentes à época.

Os conflitos inerentes à decantação dos limites e das atribuições de uma nova instituição, tal qual ocorrera nos séculos anteriores com os Tribunais do Rio de Janeiro e da Bahia⁶⁰⁸, também se mostraram extremamente presentes na relação dos juízes de paz com as demais autoridades. A inexistência de uma clara definição de suas competências na Lei de 1827 para isso contribuía, e mesmo a tentativa de um melhor delineamento de suas atribuições por meio do Código do Processo de 1832, não foram suficientes para delimitar as mais variadas formas de suas atividades práticas.

A circunstância de que a magistratura de carreira era apoiada tanto pelos estratos superiores do Judiciário quanto pela presidência de província, pelo fato de que todos participavam de uma mesma "carreira política" cuja entrada, à época, se dava pela via do Judiciário, como pormenorizam Andrei Koerner⁶⁰⁹ e José Murilo de Carvalho⁶¹⁰, fazia com que, no âmbito local, surgissem choques com os juízes de paz⁶¹¹, e sua "independência" perante o poder central. Para além desse, relata ainda Flory os conflitos com as câmaras de vereadores, e ainda com a própria Guarda Nacional.⁶¹²

⁶⁰⁸ Sobre as querelas institucionais em que se viram envolvidos, na colônia, estas duas Cortes, veja-se, respectivamente, WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 e SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁶⁰⁹ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.45-46. O que inclusive, explicava dois outros fenômenos para o autor: a baixa qualidade técnica dos magistrados, e a simpatia a um dos grupos políticos que se digladiavam.

⁶¹⁰ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003, capítulo V, quando o autor se refere à "entrada no clube", que para as famílias menos influentes se dava através da magistratura.

⁶¹¹ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.86. Para o autor, essa preferência pelos juízes de carreira, assim, se daria pelo fato de essas autoridades superiores normalmente teria dado os primeiros passos de sua carreira na magistratura.

⁶¹² *Ibid.*, p.90-91.

Mas quiçá todos esses conflitos tivessem encontrado um ponto de equilíbrio, não fosse a extremada falta de legitimidade granjeada por uma instituição que, ao invés de descentralizar o acesso à justiça e possibilitar a participação democrática na população de sua gestão, enveredou-se pela mesma seara trilhada pelos tão criticados magistrados da Coroa: corrupção, impunidade, perseguição e ilegalidade. De novo, somente a participação nas fraudes eleitorais.⁶¹³ De velho, tudo aquilo que tinha contribuído para seu advento.

No ponto, novamente, não se pode abrir mão da embasada pesquisa realizada por Flory, que aponta casos como o recebimento de valores, na própria Corte, para excluir amigos, e todos aqueles que podiam pagar – um observador estimava, em 1840, que mais de 400 pessoas se enquadravam nessa hipótese – da conscrição na Guarda Nacional.⁶¹⁴ Ou o contrário: indiciamento de pessoas pelo juiz de paz para que não pudessem participar das eleições. Ou ainda a inscrição de menores, escravos e pessoas imaginárias nessas mesmas eleições⁶¹⁵ em que eleitores rivais haviam sido excluídos arbitrariamente.

Talvez mais eloquente do que os exemplos concretos de Flory seja o reflexo, na produção teatral de Martins Pena, da imagem que a sociedade fazia do juiz de paz à época. Em sua famosa peça "O juiz de paz na roça", Martins Pena revela traços que talvez ficassem obscurecidos para o pesquisador que pretendesse mergulhar nas fontes diretas. Na peça referida, o enredo gira em torno da ordem dada pelo Juiz de Paz para que fosse levado um recruta para ser preso no quartel do Campo de Santana. Mas como se descobre que esse acaba casando (em rápida escapada do cárcere em que estava custodiado com a ajuda da noiva) com a filha de amigo, ao invés de mandá-lo para o referido quartel, acaba convidando todos para festejar as núpcias.⁶¹⁶ Mas o que mais chama a atenção são as histórias incidentais ao enredo principal pelas quais, pode-se perscrutar algumas peculiaridades

⁶¹³ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.102.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p.93.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p.103.

⁶¹⁶ PENA, Martins. **O noviço. O juiz de paz na roça. Quem cada quer casa**. São Paulo: Martin Claret, 2000. p.66-87.

do atuar do juiz de paz que denotam a forma como o desempenho da jurisdição era então visto pelo senso comum, e se refletia na produção teatral.

É o que se vê na Cena XI da peça, na qual alguns casos são submetidos à apreciação judicial do magistrado eleito. Nesse mister, se, de um lado, pacífica dupla que se engalfinhava em virtude do crime supostamente cometido por um deles, de outro, também aproveita a ocasião para exercer competências que só poderiam estar amparadas em exercício, pelos menos, "não ortodoxo" do poder. É o que se constata na deliberação acerca da petição de Manuel André para assistir à marcação de seu sítio, ao que responde o juiz: "Não posso deferir por estar muito atravancado com um roçado; portanto, requeira ao suplente, que é o meu compadre Pantaleão". A isso contesta o requerente: "Mas, Sr. Juiz, ele também está ocupado com uma plantação". A continuidade do diálogo merece ser transcrita:

JUIZ - "Você replica? Olhe que o mando para a cadeia."

MANUEL ANDRÉ - "Vossa Senhoria não pode prender-me à toa; a Constituição não manda".

JUIZ - "A Constituição!...Está bem! Eu, o juiz de paz, hei por bem derogar a Constituição! Sr. Escrivão, tome termo que a Constituição está derogada, e mande-me prender este homem".

MANUEL ANDRÉ - "Isso é uma injustiça".

JUIZ - "Ainda fala? Suspendo-lhe as garantias..."

MANUEL ANDRÉ - "É desaforo..."

Diante da prisão iminente, Manuel André foge e o juiz sai correndo atrás gritando "pega, pega", mas sem conseguir alcançá-lo. Exaurido, fala: "Lá se foi... que o leve o diabo. Vamos às outras partes".

A leitura do trecho nos faz rememorar algo que a análise da atuação do juiz de paz a partir da dicotomia favorecimento dos amigos *versus* perseguição dos inimigos poderia obscurecer: a arbitrariedade do acaso. Manuel André, pelo que se vê do texto, não era amigo e tampouco inimigo declarado. Só teve o azar de dirigir petição ao juiz, requerendo-lhe trabalho em período em que já estava atarefado. E mais, ousou questionar a alternativa apresentada pelo juiz, postura que jamais poderia se encaixar na visão comungada por todos, e que também seria compartilhada pelo juiz: a de uma sociedade hierarquizada, calcada em relações sociais intersubjetivas sempre entre um superior e um inferior, o qual jamais é reconhecido como sujeito de direitos, e que se expressa por meio do favor, da clientela, da tutela e da cooptação. Desse viés, incabível a indagação. Tratou-se de uma ofensa suprema, como se o

interesse mais importante daquela sociedade, a hierarquia, tivesse sido atingido. Daí porque a prisão, que se imporia, mesmo ante a Constituição, cujas normas se atrelariam a essa jurisdição errática e despótica, exercida ao acaso.

Outros trechos dessa Cena XI podem ser referidas para os fins almejados no presente item deste capítulo. A solução dada pelo juiz de paz à contenda entre duas partes acerca de um leitão é tão cômica quanto reveladora: sugere o magistrado eleito que a única forma de conciliá-los seria dando o leitão de presente a outra pessoa. "Não digo com isso que mo dêem", externa o juiz. Diante do que, ambos concordam em dar o bem disputado a ele, que prontamente responde: "Muito obrigado, muito obrigado! Faça o favor e deixar ver. Ó homem, está gordo, tem toucinho de quadro dedos! Com efeito! Ora, Sr. Tomás, eu que gosto tanto de porco com ervilhas!" as quais também são oferecidas por um dos pleiteantes. Após a oferenda, sentencia o juiz: "Podem se retirar, estão conciliados".

Outra demanda lhe fora trazida por Sampaio, que desejava que o Juiz de paz citasse a Assembleia provincial para mandar fazer cercado de espinhos em todas as hortas, ao que ele responde: "Isto é impossível! A Assembléia Provincial não pode ocupar-se com estas insignificâncias", ao que pondera Tomás, que no local também estava: "Insignificância, bem! Mas os votos que Vossa Senhoria pediu-me para aqueles sujeitos não era insignificância. Então me prometeu mundos e fundos". No final, reconhece o juiz: "Está bom, veremos o que poderei fazer. Queiram se retirar".

O trecho dá demonstração da lógica que regiam as eleições, quando eram honestas: troca de favores. Quando não eram, como normalmente ocorria, as fraudes eleitorais descartavam qualquer viés conciliador do seu atuar. Tratava-se, em termos práticos, de fonte de instabilidade em um império que pretendia se consolidar.⁶¹⁷

A reforma de tal sistema não seria demanda só do governo central, cujo acesso aos locais se tornara dificultoso, quando não inacessível, e cujas críticas reverberavam desde o topo, como se via das críticas dos Ministros da Justiça ao Código do Processo Criminal, como Honório Hermeto Carneiro Leão, futuro Marquês do Paraná, que atacava a incompetência dos juizes de paz colocados no centro do sistema policial e

⁶¹⁷ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.107.

judiciário, que colhia como resultado a crescente impunidade.⁶¹⁸ As localidades, por seu turno, também ficaram isoladas do poder central, e desejando a elite também ser ouvida no centro, críticas a partir dessa perspectiva também começam a surgir.⁶¹⁹

As aspirações por reforma advêm não somente das características do atuar práticos dos juízes. O Júri também suscita reações e críticas, tanto por parte dos juízes, indignados com o fato de que "um sapateiro pode ser juiz nesse código", quanto por parte do público em geral, atônito com a complexidade do sistema, e ainda por parte do governo, sentindo a dificuldade de se juntar 60 pessoas por duas semanas que deveriam largar seus negócios e empregos para atuar como jurados.⁶²⁰

Fossem todos os problemas a dificuldade humana, a complexidade e o preconceito com a novel instituição, as críticas provavelmente se amainariam. Mas tal qual no caso do juiz de paz, o liberalismo que embalou o ideal do julgamento pelos pares não foi suficiente para sobrepujar as permanências da configuração sociopolítica do nascente império. De fato, os históricos reclamos contra a falta de independência do Judiciário passam a ser não mais dirigido contra os juízes profissionais, mas contra o controle dos júris pelos magnatas locais: jurados eram ligados aos juízes de paz ou ao Presidente do Conselho Municipal, o que, para Flory, acabou significando que a independência perante o governo foi a dependência a todos os demais atores sociais.⁶²¹ Ou a todo e qualquer ator social que tivesse suficiente envergadura para impor suas aspirações ao conselho de sentença.

Controle que se iniciava pela própria seleção dos jurados: não se tratava de membros da elite que, julgando concidadãos, com eles seriam indulgentes como se poderia num primeiro momento pensar. Ao contrário: pela impossibilidade de as classes privilegiadas abrirem mão de seus afazeres e negócios, os júris eram majoritariamente compostos pelas classes mais humildes, justamente as mais suscetíveis às influências das vicissitudes locais. Como resultado disso, impunidade e indulgência com criminosos,

⁶¹⁸ FERREIRA, Gabriela Nunes. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.307.

⁶¹⁹ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.107.

⁶²⁰ *Ibid.*, p.117-121.

⁶²¹ *Ibid.*, p.123.

sendo raro o acusado que não encontrasse um padrinho.⁶²² Do que se pode inferir o inverso também: não seriam raras as condenações que se escorassem na perseguição realizada por algum contrariado membro da elite.

Por razões tais, o apoio à instituição do júri vai diminuindo com os anos, o que foi especialmente doloroso para os liberais, que reputavam o fato à própria sociedade que não conseguia se policiar, e não às instituições que se implementara.⁶²³ De fato, um dos grandes discursos que embalam os "excessos liberais" da época se constituiu naquilo que fora definido como a inadequação dos institutos ao nosso nível civilizacional: além das críticas à insuficiência do filtro censitário para ser jurado, da defesa da aplicabilidade do júri somente às capitais e grandes cidades, viam-se as críticas dos próprios liberais a ambos os institutos. Tanto Feijó quanto Lopes Gama não poupavam verbo para tecer críticas ao fato de termos subitamente passado de uma colônia para o mais refinado modelo representativo, sem qualquer preparação para tanto.⁶²⁴

Depois da Independência, sustentava esse discurso⁶²⁵, o país se manteve unido pelo hábito da obediência, pelo medo do retorno do absolutismo e pelo prestígio do monarca, donde se infere a falta de tranquilidade do período regencial, até porque pessoas obedeceriam mais às autoridades do que às leis.

As bases do regresso conservador já estavam assim delineadas: um período que só trouxera desrespeito aos líderes e críticas às autoridades; a morte em 1834 de D. Pedro I, deixando órfão um dos principais discursos das leis liberais, que seria fustigar sua restauração; o desenvolvimento econômico trazido pelo café⁶²⁶, que faz com que fazendeiros passem a exigir garantia para seus investimentos,

⁶²² FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.123-124.

⁶²³ *Ibid.*, p.124-127.

⁶²⁴ *Ibid.*, p.141-147.

⁶²⁵ *Ibid.*, p.149.

⁶²⁶ FERREIRA, Gabriela Nunes. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.312.

incompatíveis com a instabilidade do período liberal⁶²⁷; e fundamentalmente todo o conjunto de levantes de escravos, movimentos separatistas e movimentos populares demonstrando descontentamento com os frutos trazidos pela independência⁶²⁸ que então desembocavam na crítica ao liberalismo. O discurso não poderia ser mais apropriado: um movimento regressista, que na sequência se consolidaria como o partido conservador, mas que já se insinuava como o partido da ordem e do controle social, e que exerceria maior autoridade para reprimir as manifestações.⁶²⁹ Visualizando-se o fenômeno, teríamos um amálgama bem típico de nossa estruturação como sociedade organizada: para atingir os objetivos liberais de estabilidade e ordem, centralização e repressão.

Não seriam poucos os pontos que fizeram com que se pudesse apontar para um quadro geral de decadência do liberalismo que redundou num quadro de deteriorização da justiça e necessidade de sua reforma: o sistema policial e judiciário consolidado no Código do Processo Criminal revelava-se ineficiente para sufocar essa turbulência toda. Mal organizado, e dando margem a todos os conflitos acima referidos, "o aparato judicial mostrou-se pesado e lento"⁶³⁰.

Não seria de todo equivocado realizar diagnóstico diverso, no qual as revoltas regenciais não se deram em virtude de falta de comando, mas de escassez de compartilhamento político, visto que dificilmente se poderia apontar para a falta de autoridade de Feijó, ministro da justiça entre 1831-1832 e regente entre 1835-1837, eis que, nunca deixou de exibir sua face autoritária, caprichosa e arbitrária

⁶²⁷ FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.134.

⁶²⁸ MOTA, Carlos Guilherme. Parte I: do império luso-brasileiro ao império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.125-127.

⁶²⁹ FLORY, *op. cit.*, p.150.

⁶³⁰ NUNES, Gabriela Ferreira. **Centralização e descentralização no Império**: debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999. p.31-32. No mesmo sentido: FERREIRA, Gabriela Nunes. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.307 e 310.

quando se fazia necessário.⁶³¹ De todo modo, fosse pela falta de compartilhamento do poder, fosse pelas revoltas regenciais, ou fosse ainda por razões internas ao próprio sistema penal, contaminado pelo histórico clientelismo, a ascensão dos conservadores ao poder impôs reformas à legislação criminal, que deram as feições que ela ostentaria durante todo o período pesquisado na presente tese.⁶³² É o que se pormenoriza no item abaixo.

3.2.3 As reformas na criminalização empreendidas pelo regresso conservador

Com a queda de Feijó em 19 de setembro de 1837, começa o delineamento do espaço a que as lutas, os antagonismos e as oposições foram limitados, pelas mãos daquele que seria o partido conservador, representados por Bernardo de Vasconcellos e Araújo Lima. O regresso aposta na centralização, na resistência às reformas, no restabelecimento do conselho de Estado e no poder moderador⁶³³, como suas grandes bandeiras.

Outro grande líder dos conservadores, Paulino Soares de Sousa, posteriormente Visconde do Uruguai, foi o principal articulador das propostas legislativas que dariam o lastro jurídico para tais mudanças, e que importam para os fins colimados na presente tese: a Lei de Interpretação do Ato Adicional e a Lei de 03 de dezembro de 1841, que mudava substancialmente o Código do Processo Criminal.⁶³⁴ Além de se constituírem, ao lado do restabelecimento do Conselho de Estado, e da reorganização da Guarda Nacional já na década seguinte, nas principais medidas legislativas do

⁶³¹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.362-364.

⁶³² Pode-se fazer referência ao fato de que, como nos relata Sebastián Martín, a Espanha passou por processo bastante semelhante visto que o código espanhol de 1848 foi sucedido por uma reforma reacionária em 1850 que coarctou as "tímidas conquistas liberais" (MARTÍN, Sebastián. Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944) In: SBRICCOLI, Mario (Org.). **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**. Milano: Giuffrè Editore Milano, 2007. v.36. Tomo I. p.509).

⁶³³ FAORO, *op. cit.*, p.364-365.

⁶³⁴ GOUVÊA, Maria de Fátima. **O império das províncias**: Rio de Janeiro, 1822-1889. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p.23.

regresso conservador, desde logo se pode apontar que trouxeram grandes impactos práticos para o sistema de justiça criminal do império, e que por tal razão, merecem aqui ser delineadas em seus principais pontos.

Antes mesmo de tomar assento na Câmara, o que ocorreria com a queda de Feijó, foi apresentado, em 10 de julho de 1837, assinada por Paulino José Soares de Souza, relator, e ainda Miguel Calmon e Honório Hermeto Carneiro Leão, o projeto daquela que viria a ser denominada Lei de Interpretação do Ato Adicional, aprovada em 12 de maio de 1840.⁶³⁵ Os oito artigos da curta disposição normativa tinham como principal objetivo atacar o parágrafo sétimo do artigo 10.º do Ato Adicional, que conferia às Assembleias Provinciais a atribuição de legislar sobre a criação e supressão de empregos municipais e provinciais.⁶³⁶ Várias Assembleias, como visto acima, vinham dando uma interpretação excessivamente elástica a este parágrafo, razão pela qual se verificou no art. 2.º da Lei de Interpretação:

Art. 2.º A faculdade de crear, e supprimir Empregos Municipaes, e Provinciaes, concedida ás Assembléas de Provincia pelo § 7.º do art. 10 do Acto Addicional, sómente diz respeito ao numero dos mesmos Empregos, sem alteração da sua natureza, e atribuições, quando forem estabelecidos por Leis Geraes relativas a objectos sobre os quaes não podem legislar as referidas Assembléas.

Combateram-se com o artigo da nova lei, modificações, como indica Gabriela Nunes Ferreira, que incidiam sobre a organização Judiciária, que longe de ser uniforme em todo o Império, encontraria diferentes soluções institucionais para os juízes de paz e os de direito, conforme a província analisada.⁶³⁷

Se se pode sustentar, como o faz Faoro, que sob o pretexto de elucidar o Ato Adicional, impôs-se não só o regresso das competências que haviam sido cedidas às assembleias provinciais para o legislativo geral, como também o retorno do poder

⁶³⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: dispersão e unidade. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. v.4. Tomo II. p.72.

⁶³⁶ Art. 10. Compete ás mesmas Assembléas legislar:
[...] § 7.º Sobre a criação e supressão dos empregos municipaes e provinciaes, e estabelecimento dos seus ordenados.

⁶³⁷ NUNES, Gabriela Ferreira. **Centralização e descentralização no Império**: debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999. p.32-33.

de indicar a polícia e os empregos à corte⁶³⁸, há outros elementos que chamam a atenção do observador da Lei de Interpretação, principalmente se adotarmos a perspectiva de que pretendia combater os excessos que vinham sendo realizados sob o fulcro do Ato Adicional de 1834.

Tratar-se-ia de ponto que refugiria aos limites da presente tese, mas não seria desimportante indagar acerca do contexto que fez com que fosse aprovada a seguinte disposição: "Art. 4.º Na palavra - Magistrado - de que usa o art. 11 § 7.º do Acto Adicional, não se comprehendem os Membros das Relações, e Tribunaes Superiores". Repare-se no citado artigo do Ato Adicional: "Art. 11. Tambem compete ás Assembléas Legislativas Provinciaes: [...] § 7.º Decretar a suspensão, e ainda mesmo a demissão do Magistrado, contra quem houver queixa de responsabilidade, sendo elle ouvido, e dando-se-lhe lugar á defeza". Não se conseguiria chegar a outra conclusão pela leitura sistemática de ambos os artigos senão no fato de que, a título de exercer uma prerrogativa legalmente deferida às assembleias legislativas, algumas dentre elas, ou pelo menos uma dentro delas, tomou partido do espaço para suspender desembargadores que contrariassem seus interesses.

Claro que pesquisas empíricas deveriam ser realizadas para confirmar a hipótese, mas em reforma de tal jaez, que não se concentra em estatuir como as questões deveriam ser regidas, mas cujo escopo é combater aquilo que estava sendo implementado, seria surpreendente se a hipótese não fosse confirmada, ademais se ainda verificarmos os dois artigos subsequentes da Lei de Interpretação, cujo objeto é o procedimento que deveria ser adotado em tais hipóteses:

Art. 5.º Na decretação da suspensão, ou demissão dos Magistrados, procedem as Assembléas Provinciaes como Tribunal de Justiça. Sómente podem portanto impôr taes penas em virtude de queixa, por crime de responsabilidade a que ellas estão impostas por Leis criminaes anteriores, observando a fórmula de processo para taes casos anteriormente estabelecida.

Há que se analisar ainda o "Art. 6.º O Decreto de suspensão, ou demissão, deverá contêr: 1.º, o relatorio do facto; 2.º, a citação da Lei, em que o Magistrado está imenso; 3.º, uma succinta exposição dos fundamentos capitaes da decisão tomada".

⁶³⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.374.

Outro ponto, dessa feita levantado por Holanda e Cardoso, diz respeito à distinção realizada pela Lei de Interpretação entre a polícia administrativa e polícia judiciária, sendo que esta se subordinava ao governo central⁶³⁹, nos termos do art. 1.º, *in fine*, respectivo: "Art. 1.º [...] A palavra – Policia – compreende a Policia Municipal, e Administrativa sómente, o não a Policia Judiciaria".

Se mudanças relevantes no sistema de justiça criminal do império já puderam ser sentidas na Lei de Interpretação ao Ato Adicional, a constatação não poderia ser diferente quando se analisa a profunda reforma pela qual passou o Código do Processo Criminal em 1841. Inclusive, há que se destacar que os impactos foram ainda mais relevantes: tratou-se de modificação radical da organização policial e judiciária do Império. Inspirada em um projeto redigido em 1839 por Bernardo Pereira de Vasconcelos, a medida centralizadora levava mais uma vez a marca de Paulino Soares de Souza, desta vez na qualidade de ministro da Justiça.

Da reforma se verifica que todas as críticas que foram dirigidas ao juiz de paz, tratadas no item anterior, desembocaram no seu quase completo esvaziamento, como se constata da análise dos artigos que inauguram a lei. Os dois primeiros artigos tratam da criação dos cargos cuja competência substituiria o juiz de paz, qual seja, o chefe de polícia, delegados, subdelegados e autoridades policiais todas nomeadas diretamente pelo Imperador⁶⁴⁰ e de quem poderia ocupá-los⁶⁴¹. Já no quarto artigo têm lugar as competências que seriam exercidas pelo Chefe de Polícia, cuja íntegra, ainda que um tanto quanto longa, merece transcrição pela importância da mudança de paradigma que então foi imposta:

Art. 4.º Aos Chefes de Policia em toda a Provincia e na Côrte, e aos seus Delegados nos respectivos districtos compete:
 § 1.º As attribuições conferidas aos Juizes de Paz pelo art. 12 §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 7.º do Codigo do Processo Criminal.
 § 2.º Conceder fiança, na fórmula das leis, aos réos que pronunciarem ou prenderem.

⁶³⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: dispersão e unidade. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. v.4. Tomo II. p.72.

⁶⁴⁰ Art. 1.º Haverá no Municipio da Côrte, e em cada Provincia um Chefe de Policia, com os Delegados e Subdelegados necessarios, os quaes, sobre proposta, serão nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes. Todas as Autoridades Policiaes são subordinadas ao Chefe da Policia.

⁶⁴¹ Art. 2.º Os Chefes de Policia serão escolhidos d'entre os Desembargadores, e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaesquer Juizes e Cidadãos: serão todos amoviveis, e obrigados a aceitar.

§ 3.º As attribuições que ácerca das Sociedades secretas e ajuntamentos illicitos concedem aos Juizes de Paz as leis em vigor.

§ 4.º Vigiar e providenciar, na fórma das leis, sobre tudo que pertence á prevenção dos delictos e manutenção da segurança o tranquillidade publica.

§ 5.º Examinar se as Camaras Municipaes tem providenciado sobre os objectos do Policia, que por Lei se achão a seu cargo, representando-lhes com civilidade as medidas que entenderem convenientes, para que se convertão em Posturas, e usando do recurso do art. 73 da Lei do 1.º de Outubro de 1828, quando não forem attendidos.

§ 6.º Inspeccionar os Theatros e espectaculos publicos, fiscalizando a execução de seus respectivos Regimentos, e podendo delegar esta inspecção, no caso de impossibilidade de a exercerem por si mesmos, na fórma dos respectivos Regulamentos, ás Autoridades Judiciarias, ou Administrativas dos lugares.

§ 7.º Inspeccionar, na fórma dos Regulamentos as prisões da Provincia.

§ 8.º Conceder mandados de busca, na fórma da Lei.

§ 9.º Remetter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delicto, com uma exposição do caso e de suas circumstancias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa.

Se mais de uma autoridade competente começarem um processo de formação de culpa, proseguirá nelle o Chefe de Policia ou Delegado, salvo porém o caso da remessa de que se trata na primeira parte deste paragrapho.

§ 10. Velar em que os seus Delegados, e Subdelegados, ou subalternos cumprão os seus regimentos, e desempenhem os seus deveres, no que toca a Policia, e formar-lhes culpa, quando o mereção.

§ 11. Dar-lhes as instrucções que forem necessarias para melhor desempenho das attribuições policiaes que lhes forem incumbidas.

Chama especialmente atenção o § 1.º acima referido, que somente deixa sob os auspícios dos Juizes de Paz a concessão de fiança aos declarados culpados por eles próprios e a tarefa iminentemente burocrática de dividir o seu Distrito em Quarteirões, contendo cada um pelo menos vinte e cinco casas habitadas. De outro lado, são retiradas dele todas as demais competências judicias no âmbito criminal que exercia, dentre as quais, a de "§ 3.º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretenção de commetter algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e tres mezes de Casa de Correcção, ou Officinas publicas", a de "§ 4.º Proceder a Auto de Corpo de delicto, e formar a culpa aos delinquentes" e ainda a de "§ 5.º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juizo".

Foram-lhe retiradas inclusive a competência para julgar, nos termos do § 7.º do mesmo revogado artigo do Código do Processo Criminal

1.º as contravenções ás Posturas das Camaras Municipaes: 2.º os crimes, a que não esteja imposta pena maior, que a multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis mezes, com multa correspondente á metade deste tempo, ou sem ella, e tres mezes de Casa de Correção, ou Officinas publicas onde as houver.

Como se não fosse suficiente a diminuição referida, suprimiram-se-lhe as competências administrativas de "§ 1.º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lh'o requererem" e ainda de "§ 2.º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das famílias".

O solapamento da instituição é sacramentado no Art. 6.º da lei reformadora: "As attribuições criminaes e policiaes que actualmente pertencem aos Juizes de Paz, e que por esta Lei não forem especialmente devolvidas ás Autoridades, que crêa, ficão pertencendo aos Delegados e Subdelegados". Leia-se: não mais disporão os juizes de paz de qualquer competência criminal ou policial, ficando os mesmos abaixo dos subdelegados, que, como se vê do art. 5.º da Lei de 1841, teriam em seus districtos praticamente as mesmas attribuições dos Chefe de Policia e Delegados.⁶⁴²

Vê-se, assim, que se despe o juiz de paz da "majestade rural", assumindo funções policiais e judiciárias a autoridade policial⁶⁴³, sendo reduzindo praticamente a attribuições notariaes, anulado-se por consequência o princípio eletivo⁶⁴⁴. Retrocede-se, no que diz respeito à competência do juiz de paz, para regulamentação anterior ao Código do Processo Penal, como se verifica do art. 91 da Lei de 1841:

⁶⁴² Art. 5.º Os Subdelegados, nos seus districtos, terão as mesmas attribuições marcadas no artigo antecedente para os Chefes de Policia e Delegados, exceptuadas as dos §§ 5.º, 6.º e 9.º.

⁶⁴³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.378.

⁶⁴⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: dispersão e unidade. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. v.4. Tomo II. p.73. No mesmo sentido, p.39-40.

Art. 91. A jurisdição policial e criminal dos Juizes de Paz fica limitada á que lhes é conferida pelos §§ 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 9.º e 14 do art. 5.º da Lei do 15 de Outubro de 1827. No exercicio de suas attribuições servir-se-hão dos Inspectores, dos Subdelegados, e terão Escrivães que poderão ser os destes.⁶⁴⁵

A centralização não foi sentida só na indicação pelo governo central, do Chefe de Polícia que substituiria o juiz de paz. Veem-se também seus efeitos na mudança de critérios para a nomeação dos juízes municipais, que ao invés de serem escolhidos pelo presidente da província a partir de lista formulada pelas Câmaras Municipais, conforme dispunham os artigos 33 e 34 da redação original do Código do Processo Criminal⁶⁴⁶, passam esses cargos a ser de livre nomeação pelo Imperador⁶⁴⁷, cujo exercício se encerraria em quatro anos⁶⁴⁸, conforme, respectivamente, os artigos 13 e 14 da Lei de 1841.

Dentre as competências elencadas pelo art. 17 da mesma lei, que passariam a ser exercidas pelos Juízes Municipais, tem-se "§ 2.º As attribuições criminaes e policiaes, que competião aos Juizes de Paz" em um aberto conflito de competência com as autoridades policiais, também notado por Andrei Koerner⁶⁴⁹, mas que se resolvia em favor do Chefe de Polícia. De outro lado, a sobreposição às autoridades policiais poderia ser verificada tanto no § 3.º que dispunha ser atribuição do juiz

⁶⁴⁵ BRASIL. Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Codigo do Processo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM261.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁶⁴⁶ Art. 33. Para a nomeação dos Juizes Municipaes as Camaras Municipaes respectivas farão de tres em tres annos uma lista de tres candidatos, tirados d'entre os seus habitantes formados em Direito, ou Advogados habeis, ou outras quaesquer pessoas bem conceituadas, e instruidas; e nas faltas repentinas a Camara nomeará um, que sirva interinamente.
Art. 34. Estas listas serão remetidas ao Governo na Provincia, onde estiver a Côrte, e aos Presidentes em Conselho nas outras, para ser nomeado d'entre os tres candidatos um, que deve ser o Juiz Municipal no Termo.

⁶⁴⁷ Art. 13. Os Juizes Municipaes serão nomeados pelo Imperador d'entre os Bachareis formados em Direito, que tenham pelo menos um anno de pratica do fôro adquirida depois da sua formatura.

⁶⁴⁸ Art. 14. Esses Juizes servirão pelo tempo de quatro annos, findo os quaes poderão ser reconduzidos, ou nomeados para outros lugares, por outro tanto tempo, com tanto que tenham bem servido.

⁶⁴⁹ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.99.

municipal "Sustentar, ou revogar, ex-officio, as pronuncias feitas pelos Delegados e Subdelegados" e ainda o § 6.º "Julgar as suspeições postas aos Subdelegados". Além disso, pode-se referir ao fato de que foi mantida a substituição dos juizes de Direito por força do § 7.º do mesmo artigo e se lhes outorgou a concessão de fiança aos réus que pronunciarem ou prenderem nos termos do § 5.º.

Quanto à nomeação dos promotores públicos, que acompanhavam o Juiz de Direito⁶⁵⁰, depara-se com dubiedade legislativa da nova lei, no sentido de que estabelece o art. 22 que "[...] serão nomeados e demittidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Provincias, preferindo sempre os Bachareis formados, que forem idoneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos Juizes de Direito". Trata-se de outro tema cujas pesquisas empíricas poderiam alumiar as consequências do exercício dessa prerrogativa por uma ou outra autoridade, mas cuja análise no ponto, além de fugir dos limites deste tema, demandaria esse esforço.

Novidade não há na nomeação dos juizes de direito, que, como visto anteriormente, já era feita diretamente pelo governo central nos termos da redação original do Código do Processo Criminal. De outro lado, depara-se com o início da estruturação de uma carreira, já que o art. 24 da nova lei⁶⁵¹ passa a exigir o exercício de quatro anos dos cargos de Juiz Municipal, ou de órfãos, ou ainda de Promotor Publico. Por fim, quanto à competência dos juizes de direito, nos termos do art. 25 da Lei de reforma do Código do Processo⁶⁵², aumentou-se-lhes para além daquilo que já vinham exercendo.

⁶⁵⁰ Art. 23. Haverá pelo menos em cada Comarca um Promotor, que acompanhará o Juiz de Direito: quando porém as circunstancias exigirem, poderão ser nomeados mais de um.

⁶⁵¹ Art. 24 Os Juizes de Direito serão nomeados pelo Imperador d'entre os Cidadãos habilitados, na fórma do art. 44 do Código do Processo; e quando tiverem decorrido quatro annos da execução desta Lei, só poderão ser nomeados Juizes de Direito aquelles Bachareis formados que tiverem servido com distincção os cargos de Juizes Municipaes, ou de Orphãos, e Promotores Publicos, ao menos por um quatriennio completo.

⁶⁵² Art. 25. Aos Juizes de Direito das Comarcas, além das attribuições que tem pelo Código do Processo Criminal compete:
 1.º Formar culpa aos Empregados Publicos não privilegiados nos crimes de responsabilidade. Esta jurisdicção será cumulativamente exercida pelas Autoridades Judiciarias a respeito dos Officiaes que perante as mesmas servirem.
 2.º Julgar as suspeições postas aos Juizes Municipaes e Delegados.
 3.º Proceder, ou mandar proceder ex-officio, quando lhe fôr presente por qualquer maneira algum Processo crime, em que tenha lugar a accusação por parte da Justiça, a todas as diligencias

Por seu turno, o outro totem da década liberal no âmbito criminal, o tribunal do júri, não foi alterado para além da maior elitização da escolha dos jurados, como o requisito da alfabetização, e do estabelecimento de diferenças na renda mínima de acordo com a qualificação do jurado, de forma a que as rendas provenientes de atividades industriais e comerciais teriam que ser o dobro daquelas derivadas de empregos públicos ou da propriedade de terras, nos termos do art. 27 da Lei 261 de 03 de dezembro de 1841.⁶⁵³

Tendo sido tão reduzido, não poderia a organização das listas dos jurados continuar na alçada dos juízes de paz, de modo que tal mister passa para os delegados de polícia, com recurso para uma junta de revisão, composta pelo juiz de direito, promotor público e o presidente do conselho municipal.⁶⁵⁴

Não nos deparamos com pesquisas empíricas que pudessem atestar tal ilação, mas não seria estranho constatar que o controle do governo central sobre os júris, tão criticado quando o era exercido pelas autoridades locais no sistema anterior, veio a ser exercido com fundamento no art. 28 da Lei de 1841, cuja subjetividade estaria aberta à exclusão de "todos aquellos individuos que notoriamente forem conceituados de faltos de bom senso, integridade, e bons costumes". Certo é que o mesmo artigo estabelecia alguns parâmetros de índole objetiva como a impossibilidade de ser jurado daqueles que "[...] estiverem pronunciados, e os que tiverem soffrido alguma condemnação passada em julgado por crime de homicidio, furto, roubo, banca-rotta, extellionato, falsidade ou moeda falsa". Porém, a amplitude hermenêutica que se

necessarias, ou para sanar qualquer nullidade, ou para mais amplo conhecimento da verdade, e circumstancias, que possam influir no julgamento. Nos crimes em que não tiver lugar a accusação por parte da Justiça, só a poderá fazer a requerimento de parte.

4.º Correr os Termos da Comarca o numero de vezes, que lhe marcar o Regulamento.

5.º Julgar definitivamente os crimes de responsabilidade dos Empregados Publicos não privilegiados.

⁶⁵³ Art. 27. São aptos para Jurados os cidadãos que puderem ser Eleitores, com a excepção dos declarados no art. 23 do Codigo do Processo Criminal, e os Clerigos de Ordens Sacras, com tanto que esses cidadãos saibão ler e escrever, e tenham de rendimento annual por bens de raiz, ou Emprego Publico, quatrocentos mil reis, nos Termos das Cidades do Rio de Janeiro, Bahia, Recife e S. Luiz do Maranhão: trezentos mil réis nos Termos das outras Cidades do Imperio; e duzentos em todos os mais Termos.

Quando o rendimento provier do commercio ou industria, deverão ter o duplo.

⁶⁵⁴ Art. 28. Os Delegados da Policia organisarão uma lista (que será annualmente revista) de todos os cidadãos, que tiverem as qualidades exigidas no artigo antecedente, e a farão affixar na porta da Parochia, ou Capella, e publicar pela imprensa, onde a houver.

Art. 29. Estas listas serão enviadas ao Juiz de Direito, o qual com o Promotor Publico, e o Presidente da Camara Municipal formará uma Junta de revisão, tomará conhecimento das reclamações, que houverem, e formará a lista geral dos Jurados [...].

pode conferir à expressões como "bom senso, integridade e bons costumes" abriria as válvulas para a subjetividade dos organizadores da lista de jurados, no caso, os delegados de polícia, que por seu turno seriam indicados pelo governo. Ulteriores análises do ponto, para além da hipótese lançada, demandariam verticalizações incompatíveis com os estreitos limites da presente tese.

Em termos estruturais, verifica-se dessa reforma dois pontos principais. O primeiro deles é uma mudança de eixo do Judiciário: ao invés da independência teórica obtida por meio de eleições, que se constituiu em dependência aos líderes locais, passa a se ter uma dependência declarada em relação ao governo central, cuja intervenção foi demanda pelas críticas apontadas no item anterior. Além de todas as autoridades nomeadas pelo governo central acima referidas, têm-se na base da pirâmide os inspetores de quartirão, nomeados pelos delegados. Montava-se, assim, entrelaçado com a hierarquia judiciária, um sistema de polícia controlado, em última instância, pelo ministro da Justiça⁶⁵⁵, que de tal forma atrela as influências locais, armadas com a polícia e a justiça, ao comando de seus agentes⁶⁵⁶. Faoro, não sem certa dose de exagero, é ainda mais contundente no ponto: trata-se do mecanismo que será utilizado pelos sucessivos ministros da Justiça pra comandar o império por meio de um exército de funcionários hierárquicos.⁶⁵⁷

O segundo diz respeito à substituição do judicialismo policial, sistema anterior à reforma de 1841, quando as funções policiais eram entregues a juízes de paz eletivos, pelo policialismo judicial, com funções judiciárias sendo exercidas pela polícia.⁶⁵⁸ Nada mais eloquente do que o art. 95 da lei em comento para demarcar

⁶⁵⁵ NUNES, Gabriela Ferreira. **Centralização e descentralização no Império**: debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999. p.33-34. No mesmo sentido: DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado nacional. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil**: formação do estado e da nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.442-444; MOTA, Carlos Guilherme. Introdução. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.20; e ainda: CARVALHO, José Murilo. A construção da ordem – A elite política imperial /Teatro de sombras – A política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003. p.152.

⁶⁵⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.377-378.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p.379.

⁶⁵⁸ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.38.

essa mudança: "Art. 95. Ficção abolidas as Juntas de Paz, e o 1.º Conselho dos Jurados. As suas attribuições serão exercidas pelas Autoridades Policiaes creadas por esta Lei, e na forma por ella determinada".

Essa metodologia centralizada de preenchimento de todos os cargos acima referidos, em todas as províncias e comarcas, fez com que, via de consequência, a magistratura fosse transformada, a partir de 1841, no grande instrumento de controle político do governo sobre os interesses locais.⁶⁵⁹ Em termos efetivos, a grande mudança dessa reforma foi ter possibilitado ao governo (liberal ou conservador) de plantão, montar toda a estrutura da justiça e da administração, centralizadamente, mediante o seguinte esquema: o imperador nomeava o Ministério, que nomeava todos os cargos acima referidos, os quais faziam as eleições, cujo resultado era o envio majoritário à Corte, quando não unânime, de deputados ligados ao grupo político do Ministério.

É fundamental ressaltar que tudo isso foi possibilitado pela formatação que o Judiciário recebe com a reforma que ora debatemos. Daí porque podemos argumentar, na esteira de Koerner⁶⁶⁰, que "na ordem política do Segundo Reinado, o Poder Judicial era distinto apenas funcionalmente do poder imperial" seja porque as promoções e as remoções não eram estatutárias, tampouco legais, e muito menos meritocráticas, seja porque Poder Judiciário e Executivo eram duas vertentes da mesma carreira: a ascensão ao poder. Nesse sentido, e ainda segundo o autor, para muitos, a magistratura era um estágio no qual se adquiria experiência para articulações políticas, desempenho de funções e teste da fidelidade política. Antes de ser proibida, o que se percebe é que a atividade político-partidária era estimulada pelos objetivos políticos maiores. No período 1822-1853, explica-nos Koerner, "41,71% dos ministros e 44,41% dos Senadores eram magistrados, com uma participação semelhante no Conselho de Estado, no mesmo período. Para a Câmara dos Deputados, a participação dos magistrados foi de 36% entre as legislaturas de 1826 e 1858".

⁶⁵⁹ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.27. No mesmo sentido: NUNES, Gabriela Ferreira. **Centralização e descentralização no Império: debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai**. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999. p.35.

⁶⁶⁰ KOERNER, *op. cit.*, p.34.

Se a crítica que se dirigia aos juízes de paz ou ao júri era o fato de que foram instrumentalizados pelos potentados locais, com a reforma de 1841 os magistrados e demais autoridades passam a exercer a mediação entre "o poder central e as localidades, como representantes do poder imperial, como integrantes dos partidos políticos"⁶⁶¹.

Esse parece ser o nexos que vai ligar duas forças que, a partir de outra mirada, parecem se digladiar: o liberalismo que sempre procurou a estabilidade e a moderação mediante a aplicação das leis e garantia dos direitos, atinge seus objetivos, mas não através das pontes que imagina, mas sim através dos tradicionais caminhos do clientelismo que lhe possibilitava fraudar as eleições, acessar as localidades e controlar as decisões judiciais. É o que, com outras ideias, também sustenta Maria Fernanda Vieira Martins, quando assevera que as práticas clientelares "como poderes paralelos, poderiam funcionar como obstáculos à expansão do poder real mas, paradoxalmente, uma vez controlados, abriam caminho para um maior domínio da política e para o próprio reforço da unidade central"⁶⁶².

A sucessão de gabinetes jamais ameaçaria a estabilidade, pois o governo que assumia utilizava os mesmos mecanismos para montar toda a estrutura em prol de seus próprios interesses. E era nessa quadratura que se admitiam os conflitos, que poderiam ser levados à tona, desde que não desafiassem a estabilidade do sistema. A armadura do conservadorismo oriundo dessa limitação foi fundamental para pavimentar a estrada da estabilidade que levaria o império até o seu apogeu; não obstante, sua inabilidade para dela se desvencilhar lhe custou a vida em 1889, quando se defender já não era tão importante quanto correr para o futuro.

A força da quadratura pode ser vista exatamente nos momentos em que os limites da sua extensão foram testados. A volta ao poder dos liberais, em 1844, não

⁶⁶¹ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.35. No mesmo sentido: LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.70.

⁶⁶² MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista Topoi**, v.7, n.12, p.181, jan./jun. 2006.

redunda em qualquer mudança do desenho institucional aqui esboçado.⁶⁶³ Muito pelo contrário, utilizaram o mecanismo centralizador para seus fins eleitorais.⁶⁶⁴ Como diagnostica Faoro, "verdade é que todos, conservadores e liberais, monarquistas e republicanos, clamam contra o poder pessoal, quando este os fere e os expulsa", o que era rapidamente esquecido no momento da ascensão.⁶⁶⁵ No âmbito concreto do dia a dia do Judiciário, a mudança de governo não poderia ter sido mais sentida: somente em 04 de julho de 1844 foram removidos 52 juizes no total das 116 comarcas do país, tendo alcançado na própria província da Corte o máximo de violência e remoção, de sete dos nove juizes.⁶⁶⁶

No mosaico que ora se monta da estruturação político-jurídico-institucional que se origina da reforma de 1841, há que se atentar para aspecto cuja omissão faria com que transmitíssemos a impressão de que a força da centralização teria sido impositiva, e a conjuntura desenhada no capítulo anterior referente à relação entre o governo central e as elites regionais, equivocada. Trata-se do fato de que essa lógica beneficiava a ambos os lados: chefes locais e governo se aliavam para ganhar domínio político em nível local e sustentação nas bases rurais. Eram trocas recíprocas, em relação permeada por cargos, eleições, poder, favores. Em suma, uma aliança, mais do que uma ordem imposta de cima pra baixo.⁶⁶⁷ A análise realizada por Maria Fernanda Vieira Martins, ainda que calcada na questão do Conselho de Estado, traz de lá outra faceta do mesmo fenômeno, na qual "a estratégia fundamental foi a negociação permanente com os diversos setores e interesses que envolviam os poderes locais, que também se beneficiavam de uma autoridade central

⁶⁶³ PRADO JR., Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império. 13.ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p.87.

⁶⁶⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: dispersão e unidade. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. v.4. Tomo II. p.82-83.

⁶⁶⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.408.

⁶⁶⁶ HOLANDA, *op. cit.*, p.596.

⁶⁶⁷ NUNES, Gabriela Ferreira. **Centralização e descentralização no Império**: debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999. p.36-37. No mesmo sentido: KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.46.

efetiva e legalmente constituída"⁶⁶⁸. No mesmo ponto do texto referido, aduz ainda a autora que, apesar de alguns revesses, esse processo foi buscado e implementado por ambas as partes, como se verifica da forte presença das oligarquias locais no poder central.

A simbiose, calcada no afago aos líderes locais por meio de títulos nobiliárquicos, mesmo para aqueles que jamais transcenderam a esfera provincial, delegando-lhes funções e franqueando-lhes o controle do aparato estatal, rendia vantagens específicas e a defesa de interesses comuns. Quando já consolidada localmente, a mediação dessa relação se dava por intermédio dos magistrados indicados pelo poder central.⁶⁶⁹ Quando não consolidadas, dispunha o magistrado de oportunidade para demonstrar sua habilidade política angariando aliados, cooptando forças, o que inclusive poderia catalisar sua carreira política.

O traquejo do magistrado não era só elemento de avaliação de sua capacidade política e, portanto, condição pela qual se lhe abriam as portas do "clube". Antes disso, sua habilidade era fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional. Desde a ajuda dos oficiais de justiça e escrivães para simples intimações e andamentos processuais, até o apoio da Guarda Nacional para situações mais complexas, tudo estava atrelado às conveniências políticas dos executores das ordens. Daí porque a aproximação política dos juízes aos poderosos locais, bem como a "sensibilidade" aos seus interesses era fundamental para que o magistrado não ficasse totalmente desautorizado em suas decisões e determinações pelo simples fato de que não haveria quem os fosse cumprir.⁶⁷⁰ Por vezes essa "sensibilidade" poderia chegar ao extremo do cometimento de ilegalidades tão patentes que se fazia necessária a intervenção do poder central, como no famoso "desembarque de Seriahém", quando o então Ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, aposentou os

⁶⁶⁸ MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista Topoi**, v.7, n.12, p.181, jan./jun. 2006.

⁶⁶⁹ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.50-51.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p.51-52.

desembargadores da Relação da Bahia que protegeram os traficantes no episódio.⁶⁷¹ Antes desse episódio significar absoluto atrelamento da atividade judicial ao poder central, quer nos parecer que signifique ele exatamente o contrário: não obstante a reforma de 1841, as relações com os poderosos locais pouco foram atingidas. A tal ponto que, os casos absolutamente patológicos – a absoluta minoria diante de uma minoria de decisões que sob um lustro de legalidade submergia no clientelismo – como parece ser o analisado, demandavam tratamento mais drástico por parte das autoridades.

A já debatida insuficiência dos pressupostos da dicotomia centralização *versus* descentralização encontra aqui mais um ponto de reverberação. Se o esvaziamento do juiz de paz faz com que não possa mais a magistratura ser entendida como expressão do poder local, de outro lado, as reformas de 1841 não permitem que se conclua automaticamente o contrário. Antes disso, tem-se com a reforma um juiz que vai servir de interlocutor entre os polos, que terá como principal meta a lógica como um todo da estrutura imperial: o atingimento da estabilidade. Ainda que longe de ser perfunctória, a análise do quadro nos permite deduzir que se as mudanças foram exigidas pela corrupção, impunidade e perseguições⁶⁷², a reforma efetiva não vem a ser tanto para mudar a imoralidade, mas para dividi-la com os oficiais indicados pelo governo.⁶⁷³

Mas como se enquadra a jurisdição criminal recursal do Supremo Tribunal de Justiça do Império no período após a reforma de 1841: inseria-se ela na mesma lógica? Distintas trações imporiam diferente racionalidade do seu atuar? Antes de adentrar na resposta às indagações, que dependem de uma análise de seus julgamentos, o que será feito no capítulo 4, cabe delinear as regulamentações e os pontos de inflexões acerca da então Corte Suprema. É o que se faz na última seção deste capítulo 3, cujas subseções seguem delineadas.

⁶⁷¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.72.

⁶⁷² FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53). p.99.

⁶⁷³ *Ibid.*, p.103.

3.3 O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO IMPÉRIO

3.3.1 A regulamentação do Supremo Tribunal de Justiça e do Recurso de Revista

Não obstante o Supremo Tribunal de Justiça do império ter sido instalado em 1829, e regulamentado legalmente no ano anterior, sua previsão já constava da Constituição Imperial de 1824, como se depreende do art. 163 daquela Carta:

Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça – composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho [...]"⁶⁷⁴.

O detalhamento de seu funcionamento e de suas atribuições se deu pela Lei de 18 de setembro de 1828, que em seu art. 1.^o dispunha que seria ele composto de dezessete Juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades, e serão condecorados com o título do Conselho. Se, ao contrário dos demais cargos da magistratura, nesse Tribunal não havia a indicação de membros por parte do Imperador, em virtude do critério da antiguidade, a mão imperial seria sentida na escolha do seu respectivo presidente, como se verifica da leitura do art. 2.^o da mesma lei⁶⁷⁵, cujas atribuições eram reguladas pelo art. 4.^o⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁶⁷⁵ Art. 2.^o O Imperador elegerá o Presidente d'entre os membros do Tribunal, que servirá pelo tempo de tres annos. No impedimento, ou falta do Presidente, fará suas vezes o mais antigo, e na concurrencia de dous de igual antiguidade a sorte decidirá.

⁶⁷⁶ Art. 4.^o Ao Presidente compete:

- 1.^o Dirigir os trabalhos dentro do Tribunal, manter a ordem, e fazer executar este regimento.
- 2.^o Distribuir os processos.
- 3.^o Fazer lançar em livro proprio, e por elle rubricado a matricula de todos os magistrados, que ora servem, ou de novo forem admittidos, e seguidamente o tempo de serviço, que forem vencendo, com declaração dos lugares, e qualidades do serviço, notando se servirão bem ou mal, referindo-se em tudo a registros, ou documentos existentes na Secretaria. Todos os magistrados para serem matriculados apresentarão ao Presidente por si, ou seus procuradores, as cartas dos lugares, que actualmente servirem, e dos que forem servindo, para serem registrada, pena de se lhes não contar a antiguidade.

Quanto à competência do STJ à época, retira-se do art. 164 da Constituição imperial⁶⁷⁷ sua estruturação geral:

Art. 164. A este Tribunal Compete:

- I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.
- II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.
- III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

Sem que verticalizemos na análise da competência originária do Tribunal para processar e julgar os seus Ministros, os Desembargadores das Relações, os Empregados do Corpo Diplomático e os Presidentes das Província, bem como para decidir os conflitos de competência entre as Relações, visto que fogem aos limites da pesquisa realizada na presente tese, é de se fazer referência à regulamentação legal do Recurso de Revista.

O art. 5.º da Lei de 1828 estabelecia que "Ao Tribunal compete: 1.º Conceder ou denegar revistas nas causas, e pela maneira, que esta lei determina".⁶⁷⁸ Os critérios para a concessão da revista são delineados no art. 6.º da mesma lei, donde se depreende que "As revistas sómente serão concedidas nas causas civeis,

4.º Informar ao Governo dos magistrados, que estiverem nas circumstancias de serem membros do Tribunal, e dos oppositores aos outros lugares de magistratura.

5.º Informar ao Governo de pessoa idonea para Secretario do Tribunal, e nomear quem sirva interinamente na sua falta ou impedimento.

6.º Advertir os Officiaes do Tribunal, quando faltarem ao cumprimento dos seus deveres, e multal-os, bem como ao Secretario, até á decima parte dos ordenados de seis mezes.

7.º Mandar colligir os documentos, e provas para se verificar a responsabilidade dos empregados, de cujos delictos, e erros de officio deve o Tribunal conhecer.

8.º Conceder a algum membro licença para não ir ao Tribunal até oito dias em cada anno. Por mais tempo, só o Governo a poderá conceder.

9.º Expedir portarias para a execução das resoluções e sentenças do Tribunal, e mandar fazer as necessarias notificações, excepto no que estiver a cargo do Juiz da culpa.

10. Determinar os dias de conferencia extraordinaria. Nos casos dos §§ 3.º, 4.º, 5.º e 6.º deve o Presidente ouvir primeiramente o Tribunal.

⁶⁷⁷ CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁶⁷⁸ BRASIL. Lei de 18 de setembro de 1828. Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas attribuições. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 26 out. 2012.

e crimes, quando se verificar um dos dous casos: manifesta nullidade, ou injustiça notoria nas sentenças proferidas em todos os Juizos em ultima instancia" ⁶⁷⁹.

Os pontos que poderiam ser apreciados pela Corte Suprema por meio da Revista – o que também podemos definir como o efeito devolutivo dessa espécie recursal – restavam delimitados no citado art. 6.º. Ainda que as hipóteses nas quais estava autorizado o STJ a conceder a revista se constituam no núcleo do debate que permeia todo o capítulo 4, importa no momento ressaltar que dois eram os casos: nulidade manifesta e injustiça notória. Seus respectivos significados, ressalte-se desde logo, não constavam do texto legal e tampouco da Carta Constituciona ora analisadas.

O art. 7.º, por seu turno, regulava as hipóteses de concessão de efeito suspensivo. Ou seja, definia as hipóteses nas quais a interposição dessa espécie recursal faria com que fossem obstados os efeitos do acórdão, como se verifica de sua redação: "Art. 7.º As revistas não suspendem a execução das sentenças, excepto nas causas crimes, quando é imposta a pena de morte natural, degredo, ou galés; sendo os réos os recorrentes"⁶⁸⁰. Em apertada síntese teríamos o seguinte regramento: o recurso da acusação contra acórdão absolutório da Relação não obstaría a expedição de alvará de soltura em favor do réu. No caso contrário, ou seja, no caso de interposição de Recurso de Revista contra acórdão condenatório de segundo grau de jurisdição, a decisão não seria desde logo implementada, caso a pena fosse grave, conforme consideração realizada pelo legislador, que compreenderia as penas de morte, de degredo e as condenações à galés, ou seja, a trabalhos forçados. Não se deparou com qualquer debate jurisprudencial no período analisado que trouxesse à tona o tema, razão pela qual, ainda que não se possa peremptoriamente se afirmar que a regra era seguida, os indícios apontam todos nesse sentido.

⁶⁷⁹ BRASIL. Lei de 18 de setembro de 1828. Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas atribuições. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁶⁸⁰ *Id.*

De outro lado, como aponta Andréa Slemian, houve intenso debate legislativo quando da aprovação da norma na Câmara dos Deputados, onde surgiram argumentos contrários à concessão do efeito suspensivo para recursos de revista defensivos. Ainda que tenham restado vencidos, como se vê do texto da lei aprovada, giravam em torno dos discursos de "combate à impunidade e multiplicação dos crimes" ou ainda, como sustentou Nicolau Vergueiro, o fato de que "a conservação da ordem social" tornaria indispensável que o criminoso fosse castigado o mais prontamente possível. O não acolhimento dessas propostas, sustenta a mesma autora, pode ser oriundo da influência do discurso liberal de defesa dos direitos dos cidadãos então em voga.⁶⁸¹

O art. 8.º traz requisitos formais para a interposição do recurso, como se vê de sua redação: "Art. 8.º A parte, que quizer usar do recurso da revista, fará disso manifestação por si ou por seu procurador ao Escrivão, que a reduzirá a termo assignado pela parte, ou seu procurador, e duas testemunhas"⁶⁸². Tampouco se depara com precedentes do STJ no período, nos quais tenha deixado de ser conhecido Recurso de Revista por conta de ofensa a esses requisitos. Não obstante, a prevalecer o formalismo com que tais espécies de requisitos formais eram exigíveis nos casos concretos, como se verifica de precedentes sobre outros temas, mas que podem ser analogicamente aqui aplicados (como é o caso das queixa-crimes cuja inadmissão era homologada pelo STJ, mesmo em face do mais irrelevante pressupostos formal, como adiante se demonstrará), é de se concluir que as partes que não tenham obedecidos a estes paradigmas devem ter visto suas impugnações sequer serem conhecidas pelo Supremo Tribunal.

Outro aspecto favorável à defesa no que diz respeito à sistemática recursal da Revista diz respeito à inexistência de prazo para a interposição dessa espécie recursal, como se verifica do art. 9.º da Lei em comento:

⁶⁸¹ SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (188-1841). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.32.

⁶⁸² BRASIL. Lei de 18 de setembro de 1828. Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas atribuições. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 26 out. 2012.

Art. 9.º Esta manifestação será feita dentro de dez dias da publicação da sentença, e logo intimada á parte contraria; salvo nas causas crimes, nas quaes poderá ser feita, não só em quanto durar a pena, mas ainda mesmo depois de executadas as sentenças, quando os punidos quizerem mostrar sua innocencia, allegando, que lhes não foi possivel fazel-o antes.⁶⁸³

A alegação de que houvera impossibilidade para a interposição tempestiva de recurso se constituía em argumento recorrente em nossa história jurídico-processual, como inclusive demonstram Arno de Maria José Wehling sobre a sistemática recursal vigente no âmbito do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro entre 1751-1808:

Perda de prazos processuais e apelações ineptas de sentenças acarretavam rejeição pelo Tribunal. Nestes casos, aos interessados, restava solicitar uma provisão 'para apelar de causa', quase sempre concedida quando os argumentos eram a distância dos diferentes locais da Relação ou a falta de profissionais para encaminhar as apelações conforme as regras do direito.⁶⁸⁴

De fato, como asseveram os autores, "A coisa julgada não constituía, assim, uma garantia para a aquele a quem a sentença beneficiou, sempre que a outra parte pudesse arguir com fenômenos tipicamente coloniais, como a distância e a ausência de profissionais"⁶⁸⁵.

Certo é que houve vozes sustentando se tratar de impropriedade legislativa tal norma, asseverando que seria forçoso se "reconhecer que ella confundio a simples revista criminal com a revisão extraordinária, sem distinguir esses dous recursos diersos e suas diversas condições; confusão donde podem resultar graves inconvenientes"⁶⁸⁶. Continuava o autor: "a lei criminal deve garantir todos os termos, formulas e meios de defesa que forem racionaes, deve dar o recurso para os differentes grãos de jurisdição, mas feito isso deve limitar-se a assignar um prazo

⁶⁸³ BRASIL. Lei de 18 de setembro de 1828. Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas attribuições. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁶⁸⁴ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.356.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p.357.

⁶⁸⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve E C., 1857. p.356.

fatal para a revista"⁶⁸⁷. Tudo considerado e contextualizado o momento histórico então vivenciado, quer nos parecer que deva ser o dispositivo da Lei de 1828 entendido não como um ilógico favoritismo à defesa, mas como uma restrição à usual prática de utilização de subterfúgios para o protocolo intempestivo de recursos. Se todas as espécies recursais poderiam ser interpostas fora do prazo a partir de tais argumentações, ao menos agora, com a nova lei, a intempestividade recursal seria cerceada aos feitos criminais.

Após a interposição do apelo raro, as partes, por força do art. 10 da Lei analisada⁶⁸⁸, teriam 15 dias para ofertar as respectivas razões da irrisignação, sendo vedada a apresentação de documentos, até porque, seguindo a lógica inerente ao recurso em análise, não sendo possível a discussão de provas e fatos, não haveria qualquer razão – via de regra – para a juntada de documentos novos. Via de regra, pois é possível imaginar hipóteses em que a comprovação de que a desatenção de alguma fórmula processual, o que redundaria em nulidade manifesta, só pudesse se dar por meio de novas provas. Por exemplo, como comprovar a quebra da incomunicabilidade entre os jurados, nos termos do art. 333 do Código do Processo Criminal⁶⁸⁹ vigente à época, se a quebra ocorreu, há testemunhas, mas não foi reduzida a termo? Não encontramos debate nesse sentido na jurisprudência analisada, mas considerando que a regra da vedação da análise de situações fático-probatórias foi, não raras vezes, flexibilizada, temos que tal linha extensiva de interpretação seria, sem muitas dificuldades, aceita.

Interessante aspecto também diz respeito à previsão de um relator e dois outros ministros que teriam vistas dos autos, estudando-o antecipadamente à data do julgamento. Como se verifica da leitura conjugada dos artigos 11, 12 e 13 da Lei⁶⁹⁰:

⁶⁸⁷ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve E C., 1857. p.356.

⁶⁸⁸ Art. 10. Interposto o recurso da revista, as partes, no termo de quinze dias, arrazoarão por escripto sobre a nullidade, ou injustiça, que servir de fundamento ao dito recurso, sem novos documentos;

⁶⁸⁹ Art. 333. A conferencia do Jury, em sua sala particular, é secreta. Dous Officiaes de Justiça por ordem do Juiz de Direito serão postados á porta della, para não consentirem, que saia algum Jurado, ou que alguém entre, ou se communique por qualquer maneira com os Jurados, pena de serem punidos como desobedientes.

⁶⁹⁰ BRASIL. Lei de 18 de setembro de 1828. Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas attribuições. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 26 out. 2012.

Art. 11. Recebendo o Secretario os autos, os apresentará na primeira conferencia ao Tribunal, e se distribuirão á um dos magistrados, que será o relator.

Art. 12. O Ministro, á quem fôr distribuida a revista, examinará os autos, e allegações das partes, e pondo no processo uma simples declaração de o ter visto, o passará ao Ministro, que immediatamente se lhe seguir, o qual procederá da mesma fórma, e assim por diante até o numero de tres.

Art. 13. Quando o ultimo tiver visto o processo, o apresentará na mesa no dia, que o Presidente designar, e a portas abertas, illustrado o Tribunal pelos tres Juizes, que viram os autos, e debatida a questão por todos os membros presentes, decidir-se-ha á pluralidade de votos, se se deve, ou não, conceder a revista: o resultado se lançará nos autos com as razões, em que elle se fundou.

Quanto aos efeitos da decisão, há que se atentar para os arts. 15 e 16 da Lei. O art. 15 dispõe sobre a hipótese de desprovimento do Recurso de Revista, hipótese na qual, em seus termos, "serão remetidos os autos ex-officio ao Juízo, onde foram sentenciados, e o recorrente condenado nas custas"⁶⁹¹. Já o art. 16 trata da hipótese contrária, ou seja, dos casos em que a revista era concedida, ocasião em que seriam "os autos remetidos ex-officio a uma Relação, que o Tribunal designar, tendo em vista a commodidade das partes"⁶⁹². Trata-se de dispositivo bastante peculiar, cuja verticalização pode ser realizada a esta altura.

Em primeiro lugar, revela a norma analisada que o STJ era um tribunal de cassação, ou seja, seus acórdãos não substituiriam a decisão impugnada, mas tão somente seria a decisão recorrida anulada, para que outra fosse proferida no lugar. Mas não só: a decisão proferida pelo STJ ao conceder a revista não vincularia o novo julgamento, o que poderia resultar não só em desrespeito à decisão da Corte, mas também em indefinição da causa.

Indefinição que também receberia a contribuição da remessa da revista concedida não ao Tribunal de origem, para que proferisse novo julgamento, mas a outra Relação, "tendo em vista a commodidade das partes". Colhem-se daqui dois distintos desdobramentos: em primeiro lugar, a constatação de uma peculiar concepção do instituto do juiz natural, regulamentado pelo inciso XI do art. 179 da Constituição do Império, que impunha que "XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade

⁶⁹¹ BRASIL. Lei de 18 de setembro de 1828. Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas attribuições. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁶⁹² *Id.*

competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta" ⁶⁹³. Quer nos parecer haver a regulamentação legal da abertura às partes, do juiz que melhor se adaptaria aos seus desígnios. Na melhor das hipóteses, aquele cujo deslocamento fosse mais cômodo ou no qual o entendimento da matéria lhe favoreceria. Na pior, a remessa para Relação na qual teriam as partes amigos, influência e poder.

Os debates parlamentares reavivados por Andréa Slemian⁶⁹⁴ trazem que não houve qualquer discussão, senão a argumentação do proponente da emenda que acabou acolhida, Nicolau Vergueiro, de se evitar os inconvenientes de as pessoas acostumadas a viver e trabalhar juntas terem que dizer aos companheiros para reformar as decisões que haviam tomado. Desse debate se verifica uma indiferença dos deputados em relação à congruência do dispositivo aprovado com o princípio do juiz natural, bem como a falta de autoridade de que à frente iria se ressentir o STJ.

De outro lado, ainda se poderia verificar da análise do artigo que, no limite, poderíamos nos deparar com sucessivas decisões manifestamente nulas ou notoriamente injustas, que redundariam na circularidade de uma causa por todos os Tribunais da Relação do império. Ainda que não se tenha deparado com precedentes que ostentassem tal peculiaridade na pesquisa empreendida, a temática não passou despercebida pela doutrina da época, tendo chamado a atenção, inclusive, de Pimenta Bueno, que negava a possibilidade de inúmeros e sucessivos recursos de revista. Sustenta o autor que em hipóteses tais, deveria o STJ substituir-se à competência da Relação que julgaria pela terceira vez em segundo grau de jurisdição, e proferir a decisão, visto que "O contrario seria uma inversão de gradação e gerarchia, seria romper a ideia de unidade, ou uniformidade da jurisprudência. Deixaria de haver um centro único, um laço que prenda os tribunaes, que evite a diversidade e opposição da doutrina, a contrariedade dos julgados"⁶⁹⁵.

⁶⁹³ CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁶⁹⁴ SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (188-1841). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.33.

⁶⁹⁵ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve E C., 1857. p.377-378.

Tal opinião pode ser qualificada de qualquer forma, exceto como desimportante. Mais do que pela ampla fundamentação jurídica, a influência de Pimenta Bueno pode ser sentida no fato de que foi ministro da Justiça em 1847, exatamente no período ora analisado. Além disso, assume a presidência da Província do Rio Grande do Sul em 1850⁶⁹⁶, é indicado para o Conselho de Estado em 1859⁶⁹⁷, além de ter sido agraciado com o título de Visconde em 1867, e chefiado o Gabinete em 1870⁶⁹⁸; ascensão que, sendo mal visto por ambos os grupos políticos atuantes à época, não teria ocorrido se não contasse com grande simpatia de D. Pedro II⁶⁹⁹.

Influência que poderia ser sentida em termos práticos como Ministro da Justiça na indicação dos juízes e desembargadores que bem quisesse, ou ainda na definição de questões jurídicas cruciais, atribuição do Conselho de Estado, que também compôs. Não obstante, não se depara com qualquer precedente que tenha trazido o tema à tona, sendo prematura qualquer ilação de que fosse a recomendação doutrinária acolhida ou não. Independência para deixar de acolhê-la era gozada pelo STJ, visto que os contornos do conceito de "injustiça notória" do autor, como adiante se demonstrará, não eram sufragados pelo Tribunal. De todo modo, faltam-nos elementos para anunciarmos a tendência jurisprudencial sobre o tema à época.

Da análise conjugada do art. 36 da lei de 1828 com o conteúdo das decisões lidas em nossa pesquisa empírica, temos que, não obstante o número de 17 ministros que compunham o Supremo Tribunal imperial, não havia turmas, seções ou câmaras para dividir o trabalho, participando todos os ministros (presentes à sessão) de todos os julgamentos. Pode-se chegar a tal conclusão da análise dos acórdãos analisados, nos quais não há qualquer referência a eventual órgão fracionário no qual a decisão tivesse sido proferida, e ainda do referido art. 36 da lei que dispunha sobre as

⁶⁹⁶ KUGELMAS, Eduardo (Org.). **José Antonio Pimenta Bueno**: marquês de São Vicente. São Paulo: Editora 34, 2002. p.22.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p.24.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p.28.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p.19. Explica o autor que a antipatia que granjeava, tanto entre os liberais, quanto entre os conservadores se devia ao fato de ter migrado de campo político no final da década de 40, quando, de Ministro da Justiça de governo liberal, foi alçado à presidente de província pelos conservadores.

reuniões do Tribunal, no qual, tampouco se encontra traço de qualquer subdivisão: "Art. 36. O Tribunal terá duas conferencias por semana, além das extraordinarias, que o Presidente determinar; e para haver conferencia será necessario que se reuna mais de metade do numero dos membros"⁷⁰⁰.

Por fim, e antes de adentrarmos na análise dos limites e das possibilidades advindos da utilização dos precedentes que se constituíram no âmago de nossa pesquisa, o que será feito no a seguir, há que se fazer referência ao Decreto de 20 de dezembro de 1830, cujo art. 1.º, explicitava seus objetivos: "A Lei de 18 de Setembro de 1828 será cumprida com as seguintes declarações". Ainda que grande parte de suas disposições se referisse às questões cíveis, inclusive abordando o intrincado tema do prazo para a interposição do recurso no caso de falecimento das partes, procurador etc., debate que não precisa ser travado na presente seara, tendo em vista sua absoluta flexibilidade nas causas penais, como antes já analisado, é de se referir a duas disposições: a necessidade da regularidade da representação para a interposição do recurso, nos termos do respectivo art. 9.^{o701} e ainda o reforço do formalismo trazido pelo art. 38 do mesmo Decreto, do qual se depreende que "Art. 38. Não se poderão suprir no Tribunal as faltas e omissões das solemnidades, que a lei exige para a interposição e seguimento das revistas".

Estabelecidos os principais contornos do liberalismo que dirigiu a legislação penal e processual pós-independência, o substrato clientelista que redundou nas reformas centralizadoras de década de 40 do séc. XIX – cuja peça mais importante para os fins da presente tese foi a reforma do Código do Processo Criminal –, a formatação processual penal que adveio dessa reforma, a organização do Supremo Tribunal de Justiça e a regulamentação legal do Recurso de Revista, passamos à

⁷⁰⁰ O Decreto n.º 1468 de 02 de novembro de 1854 passou as duas sessões, que até então ocorriam às terças e sextas-feiras por força do Decreto de 02 de janeiro de 1829, para as quartas e sábados (NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência: I – império**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973. p.47).

⁷⁰¹ A interposição da revista, por meio da manifestação, de que trata o art. 8º da referida Lei, póde ser feita por qualquer procurador, ou seja bastante e geral, ou seja particular, dos que estiverem autorizados para o prosseguimento do feito na instancia, em que se proverir a sentença, de que a revista se interposer.

análise dos precedentes propriamente ditos, por meio dos quais poderemos aquilatar como o Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito criminal, logrou dar conta de todos esses elementos para solucionar a dicotomia que então se impunha à justiça penal da época, qual seja, liberalismo *versus* clientelismo. Esse é o objeto do derradeiro capítulo.

CAPÍTULO 4

OS RECURSOS CRIMINAIS NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1841-1871)

A análise da jurisprudência criminal de um determinado tribunal pode, evidentemente, levar-nos a diferentes enfoques e visões da tarefa a ser realizada. Ainda que todas essas veredas partam do mesmo ponto inicial, como o substrato normativo no qual se apoiam suas decisões, as regulamentações acerca do funcionamento da Corte analisada e os objetivos almejados com a pesquisa, o ponto inicial se assemelha muito mais a uma encruzilhada, na qual opções distintas podem tomadas, do que a um rio, cujo navegar mais à direita ou mais à esquerda conduzirá a mesma foz.

Isso considerado, faz-se mister externarmos a lógica que procuraremos imprimir no estudo do entendimento jurídico sobre os temas jurídico-criminais, aos quais com mais frequência o STJ imperial se dedicou no período histórico em foco. Nosso objetivo ao realizar a análise da jurisprudência criminal daquele período é o de verificar como a estrutura normativa do período – antes analisada – se corporificava, ganhava vida, incidia sobre vidas concretas, cerceava liberdades que até então se usufruía e reconquistava vidas que, de outra feita, estariam condenadas.

Essa mirada sobre a densificação concreta das normas abstratas, ou seja, esse acompanhar da criminalização secundária, vai fazer com que estejamos abertos a captar sua lógica, para que assim possamos lançar pistas sobre a indagação que nos segue desde a introdução: a competência recursal criminal do Supremo Tribunal do império, especialmente a exercida entre os anos de 1841 à 1871, consolidava e ajudava a aprofundar um liberalismo que então se pretendia construir no país? Ou se manifestava como porta-voz da lógica clientelista, cujo presença não podia ser negada na política e na sociedade, e cujas repercussões jurídicas poderiam ser sentidas no STJ? Ou ainda, tal como as instituições acima referidas, apresentava feições ambivalentes, a depender do olhar que sobre ela lançarmos?

As respostas a tais indagações, parece óbvio anunciar, estão longe de ser alcançadas com perguntas diretas, cujas respostas nos fariam rastrear os acórdãos do STJ em busca de "expressões-chave" como "liberalismo" ou "clientelismo" que seriam matematicamente inseridas num imaginário campo de busca do sistema de informática daquela corte. Mesmo que isso fosse hipoteticamente possível, as

respostas, com base no que se debateu nos capítulos anteriores, devem ser detectadas a partir da forma como o STJ julgava os casos, aplicava a lei, interpretava as normas. Assim como não se identifica uma pessoa preconceituosa, indagando-lhe se ela *é preconceituosa*, mas pelo acompanhamento dos pensamentos que manifesta, dos comportamentos que adota e das concepções político-filosóficas que regem sua vida, ou seja, identificando traços que a pessoa, ainda que indiretamente nos forneceria, temos que a mesma metodologia deva ser aplicada à jurisprudência criminal do Supremo Tribunal imperial. Não se trata de perguntar-lhe se era liberal ou clientelista. O trabalho é perceber em seus pensamentos, comportamentos e concepções, qual era a lógica que imperava em suas decisões.

Nesse sentido, e como já apontado acima, sendo a autorização legal para a concessão dos recursos de revista a existência de "injustiça notória" e (ou) de "nulidade manifesta" na decisão recorrida, percorreremos a jurisprudência selecionada para verificar o entendimento que a Corte Suprema dedicava aos termos no âmbito criminal nas seis seções abaixo delineadas.

Na primeira delas, procuraremos realizar uma análise acerca dos limites e possibilidades da pesquisa, a partir dos precedentes colacionados, quando abordaremos, dentre outras questões, as características do universo de decisões pesquisado.

Na segunda, procuraremos dar os contornos jurídico-positivos e doutrinários das expressões "injustiça notória" e "ilegalidade manifesta", cotejando-as ao entendimento expresso pelo 1.º presidente da Corte em seu discurso de posse, quando se mostrará que o entendimento pragmático sobre a questão acabou prevalecendo. Prevalência que poderá ser melhor demonstrada na análise, realizada nas seções subsequentes, de qual era o entendimento concreto do STJ sobre as expressões.

De tal forma, a terceira seção terá como objetivo demonstrar qual era o entendimento da Suprema Corte à época sobre a expressão "injustiça notória". Os debates que serão travados em suas respectivas subseções dizem respeito à possibilidade e viabilidade do STJ empreender análise dos fatos e das provas constantes dos autos para aferir a existência da "injustiça notória", num primeiro plano; e num segundo, o entendimento do Supremo de que tanto privar a parte de recurso a que fazia jus, quanto enquadrar uma conduta de forma juridicamente equivocada – o que também redundaria em pena equivocada – se constituía em injustiça notória.

A quarta seção, dedicada à discussão da nulidade manifesta, por seu turno, terá o mesmo ponto de partida, qual seja, a abordagem de se seria possível e viável ao STJ empreender debater fatos e provas dos autos para aferir a existência desse pressuposto. Esse será o tema da primeira subseção. Na sequência, demonstraremos que entendia o STJ haver nulidade manifesta na decisão recorrida, quando em seus respectivos acórdãos constava que ela teria incorrido nas seguintes hipóteses, respectivamente debatidas na segunda, terceira e quartas subseções: erros procedimentais relacionados ao tribunal do júri; decisão proferida por juízo incompetente; ou ainda, ausência dos requisitos formais da queixa ou em decretação de revelia equivocadamente decretada.

Ainda, abordaremos na quinta seção deste último capítulo as hipóteses nas quais as decisões proferidas pelo STJ empregavam ambos os critérios, injustiça e nulidade. O debate aqui se abriu para quatro vertentes, tratadas nas respectivas subseções desta seção. Na primeira delas, verificaremos as hipóteses nas quais, mesmo abordando ambos os fundamentos, o STJ tratava de cada um separadamente. Na segunda, verificaremos os casos em que, sendo situação de nulidade manifesta, denominava o STJ a situação de "injustiça e nulidade". O mesmo ocorria para injustiças notórias: também recebiam ela o fundamento jurídico de "injustiça e nulidade", como se verifica na terceira subseção. Na última delas, trataremos dos casos em que havia tanto injustiça quanto nulidade e ambas eram tratadas conjuntamente.

A partir desse panorama, crê-se, estaremos habilitados na sexta e última seção deste capítulo a traçar algumas hipóteses de respostas para as questões que nos ladeiam desde a introdução, bem como verticalizar alguns debates, oriundos dessas questões, que foram permeando todo o texto da presente tese, quando poderemos demonstrar que a jurisprudência era liberal, quais eram os limites desse liberalismo, quais eram os fundamentos para que o Supremo chegasse a tal hermenêutica, e, por fim, de que forma ocorria o diálogo com o clientelismo que dava a tônica de todas as demais instâncias do judiciário.

Esses serão os temas que verticalizaremos nos itens abaixo.

4.1 AS FONTES PESQUISADAS: POSSIBILIDADES E LIMITES

Utilizaremos como fonte de análise da jurisprudência criminal do STJ imperial de 1841 a 1871 os três volumes da obra "Jurisprudencia dos Tribunaes", organizada por Manoel da Silva Mafra.⁷⁰² Mafra compilou 358 acórdãos julgados entre 1841 até 1867, que, em sua quase totalidade, dizem respeito a recursos de revista que foram concedidos, ainda que como afirma Lopes, não se possa vislumbrar quais os critérios utilizados para selecionar esses precedentes em detrimento de inúmeros outros feitos julgados pelo STJ imperial no período em referência.⁷⁰³

Interessante destacar aqui a validação estatística que Lopes utilizou para analisar, a partir de outros paradigmas e pressupostos, a jurisprudência do período selecionada por Mafra. Como inexitem outras fontes jurisprudenciais do período que possam ser consultadas, houve por bem o autor em analisar os relatórios que os ministros da Justiça apresentavam à Assembleia Geral anualmente, e que davam conta do número de recursos julgados pelo STJ.⁷⁰⁴ Mesmo excetuando os anos em que não se depara com o relatório citado, quais sejam, 1842, 1843, 1846, 1848, 1849, 1850 e 1870, pôde o autor chegar ao total de 3.976 recursos de revista julgados no período em consideração, dos quais, 682 eram da alçada criminal.⁷⁰⁵

⁷⁰² MAFRA, Manoel da Silva. **Jurisprudencia dos tribunaes comp. dos accordãos dos tribunaes superiores publicados desde 1841**. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1868. 3v.

⁷⁰³ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.74.

⁷⁰⁴ Havia determinação legal estatuída no art. 19 da Lei de 18 de setembro de 1828, segundo a qual, "O Tribunal Supremo da Justiça enviará todos os annos ao Governo uma relação das causas, que foram revistas, indicando os pontos, sobre que a experiencia tiver mostrado vicio, insufficiencia da legislação, as suas lacunas, e incoherencias, para o Governo propôr ao Corpo Legislativo, a fim de se tomar a resolução, que fôr conveniente". Talvez essa fosse a fonte de que se socorreram os ministros da justiça na confecção dos relatórios que embasaram a pesquisa citada.

⁷⁰⁵ LOPES, *op. cit.*, p.77-81.

Considerando-se que dos 358 acórdãos constantes dos três volumes da obra, realizamos a análise pormenorizada de 81 acórdãos criminais, isso representaria o substancial percentual de quase 12% dos recursos de revista criminais de que se tem notícia que foram julgados no período. Mas, mais do que isso, se fizermos comparação com o total dos recursos de revistas criminais concedidos no período, e se rememorando que a obra de Mafra privilegia revistas que tiveram esse desfecho, a amostragem utilizada na presente tese é ainda mais representativa: das 133 revistas criminais de que se tem conhecimento que foram concedidas no período⁷⁰⁶, o universo analisado representará 60% do total.

Ainda que o número do total de recursos de revista criminais processados e julgados no âmbito do STJ imperial, e a quantidade de concessões dentre estes seja superior ao apresentado, como o demonstram as ausências de relatórios ministeriais nos anos acima mencionados, o fato é que não podem ser completamente desconsideradas as conclusões que adiante serão extraídas da análise dos precedentes que se mencionarão. Dentro dessa lógica, não seria demais mencionar que o estudo, quando temos por base alguns anos específicos, está longe de ser desprezível. É o que se verifica dos três recursos de revista criminais que foram concedidos no ano de 1852, os quais foram todos aqui analisados. Dos 12 que foram concedidos em 1859, analisamos sete; dos 10 de 1860, analisamos quatro; dos 16 de 1861, realizamos o estudo de quatro; Dos 6 de 1862, realizamos a análise de quatro; todos os 11 de 1863 foram objeto de nossa análise; dos 10 de 1864, fizemos a análise de oito; em 1865, houve 10 recursos de revista criminal concedidos, dos quais, oito foram analisados; e, em 1866 também foi realizada a análise de todos os 11.⁷⁰⁷

De tal sorte, e ainda que se deva dar ouvidos às acertadas análises que falam da inexistência de um "paradigma do precedente" no que se refere à jurisprudência do Tribunal Supremo no Brasil, não se pode olvidar que, mesmo assim, em meio a idas e vindas, marchas e retrocessos, pode-se identificar um determinado padrão de decantação e consolidação do entendimento jurisprudencial sobre vários temas,

⁷⁰⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.80.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p.80.

quando se realiza uma análise em um espectro temporal mais alargado. Pode-se ir além: não seria de todo equivocado afirmarmos que a história da jurisprudência do Tribunal Maior brasileiro está longe de ser errática, desuniforme ou imprevisível, ainda que nos depararemos com decisões que surpreendem – no âmbito criminal – pelo excesso de rigor ou pela liberalidade legalista até então inconcebíveis para o padrão jurisprudencial vigente para o tema deliberado. Como se verificará da análise efetiva dos precedentes que a seguir serão citados, essa regra geral vale mesmo para a época analisada em que o STJ sequer ultrapassava, como anteriormente visto, uma competência de cassação.

Com isso se pode afirmar que, ainda que os referenciais analisados para o período sejam relativamente escassos nos primeiros anos, à medida em que os anos vão se sucedendo e vai se decantando um determinado padrão hermenêutico acerca das consequências oriundas das reformas processuais penais empreendidas no início da década de 1840, vão se tornando mais completas as análises – pelo aumento da base analisada. Por mais essa razão se pode sustentar que as ilações retiradas dos precedentes criminais, principalmente porque centradas na jurisprudência do final do período em análise, estariam habilitadas a ostentar um padrão de cientificidade.

Dos 81 precedentes criminais consultados do período, 26 dizem respeito à injustiça notória, 37 dizem respeito à nulidade manifesta, 14 utilizam ambos os critérios para conceder a revista, e um, sem muita surpresa como adiante se demonstrará, chega a utilizar equivocadamente o inexistente critério da "nulidade notória" e há ainda o caso de uma revista que foi negada. Some-se ao total dois precedentes criminais que não tratam de recursos de revista, mas se constituem em ações originárias, e que, portanto, não receberam qualquer interpretação aos dois conceitos em seus respectivos julgamentos.

Assevere-se que o fato de serem quase exclusivamente concessivos da revista, não autoriza críticas à falta de rigor das conclusões retiradas das pesquisas que tenham por objeto os precedentes utilizados por Mafra. Ao contrário do que uma primeira aproximação ao tema poderia estabelecer, tal metodologia empregada pelo autor – e por nós obrigatoriamente repetida – antes de significar um inconveniente, pode constituir-se numa vantagem.

Tal afirmação se origina do fato de que a concessão de uma revista, e a revisão do entendimento do tribunal local, significa que o limite semântico da lei foi transposto e que por tal razão poderá ser identificável. Ao contrário, o indeferimento

de uma revista quer dizer que não houve, por parte da decisão recorrida, transposição de limite algum, o que significa dizer que os limites da lei não poderão ser identificáveis naquele caso concreto. Logo, poderia ser entendida como mais completa uma fonte de análise que contemplasse tanto recursos concedidos quanto recursos indeferidos, é de se preferir o conjunto ora analisado a outro que a despeito de representar a maioria⁷⁰⁸ não trouxesse os referenciais do que entendia o STJ como sendo os limites das leis. Em um exemplo: quando o STJ se manifesta no Recurso de Revista Criminal n.º CXVLVI em 06 de agosto de 1859 (MAFRA, v.2, p.306-311) asseverando que a obtenção de correspondência para fins probatórios era vedada tanto pela Constituição do Império quanto pela legislação infraconstitucional, tem-se um preciso indicativo dos limites da produção de provas no período, o que não poderia ser diagnosticado mediante a análise de vários precedentes que negassem a revista pelo fato de que o tipo de prova referido no caso não seria ilegal. Ou seja, quando se faz uma inferência acerca do entendimento que o Tribunal teria sobre determinado tema, vários Recursos de Revistas improvidos podem ter o mesmo valor que um concedido, para se estabelecer os limites da interpretação do texto legal respectivo.

Ainda no que diz respeito aos limites e às possibilidades das fontes utilizadas na pesquisa para a elaboração da presente tese, vale fazer referência a uma circunstância que bastante contribuiu para nossa pesquisa. É que vários precedentes dentre os analisados, não obstante o fato de poderem ter o julgamento resumido ao acolhimento de uma questão preliminar, como a incompetência do juízo ou a ausência de um formalismo indispensável no momento da propositura da queixa, mesmo quando a acolhiam, adentravam não só nas demais questões preliminares, mas também nas questões de fundo, ou seja, no mérito do caso. Por exemplo, no julgamento do Recurso de Revista CLIV (MAFRA, v.2, p.333-335) julgado pelo STJ em 03 de setembro de 1859 que anulou a condenação imposta a Manoel Pinto de Carvalho, foi acolhido o argumento de que não teria sido observado o prazo de

⁷⁰⁸ Os indeferimentos de recursos criminais tem historicamente sido superiores aos deferimentos em nosso país, o que também ocorria na época analisada como se verifica em LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.79-80.

24 horas para a acusação oferecer o libelo acusatório⁷⁰⁹ e somente ele seria suficiente para dar provimento ao recurso. Não obstante isso, e mesmo sendo desnecessário, ainda foi debatido naquela oportunidade o fato de que os quesitos ofertados aos jurados não eram claros, que a indenização não poderia ter sido arbitrada pelo juiz e ainda o fato de que houvera revogação de lei do código criminal que fora desconsiderada no julgamento.

A razão dessa metodologia não é de todo compreensível, visto que, juridicamente, não só é incorreto adentrar nas questões de mérito quando o caso já seria resolvido pelo acolhimento de preliminar, como é procedimento inútil – não haveria qualquer sentido na continuidade do julgamento de pontos que, de qualquer modo, estariam prejudicados, como se vê no exemplo acima. Mas uma hipótese pode ser aventada: ainda que não restem consignados os votos individuais dos ministros nos precedentes citados, com o que se poderia inferir como cada um votou em cada um dos pontos destacados pelo relator – sequer o relator de cada caso se pode verificar – certo é que inúmeros são os precedentes em que houve grande debate entre os ministros. Do universo analisado, são de fato 43 os casos em que houve ministros vencidos. Destarte, para além de demonstrar o caráter não teatral, ou não automaticamente alinhado, ou não subserviente do Supremo Tribunal, como um analista desavisado poderia vislumbrar, esses julgamentos não unânimes nos possibilitam captar a hermenêutica do STJ imperial sobre temas que, de outro modo, só seriam observáveis se pudéssemos analisar um espectro bem maior de precedentes. No final, isso significa dizer que os 81 precedentes não nos remetem somente a 81 temas jurídicos, mas para bem mais do que isso, ainda se levarmos em consideração que alguns julgados (a maioria deles de fato) abarcam 2, 3, 4 ou até mais temas. Ou seja, foram analisados bem mais de 300 entendimentos jurídicos sobre diferentes temas proferidos pelo Supremo na época indicada, nosso universo de análise.

Há que se destacar ainda que a seletividade no acesso à Instância Rara, antes de se mostrar como intransponível limitação metodológica, pode constituir-se, a partir de outra mirada, em uma substancial vantagem para a pesquisa cujos

⁷⁰⁹ Art. 254. Declarando o primeiro Conselho de Jurados, que ha materia para accusação, o accusador offerecerá em Juizo o seu libello accusatorio dentro de vinte e quatro horas, e o Juiz de Direito mandará notificar o accusado, para comparecer na mesma sessão de Jurados, ou na proxima seguinte, quando na presente não seja possivel ultimar-se a accusação.

contornos serão abaixo delineados, qual seja: termos condições não só de indicar, mas também de observar os seus respectivos limites. Aprofundemos o ponto.

Sabemos que a análise da produção de qualquer agência de criminalização secundária, em qualquer sistema penal, nunca incidirá sobre todos os casos que a ela deveriam ter sido submetidos. Ou seja, quando se faz a pesquisa sobre os inquéritos instaurados em uma pequena cidade do interior do Rio Grande do Sul no séc. XX, por exemplo, sabe-se que as fontes que são acessíveis não dizem respeito a todos os casos penalmente relevantes que ocorreram naquele período, ainda que, destaque-se, todos os inquéritos produzidos pela autoridade policial à época tivessem sido devidamente preservados. Pode-se convictamente apontar para o fato de que alguma seletividade tenha existido, com base nas discussões acima referidas sobre a noção de sistema penal.

Ainda que o mesmo ocorra com relação ao objeto analisado na presente tese, qual seja, a produção jurídica constituída pelas decisões judiciais proferidas em recursos criminais dirigidos ao STJ durante os anos de 1841 a 1871, temos que, diferentemente de análises outras, cuja seletividade estamos cientes, mas cujos critérios são indecifráveis, os critérios da seleção produzida pelo STJ são mais facilmente identificáveis. Explique-se: numa determinada localidade, os critérios podem ser tão díspares quanto a atuação de um promotor mais relapso ou de um delegado mais autoritário; de um escrivão mais lento ou de um juiz mais legalista; de um juiz aliado dos chefes locais, ou de um oficial de justiça com interesses comerciais nas decisões judiciais. O fato é que podem ser tantas e tamanhas as variáveis que, provavelmente, não seriam discerníveis as razões que fizeram com que, determinados crimes fossem apurados e outros não. De outro lado, quer nos parecer que ainda que também exista uma inegável seletividade no desempenho da função do STJ, teríamos razoáveis indícios para saber os critérios que fazem com que as causas sejam para lá encaminhadas ou não. Estamos conscientes do filtro recursal lá vigente, o qual impunha, dentre outras coisas, gasto com custas; contratação de advogados habilitados, ou mais que isso, acostumados a militar na Corte Suprema e com suficiente influência para tanto; cabimento do recurso (não eram todos os processos que para lá poderiam ser dirigidos); e conseqüente elitização das partes. Esses são os limites que não poderão ser sobrepujados pela presente pesquisa, mas cuja consciência nos fornece elementos para sopesar as conclusões a que se possa chegar, à sua luz.

Outro aspecto que tampouco pode deixar de ser considerado diz respeito à perenidade institucional da Corte, eis que passou durante todo o império, para o bem e para o mal, sem ser reformada⁷¹⁰. De fato, permaneceu ela inalterada mesmo nas mais profundas reformas por que passou o processo penal no séc. XIX, quais sejam, a já analisada reforma de 1841 e a reforma de 1871, que encerra o período ora analisado.

Não seria demais encerrarmos essa visualização topográfica sobre os precedentes invocando novamente Schwartz, que, com uma singela indagação, propõe-nos debate que circunda a presente tese e que deverá nortear os resultados da pesquisa realizada: "como o Império português, sistema altamente racional de organização burocrática, conciliou as relações pessoais de parentesco, amizade e interesse que sempre caracterizaram a sociedade ibérica?". A reflexão sobre os desígnios da indagação são ainda retratados pelo autor: "A resposta a essa pergunta permite não apenas uma compreensão mais profunda do legado social e político recebido pelo Brasil, mas também uma tentativa de explicação para o seu desenvolvimento histórico [...]"⁷¹¹. Se tal indagação foi dirigida ao Supremo Tribunal da Bahia, e enfrentada pelo autor, temos que estejamos autorizados, a partir dos postulados dos dois primeiros capítulos a também dirigi-la ao Supremo Tribunal: como se processou a conciliação, de uma criminalização primária tão liberal, com as brechas e peculiaridades materiais de uma criminalização secundária tão clientelista? Essa é a indagação que passamos a responder nos seções abaixo, mediante a análise detalhada de cada um dos precedentes acima referidos.

⁷¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Introdução. In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.14-15.

⁷¹¹ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.17.

4.2 "INJUSTIÇA NOTÓRIA" E "NULIDADE MANIFESTA" COMO FUNDAMENTOS DA CONCESSÃO DOS RECURSOS DE REVISTA CRIMINAIS

Como visto no capítulo anterior, a regulamentação jurídica dos recursos de revista julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça do império se dava tanto no âmbito constitucional quanto no nível legal. Enquanto a Constituição do Império se limita a prever a existência da espécie recursal que seria julgada pelo STJ em seu art. 164, l⁷¹², o art. 6.º da Lei de 18 de setembro de 1828 pormenorizava as hipóteses de concessão do recurso⁷¹³, quais sejam, manifesta nulidade e injustiça notória, sem, contudo, dar maiores contornos ao conteúdo semântico de cada uma.

Andréa Slemian se refere ao fato de que logo no discurso de instalação do Supremo Tribunal de Justiça em janeiro de 1829, seu primeiro presidente, José Albano Fragoso, dentre diversos outros temas abordados, comparava o nascente órgão ao Tribunal de Cassação francês que, restrito a fazer observar a lei, estava vedado de apreciar os fatos, o que, para ele, redundava em arbitrariedades no julgamento da causa. Tal limitação, ao ver do presidente empossado, havia sido ultrapassada pelo STJ, visto que também lhe competia examinar processos em que tivesse havido "injustiça notória" oriunda de erros fáticos, mesmo que sem violação frontal da lei.⁷¹⁴

Tal entendimento, ao fazer com que injustiça notória dissesse respeito à questões fáticas e, conseqüentemente, nulidade manifesta fosse sinônimo de questões de direito, era diametralmente oposta à de José Antonio Pimenta Bueno, que em seu "Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Império" asseverava que não existia outro caso senão a violação da lei, a qual se subdividiria em nulidade

⁷¹² Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. [...]

⁷¹³ Art. 6.º As revistas sómente serão concedidas nas causas civeis, e crimes, quando se verificar um dos dous casos: manifesta nullidade, ou injustiça notoria nas sentenças proferidas em todos os Juizos em ultima instancia.

⁷¹⁴ SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (188-1841). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.44.

do processo e nulidade do julgado. De tal sorte, sustentava o autor que o art. 6.º da lei de 1828 deveria ser interpretado no sentido de que a nulidade manifesta dissesse respeito à nulidade do processo, ao passo que a injustiça notória seria sinônimo de nulidade na própria sentença ou decisão.⁷¹⁵ Assim sustentando, percebe-se que a opinião de um dos mais respeitados juristas da época desembocava no fato de que a atuação recursal do Tribunal Supremo não comportaria o reavivamento de questões fáticas.

Dessa sorte, não se pode ignorar quando exemplifica⁷¹⁶ que a violação da lei em relação ao processo dizia respeito às fórmulas processuais ou condições legítimas para o processamento, como a incompetência do juízo ou tribunal ou ainda o número de juízes. Também explica que a violação da lei quanto à sentença⁷¹⁷ dizia respeito às suas formalidades, como o fato de não estar ela assinada ou datada; não estar fundamentada; não ter sido publicada; ter sido proferida em dissonância ao libelo. Além dessas, poder-se-ia, para o autor, deparar com violação da lei em relação ao julgado, que diria respeito à ofensa à lei realizada pelo conteúdo jurídico da decisão, como na hipótese de violação de direito expresso ou ainda por interpretação errônea de seus postulados⁷¹⁸. Para que se possa precisar o espaço jurisdicional do Supremo Tribunal do império na apreciação das questões fático-probatórias, é de se prestar atenção ao seguinte excerto de sua obra:

É uma regra fundamental, e que deve ser sempre observada, que o Supremo tribunal não julga os factos, o fundo da causa, sim as sentenças, e só na relação dellas com a lei. Elle não foi, nem devia ser instituído como uma terceira instância para estudar os factos, ou para apreciar as provas, sim e só para manter o império da lei, a sua plena observância, a unidade de seus preceitos, a uniformidade da jurisprudência como já observamos.⁷¹⁹

⁷¹⁵ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve E C., 1857. p.362.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p.362-365.

⁷¹⁷ *Ibid.*, p.366-369.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p.370.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p.371-372.

Mais do que isso, continua o autor, o STJ "aceita os fatos e as provas taes quaes são apreciados por esses tribunaes de que se recorre; seu exame consiste em verificar se a these da lei foi respeitada e consequentemente aplicada como devia ser aos factos assim, e taes quaes qualificados"⁷²⁰.

Juridicamente não há como se discordar de Pimenta Bueno, principalmente se atentarmos para a Resolução de 20 de dezembro de 30, em cujo art. 8.^o⁷²¹ restou consignado que "os dous casos de manifesta nulidade ou injustiça notória só se julgarão verificados nos precisos termos da carta de lei de 3 de novembro de 1768, par. 2.^o e 3.^o". Por seu turno, o referido par. 3.^o aduz que "as sentenças se devem julgar notoriamente injustas pelo principio de serem proferidas contra direito expresso". Ou seja, o aparato jurídico então em vigor fazia com que o encaminhamento da questão se desse no sentido de que seria vedado ao Supremo adentrar no âmbito fático.

Porém, a obra de Pimenta Bueno, de 1857, que poderia ficar alheia ao entendimento jurisprudencial que então professava o Supremo Tribunal de Justiça sobre o ponto, nos traz uma rápida e singela pista de que em termos práticos, talvez o senso pragmático de José Albano Fragoso falasse mais alto do que as justificativas jurídico-teóricas que ele próprio envergava. É o que se vê da página 373 da obra comentada, quando aduzia que são esses os "princípios formalmente estabelecidos e consagrados por nossas leis, embora por vezes olvidados pelo supremo tribunal".

O que quis dizer Pimenta Bueno quando escreveu que os princípios que relatava eram "por vezes olvidados pelo supremo tribunal"? Referia-se ao fato de que os limites entre "injustiça notória" e "nulidade manifesta" não era tão precisamente delineados? Ou ao fato de que, ao contrário do que sustentava todo o arcabouço legal e doutrinário, o STJ adentrava nas questões fáticas dos recursos que lhe eram submetidos? Ou ainda à circunstância de que ambos os critérios eram utilizados indistintamente, sem qualquer distinção que, em termos práticos, fosse acolhida?

⁷²⁰ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve E C., 1857. p.372.

⁷²¹ Art. 8.^o Os dous casos de manifesta nullidade, ou injustiça notoria, só se julgarão verificados nos precisos termos da Carta de Lei de 3 de Novembro de 1768, §§ 2.^o e 3.^o; e quando occorrerem casos taes, e tão graves e intrincados, que a decisão de serem, ou não, comprehendidos nas disposições desta Lei, se faça duvidosa no Tribunal, solicitará elle as providencias legislativas, pelo intermedio do Governo.

Destrinçar o entendimento acerca da dicotomia autorizadora da revista, quais sejam, a injustiça notória e a manifesta nulidade, como passaremos a fazer a seguir, além de ter o condão de explicitar os critérios que efetivamente seriam utilizados pelo Supremo Tribunal para conceder revistas à época, pode servir de guia para conseguirmos responder de forma apropriada às indagações suscitadas acima. Essa é a tarefa que se empreende nos tópicos subsequentes, não sem antes esclarecermos a metodologia para tal fim.

4.3 AS DECISÕES CONSIDERADAS COMO "INJUSTIÇA NOTÓRIA" PELO STJ

4.3.1 Análise dos fatos e das provas para aferição da "injustiça notória"

Majoritariamente, os 26 julgados nos quais se utilizou a existência do requisito da "injustiça notória" para se conceder a revista, dizem respeito a revolvimento fático realizado pelo Supremo Tribunal. Ou seja, não obstante se tratar de expediente juridicamente censurável, como visto acima, o fato é que foi amplamente utilizada a metodologia da análise das provas, dos testemunhos, dos documentos, dentre outros elementos para o julgamento dos recursos de revistas que foram dirigidos ao Supremo Tribunal de Justiça do império na época estudada.

É o que se verifica com o Recurso de Revista XLVI (MAFRA, v.2, p.88-89), julgado em 27 de abril de 1849, interposto por Manoel Gotuso em face da justiça pública⁷²², no qual a revista foi concedida porque a condenação mantida pelo Tribunal da Relação se dera sem haver prova alguma nos autos. Aduziu o acórdão do STJ imperial que tal procedimento atentaria contra o art. 36 do Código Criminal do império, segundo o qual, "Nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena".

⁷²² O número em romano se refere à numeração da obra de Mafra, na qual os precedentes foram sendo catalogados cronologicamente.

Ainda que tenha o STJ imperial, no precedente em referência, de forma unânime, ultrapassado a técnica de somente revolver as provas, mediante a utilização de referencial normativo que supostamente haveria sido ferido, o fato é que não se poderia chegar à constatação de que o art. 36 do Código Criminal fora contrariado se não fosse a verticalização probatória realizada. Note-se que do acórdão não se depreende qual era o crime imputado ao recorrente.

Sem a mesma carapaça jurídica de legitimação, podemos fazer referência também ao Recurso de Revista XLVII (MAFRA, v.2, p.89-91) julgado em 30 de abril de 1849, que teve como recorrente Francisco Marcondes de Moura e como recorrido João Gonçalves dos Santos Camargo, no qual o Supremo Tribunal procedeu a ampla análise de provas testemunhais, averiguou a falsidade de assinaturas, percebeu a contradição de circunstâncias, tudo isso para revisar a condenação, determinando que outra Relação procedesse a novo julgamento.

Na mesma lógica de fundamentação pode-se referir ao Recurso de Revista Criminal CXL (MAFRA, v.2, p.288-290) julgado pelo STJ em 18 de setembro de 1858, após ter sido interposto por Antonio Ribeiro da Silva Porto e contando como recorrido o Sr. Manoel José Alves Pereira. No referido precedente, foi revista a condenação pelo cometimento do crime de abuso de poder, em uma de suas modalidades previstas no art. 181 do Código Criminal, mais especificamente a de "mandar qualquer Juiz prender alguém fóra dos casos permittidos nas leis". Para tanto, realizou o STJ ampla perscrutação probatória, por meio da qual chegou à conclusão de que havia provas em prol da absolvição do recorrente, razão pela qual foi anulada a decisão, e remetidos os autos para julgamento por Relação revisora. O caso trouxe certo rumor, visto que além de três ministros terem ficado vencidos (ainda que não se saiba os pontos, como acima externado), também não votou, por impedimento, o ministro Cornélio Ferreira França.

A constatação de injustiça notória pelo de revolvimento fático sem qualquer alusão a dispositivo legal que tenha sido infringido é também o tema central do Recurso de Revista CLXXXI (MAFRA, v.3, p.4-5) que, julgado em 20 de fevereiro de 1861, foi interposto por João Vicente Leite de Sampaio em face da Justiça pública.

Neste, não se comprovou o cometimento do crime de peita⁷²³, "pois nada d'isso foi praticado pelo recorrente, como se evidencia dos depoimentos das testemunhas", como aduz o acórdão. Depara-se com o mesmo entendimento jurídico no Recurso de Revista CCLXXXIX (MAFRA, v.3, p.260-262) interposto por Camilo de Souza Maia em face da Justiça pública, que foi julgado em 19 de julho de 1865, visto que a imposição de pena o fora por mera presunção e indícios insuficientes, como se destaca da circunstância de que todas as testemunhas falam que uma pessoa saberia dos fatos, e essa, ouvida como testemunha referida, nada relatou de relevante.

Sobre o mesmo tema é de se fazer referência ainda a dois precedentes cujos objetos dizem respeito a crimes falimentares. O primeiro deles é o Recurso de Revista CCCXIX (MAFRA, v.3, p.327-329), julgado em 14 de abril de 1866, cujo recorrente fora Eduardo Eugenio Gonçalves Moreira e recorrida a Justiça pública, no qual entendeu o STJ que a falência não havia sido culposa, uma vez que lastreada em diligências de boa-fé do recorrente. Segundo o Recurso de Revista CCCXLIV (MAFRA, v.3, p.383-386), julgado em 03 de outubro de 1866, no qual constatou o STJ que a falência que vitimou o recorrente Manoel José de Souza, ao contrário do que estabeleceu a decisão recorrida, não devia ter sido entendida como fraudulenta, visto que as operações eram todas registradas, ainda que não o fossem no livro diário, o que mostraria a boa-fé.

Outro precedente que invoca a ofensa ao art. 36 do Código Criminal do império⁷²⁴ é o Recurso de Revista CXVLVI (MAFRA, v.2, p.306-311), que foi julgado em 06 de agosto de 1859, tendo como recorrente Francisco Luiz Salgado em face da justiça pública. A referida ofensa se daria, aos olhos da interpretação do caso realizada pelo STJ, pelo fato de que não existiriam suficientes provas a respaldar a condenação do recorrente pelo cometimento do crime de introdução de moeda

⁷²³ Art. 130. Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei. Penas - de perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer; de multa igual ao tresp dobro da peita; e de prisão por tres a nove mezes.

⁷²⁴ Art. 36. Nenhuma presunção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena.

falsa⁷²⁵, como se depreende de excerto do acórdão das fls. 306 da obra referida: "[...] porquanto se mostra quem sem prova suficiente, e só por meros indícios, e alguns bem fracos e infundados, forão os recorrentes condemnados contra o disposto no art. 36". Na mesma página ainda se pode ler:

Vê-se, pois, do exame do processo, que nenhuma testemunha, nenhum dos interrogados, declara ter recebido cédula alguma falsa dos recorrentes, e nenhuma só foi encontrada em suas mãos e achada em sua casa nas buscas que se derão, e nem na escripturação de seus livros commerciaes, que foi examinada, apparecem cousa alguma que denunciasse a introdução de taes cedlas na circulação [...].

Quer nos parecer, assim, não haver dúvidas sobre a existência de uma linha hermenêutica à época realizada pelo STJ, segundo a qual a injustiça notória como critério para a concessão do Recurso de Revista comportava ampla digressão probatória. Para tanto, e se tanto, restaria consignado no acórdão que houvera ofensa ao art. 36 do Código Criminal.

Mas esse acórdão nos revela mais elementos acerca da injustiça notória. É que, além da insuficiência de provas, adentra ele em outras temáticas. A primeira delas é a invocação da tese de que "a solidariedade dos sócios só se limita às obrigações cíveis, e não é admissível nos crimes, cujos efeitos e consequências não podem passar d'aquela que os commette". No ponto, quer nos parecer, há tese jurídica. Contudo, olvida o Supremo Tribunal de respaldar o ponto no referencial normativo respectivo, ou seja, não cita a lei que teria sido desatendida no tribunal local. Isso faz com que novamente se recaia no equivocado (à luz das normas aplicáveis e da doutrina) mas corriqueiro expediente de se revolver as provas para verificar se o libelo acusatório deveria ter sido julgado procedente ou não, para se responder à indagação recursal de se a revista deva ser concedida.

Num segundo plano ainda há a utilização de carta, que para o acórdão recorrido seria por si só documento suficiente para a condenação do recorrente. Sobre esse ponto, assim se refere o precedente em análise: "Esta carta, além de

⁷²⁵ Art. 175. Introduzir dolosamente na circulação moeda falsa, ou papel de credito, que se receba nas estações publicas, como moeda, sendo falso. Penas - de prisão por seis mezes a dous annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

não poder ser admittida em juízo, conforme o disposto no art. 218 do Cód. Crim.⁷²⁶, por ter sido tirada do correio violentamente, contra o preceito do par. 27 do art. 179 da constituição do império⁷²⁷, que a ninguém é lícito violar, perde muito de sua força quanto, sendo anonyma, é negada pelo autor a quem se attribue [...]". Logo a frente, o acórdão vai além e assevera que carta não pode ser considerada confissão "[...] faltando-lhe as formalidades do art. 94 do Cod. do Proc. Criminal⁷²⁸; e quando o fosse, não poderia produzir os seus effeitos senão contra o confitente; e nem pode ter a força do dito de uma testemunha, porque lhe falta o juramento em juízo. E ainda admittindo-se como um depoimento, por singular, não pode fazer prova plena".

Essa linha de argumentação do acórdão é distinta da anterior por haver explícita menção tanto a normas legais quanto constitucionais. E não tendo havido menção no precedente em tela ao critério da nulidade manifesta para a concessão do recurso, é de se entender que a ilicitude das provas também se constituía, para a hermenêutica do STJ, como circunstância a se enquadrar na hipótese da injustiça notória. Essa linha de análise nos faz traçar as outras hipóteses que, confirmadas por alguns precedentes, também arrimavam, à época pesquisada, a declaração da existência de injustiça notória nos recursos de revista criminais dirigidos ao STJ. Tais são os casos de ilegal privação de recurso a que a parte fazia jus, bem como os equívocos de tipificação e aplicação da pena, como trazemos nas subseções abaixo.

⁷²⁶ Art. 218. As cartas, que forem tiradas por qualquer das maneiras mencionadas, não serão admittidas em Juizo. Sobre as maneiras mencionadas pelo artigo, veja-se os artigos anteriores: Art. 215. Tirar maliciosamente do Correio cartas, que lhe não pertencerem, sem autorização da pessoa, a quem vierem dirigidas. Penas - de prisão por um a tres mezes, e de multa de dez a cinquenta mil réis. Art. 216. Tirar, ou haver as cartas da mão, ou do poder de algum portador particular por qualquer maneira que seja. Penas - as mesmas do artigo antecedente, além das em que incorrer, se para commetter este crime usar o réo de violencia, ou arrombamento.

⁷²⁷ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel.

⁷²⁸ Art. 94. A confissão do réo em Juizo competente, sendo livre, coincidindo com as circunstancias do facto, prova o delicto; mas, no caso de morte, só póde sujeital-o á pena immediata, quando não haja outra prova

4.3.2 A "injustiça notória" na privação de recurso judicial à parte

A segunda modalidade mais recorrente de reconhecimento de injustiça notória no âmbito da apreciação dos recursos de revistas criminais dirigidos ao Supremo Tribunal de Justiça imperial entre o início da década de 40 e início da década de 70 do séc. XIX diz respeito aos acórdãos locais que, ilegalmente, cerceavam o acesso ao duplo grau de jurisdição pelo do não conhecimento de recursos interpostos contra decisões do primeiro grau de jurisdição.

No universo de acórdãos do STJ pesquisados, são inúmeros os casos em que foi dado provimento à revista pelo reconhecimento de tal circunstância. É o que se verifica no Recurso de Revista VI (MAFRA, v.2, p.9-10) julgado em 21 de março de 1843. Nesse precedente, não havia sido conhecido o recurso interposto por Miguel Gonçalves Dias, que tinha no outro polo da ação penal que tramitava na origem Mariana Ferreira dos Santos e outros, pelo fato de que a Relação revisora da Bahia não conheceu dos embargos que haviam sido opostos. Inconformado com essa decisão, Miguel Gonçalves Dias ingressa com Recurso de Revista, que, concedido, teve o condão de determinar que os autos fossem enviados para a Relação de Pernambuco.

A relevância do trâmite processual do precedente nos compele a verticalizarmos um tanto seus desdobramentos. Inicialmente tramitaram os autos em segundo grau de jurisdição na Relação do Rio de Janeiro onde o caso foi apreciado. Contra essa primeira decisão de segundo grau foi interposto Recurso de Revista provido em razão de nulidade manifesta, tornando sem efeito todas as diligências posteriores ao acórdão anulado, por evidente, uma vez que restaram prejudicadas, o que fez com que os embargos que haviam sido anteriormente interpostos ficassem sem a devida instrução. Diante dessa sucessão de decisões, entendeu o STJ que, exarado novo acórdão pela Relação da Bahia, não se poderia privar o recorrente desses embargos que anteriormente haviam sido interpostos, e não instruídos, razão pela qual foi concedido o segundo Recurso de Revista pela injustiça notória dessa privação, após o que, remeteram-se os autos para a Relação de Pernambuco.

Algumas dúvidas acabam sendo suscitadas com o provimento do segundo Recurso de Revista, ainda que o respectivo acórdão não tenha feito qualquer referência a esses pontos. A primeira delas diz respeito à possibilidade, negada por Pimenta

Bueno, de inúmeros e sucessivos recursos de revista. Sustenta o autor⁷²⁹ que em hipóteses tais, deveria o STJ substituir-se à competência da Relação que julgaria pela terceira vez em segundo grau de jurisdição, e proferir a decisão, visto que

O contrario seria uma inversão de gradação e gerarchia, seria romper a ideia de unidade, ou uniformidade da jurisprudência. Deixaria de haver um centro único, um laço que prenda os tribunales, que evite a diversidade e opposição da doutrina, a contrariedade dos julgados.

Mas tal qual a opinião do autor acerca da inviabilidade do STJ fazer a análise das provas, quer parecer que também nesse ponto sua opinião não logrou surtir muito efeito.

Um segundo âmbito de inquietações que rondam o leitor mais atento do referido julgado diz respeito ao próprio trâmite processual. Neste ponto, poder-se-ia, se nos fosse lícito, dirigir as seguintes indagações a título de hipotéticas contrarrazões ao Recurso de Revista interposto: existia o recurso de embargos no âmbito processual penal brasileiro na década de 1840? É que ao analisar tanto a redação original do Código do Processo Criminal de 1832 quanto a reforma a que foi submetido com o advento da Lei de 1841, não se encontra com qualquer artigo regulamentando a hipótese. De mais a mais, mesmo que regimentos internos das Relações contivessem tal previsão, outra indagação não poderia deixar de ser formulada: caberia o original (primeiro) Recurso de Revista, mesmo na pendência do julgamento dos embargos que haviam sido opostos à decisão? É que o art. 89 do Código do Processo Criminal assim estabelecia: "E' permittido a revista para o Tribunal competente: [...] 2.º Das decisões das Relações, nos casos do art. 78, §§ 2.º, 3.º e 4.º desta Lei". E por seu turno, assim dispunha o referido parágrafo 2.º do art. 78: "Art. 78. E' permittido appellar: [...] 2.º Para ás Relações, das decisões definitivas, ou interlocutorias com força de definitivas, proferidas pelos Juizes de Direito, nos casos em que lhes compete haver por findo o Processo". Ou seja, não seria requisito da recorribilidade, via revista, o exaurimento da instância local? Infelizmente o STJ não abordou tal tema no acórdão em referência, e no espectro de decisões analisadas não se depara com outras que pudessem orientar nosso entendimento, mas é possível levantar a

⁷²⁹ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve E C., 1857. p.377-378.

hipótese de que, tais quais os limites precisos que a legislação estabelecia para o STJ não apreciar questões fático-probatórias, que sempre eram sobrepujados pelas conveniências do caso concreto, também nesse ponto o STJ ultrapassava os limites legais para exercer sua jurisdição onde, juridicamente, não poderia ser exercida. Essas constatações nos podem levar a uma conclusão: a de que a constante e clara preocupação com a legalidade e a juridicidade que o STJ parecia demonstrar para com as instâncias inferiores parecia não contagiar seus próprios julgamentos.

De qualquer modo, não se pode descurar que a preocupação com a justiça e a legalidade das decisões locais era uma tônica do STJ. Representativo disso é o Recurso de Revista CCX (MAFRA, v.3, p.99-100) julgado em 22 de outubro de 1862, no qual considerou o STJ ter havido injustiça notória no fato de a Relação ter deixado de conhecer o recurso de Henrique Ricardo O'Reilly, em caso em que imputava o cometimento de crime (não descrito no acórdão) a Caetano Moreira de C. Goytacaz, porque a acusação (o recorrente) teria utilizado a faculdade de aderir ou declarar o libelo. Entendeu o Supremo Tribunal de forma unânime que simplesmente não havia qualquer norma que contivesse essa disposição. Outro recurso interposto e não conhecido, cujo processamento foi determinado pelo STJ, se consubstanciou no caso retratado no Recurso de Revista CCCXII (MAFRA, v.3, p.313-312) julgado em 21 de fevereiro de 1866, com um voto vencido. O recurso local de João Bento dos Santos Silva não havia sido conhecido por ter entendido a Relação que não poderia ser conhecida a segunda apelação de ofício em virtude da incidência do Art. 82 da Lei reformadora do Código do Processo Criminal de dezembro de 1841, que assim dispunha: "Se a Relação mandar proceder a novo Jury, da decisão deste não competirá a appellação de que trata o art. 79". O art. 79 referido assim dispunha, por seu turno: "O Juiz do Direito appellará ex-officio: 1.º Se entender que o Jury proferio decisão sobre o ponto principal da causa, contraria á evidencia resultante dos debates, depoimentos, e provas perante elle apresentadas;". A princípio, nada de atípico haveria na decisão recorrida. É longa a tradição, estendendo-se até os dias de hoje, do princípio segundo o qual, sendo provida a apelação interposta contra decisão do júri manifestamente contrária à prova dos autos e sendo, via de

consequência, determinada a realização de novo júri⁷³⁰, descaberia nova apelação pelo mesmo motivo, pelo intrínseco contrassenso da medida: de que forma, julgando os mesmos fatos, com as mesmas provas, ambas as decisões (absolutória e condenatória) podem ser manifestamente contrárias à prova dos autos?

Não obstante, a ilegalidade levada a cabo pelo acórdão da Relação contra o qual se interpôs o Recurso de Revista reside no fato de que a nova apelação de ofício não se deu em virtude do par. 1.º do art. 79, mas em razão do par. 2.º, que prevê hipótese distinta, mas também recorrível de ofício à época: "2.º Se a pena applicada fôr a de morte, ou galés perpetuas". Assim, considerando o STJ que a vedação do novo recurso diz respeito à hipótese do par. 1.º, e sendo a situação fática a do par. 2.º, foi a revista concedida pela ilegalidade da negativa combatida.

Outro caso em que se debateu a necessidade do conhecimento e processamento de recurso de ofício interposto foi aquele retratado no Recurso de Revista XCIV (MAFRA, v.2, p.197-200) julgado em 07 de novembro de 1851, no qual, Isabel Jacintha da Silva se irresignou contra o fato de que como a pena de galés não poderia ser destinada às mulheres⁷³¹ substituiu-se-lhe tal pena pela prisão. Porém, e como havia recurso de ofício para os casos em que houvesse condenação às galés, o pretense benefício acabou-lhe trazendo situação processual pior do que se pena mais grave tivesse-lhe sido imposta. Diante de tal situação, determinou o STJ fosse processado recurso de ofício nessa hipótese, sob pena de ficar a recorrente em posição inferior que a de um homem que estivesse na mesma circunstância.

⁷³⁰ Depara-se com entendimentos do STJ à época pesquisada que legitimam esse entendimento no sentido da determinação de realização de novo júri no caso de provimento da apelação, nos termos do então vigente artigo 302 do Código do Processo Criminal (Art. 302. Julgando-se na Relação procedente o recurso por se não terem guardado as formulas prescriptas, formar-se-ha novo processo na subsequente sessão com outros Jurados, [...]). É o que se verifica do Recurso de Revista LIX (MAFRA, v.2, p.122-123) julgado em 20 de novembro de 1849, provido para anular a decisão que ao invés de adotar esse procedimento havia diretamente absolvido o acusado, visto se tratar de injustiça notória.

⁷³¹ Art. 45. A pena de galés nunca será imposta:
1.º A's mulheres, as quaes quando tiverem commettido crimes, para que esteja estabelecida esta pena, serão condemnadas pelo mesmo tempo a prisão em lugar, e com serviço analogo ao seu sexo. [...]

Por fim, há que se fazer menção ao Recurso de Revista XXIII (MAFRA, v.2, p.40-41) julgado em 7 de novembro de 1843, no qual José Joaquim do Carmo recorreu, como curador de seu escravo, contra a decisão que localmente não havia conhecido do recurso de apelação por ele anteriormente interposto contra a decisão de primeiro grau. Para além da riqueza dos argumentos jurídicos utilizados na argumentação do acórdão, que, inclusive, redundaram em não menos rica discussão entre os ministros, à qual, pelos motivos antes expostos não temos acesso, mas que redundaram em seis favoráveis ao provimento do recurso e 6 votos a ele contrários, há que se atentar aqui para outros pontos, quais sejam, a aplicabilidade da Lei de 1835 que restringia o acesso dos escravos ao STJ via Recurso de Revista e ainda a correção, por parte do Supremo, dos equívocos na qualificação jurídica das condutas supostamente criminosas, o que tecnicamente poderíamos definir como sendo os equívocos na tipificação de fatos⁷³², por parte das Relações que decidiam as apelações.

A revista foi concedida pelo fato de que, ao não conhecer do recurso de apelação interposto contra a sentença de primeiro grau que impôs ao escravo a pena de galés perpétuas, incorreu a Relação em ilegalidade, visto que as restrições estabelecidas pela Lei de 10 de junho de 1835 diziam respeito aos crimes nela previstos⁷³³, devendo ser o rol interpretado restritivamente. Entendeu o STJ que, como não cabe interpretação extensiva para o rol ali disposto, e como o crime imputado ao escravo não havia resultado em qualquer gênero de ofensa oriundo do disparo do tiro, a conduta deveria ser tipificada no art. 192⁷³⁴ combinado com o

⁷³² O primeiro requisito para uma conduta humana ser qualificada como crime é a tipicidade, ou seja, a característica de poder ser enquadrada num tipo penal (cada uma das proibições penais as quais se cominam penas). A tipicidade ainda requer um aspecto subjetivo, o dolo por exemplo, mas esse aspecto não é relevante para a compreensão dos precedentes aqui debatidos.

⁷³³ Lei de 10 de julho de 1835: Art. 1.º Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e ás suas mulheres, que com elles viverem. Se o ferimento, ou offensa physica forem leves, a pena será de açoutes a proporção das circumstancias mais ou menos aggravantes. [...] Art. 4.º Em taes delictos a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, se executará sem recurso algum.

⁷³⁴ Art. 192. Matar alguém com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete. Penas - de morte no gráo maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo. Art. 16. São circumstancias agravantes:
2.º Ter o delinquente committido o crime com veneno, incendio, ou inundação.

art. 34⁷³⁵, ambos do Código Criminal, ou seja, tentativa de homicídio qualificado, o que afastaria a aplicabilidade da Lei de 1835, facultando-se ao recorrente lhe fosse aberta a via do recurso de apelação anteriormente interposto.

Vê-se, assim, que, não obstante o caráter draconiano da Lei de 1835, que impedia qualquer tipo de recurso por parte de escravo condenado por crime cometido contra seu senhor e outros, hipóteses em que se aplicava imediatamente a pena, havia uma interpretação bastante restritiva quanto à sua aplicabilidade. Há, nos precedentes analisados, com outros acórdãos que propendem para a mesma hermenêutica, o Recurso de Revista CX (MAFRA, v.2, p.228) julgado em 20 de agosto de 1852, no qual houve por bem o STJ em garantir ao recorrente o direito ao recurso, já que lhe havia sido negado por ser acusado de homicídio, quando se sabia que a negativa somente tinha vez no caso de homicídio contra seu senhor, nos termos da referida lei. E, ainda, o Recurso de Revista CCXXII (MAFRA, v.3, p.126-127), interposto pelo escravo Ismael e julgado em data de 04 de fevereiro de 1863.

Como se não bastasse a aplicabilidade da Lei de 1835, como dito, o outro ponto que mereceria destaque na análise desse acórdão diz respeito aos equívocos na tipificação dos fatos pelas Relações, e os consequentes equívocos na aplicação da pena, também reconhecidos no âmbito do STJ como injustiça notória. Como o presente precedente ficou longe de se constituir o único nesse último sentido, trata-se do tema mais verticalizadamente, como na subseção a seguir.

7.º Haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre, ou superior do delinquente, ou qualquer outra, que o constitua á respeito deste em razão de pai.

10. Ter o delinquente commettido o crime com abuso da confiança nelle posta.

11. Ter o delinquente commettido o crime por paga, ou esperança de alguma recompensa.

12. Ter precedido ao crime a emboscada, por ter o delinquente esperado o offendido em um, ou diversos lugares.

13. Ter havido arrombamento para a perpetração do crime.

14. Ter havido entrada, ou tentativa para entrar em casa do offendido com intento de commetter o crime.

17. Ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime.

⁷³⁵ Art. 34. A tentativa, á que não estiver imposta pena especial, será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos

4.3.3 A "injustiça notória" nos equívocos de tipificação e de aplicação da pena

Um terceiro grupo de decisões que se conformavam ao critério da injustiça notória na jurisprudência criminal do STJ na época sob análise dizia respeito aos casos em que as decisões recorridas das Relações: i) se equivocavam quanto à tipificação dos fatos; ii) se equivocavam quanto à aplicação da pena ou, ainda, iii) se equivocavam quanto à aplicação da pena justamente em virtude de que a tipificação havia sido errônea também. São vários os precedentes pesquisados nesse sentido.

Por exemplo, em 27 de julho de 1852, o STJ concedeu a Revista CVI (MAFRA, v.2, p.222) para José Dias de Almeida, em virtude do fato de que a decisão recorrida não havia reconhecido a circunstância de que era menor de 21 anos de idade à época dos fatos, daí porque, não se lhe poderia aplicar a pena de galés, à luz do art. 18, par. 10 do Código Criminal.⁷³⁶ É que sendo a pena de galés a mais grave, e tendo sido reconhecida pelo júri a atenuante, deveria ter sido implementada a determinação do art. 303 do Código do Processo Criminal.⁷³⁷ A atenuante da menoridade também foi objeto de deliberação por parte do STJ no julgamento que ocorreu em 5 de abril de 1865 no Recurso de Revista CCLXXXI (MAFRA, v.3, p.243-245), interposto por Candido Lopes de Oliveira. Não obstante os três votos vencidos, prevaleceu a tese de que a aplicabilidade do par. 2.º do art. 45⁷³⁸ independe da data do julgamento, sendo regulada pela idade do autor à época dos fatos pelo qual é julgado.

Equívoco na aplicação da pena também foi debatido pelo Supremo Tribunal do império na data de 25 de julho de 1863, por ocasião do julgamento do Recurso de Revista CCXLIV (MAFRA, v.3, p.163-164), que havia sido interposto por Manoel de Souza Bastos em face de Albino José Fernandes Lima. Entendeu a Corte Suprema ter havido injustiça notória no acórdão recorrido pelo fato de ter sido destinado ao

⁷³⁶ Art. 18. São circunstancias attenuantes dos crimes: [...] 10. Ser o delinquente menor de vinte e um annos.

⁷³⁷ Art. 303. No caso de imposição de pena, que não fôr a decretada, a Relação, reformando a sentença, imporá a que fôr correspondente ao delicto.

⁷³⁸ Art. 45. A pena de galés nunca será imposta:
[...] 2.º Aos menores de vinte e um annos, e maiores de sessenta, aos quaes se substituirá esta pena pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo.

recorrente a pena do crime fim (estelionato), sem que tivesse havido demonstração dos elementos que o diferenciariam do crime meio (falsidade), que seria a tipificação que deveria ter sido aplicada. Como se vê, um caso em que se confundem as duas questões: equívoco de tipificação que redundaria em errônea aplicação de pena. Ambos os temas também se fazem presentes no Recurso de Revista CLXXX (MAFRA, v.3, p.3-4) que foi julgado em 20 de fevereiro de 1861. Tratou-se de acusação de homicídio imputada a Luiz de Araujo Castanho, na qual, obteve êxito a defesa em fazer reconhecer que o processo não havia se revestido das formalidades referentes à necessária comprovação de que o ferimento era mortal, razão pela qual, a concessão da revista se deu em virtude de que deveria ter sido aplicado, aos olhos do STJ, o art. 194 (lesão corporal seguida de morte) do Código Criminal.

A errônea tipificação pode não redundar em equívoco na aplicação da pena, mas, de outro lado, no reconhecimento de conduta humana que não se subsumiria a qualquer hipótese delituosa, ou seja, no reconhecimento de fato atípico, por não se enquadrar em qualquer tipo penal. É o que reconheceu o STJ em 10 de setembro de 1864, quando realizou o julgamento do Recurso de Revista CCLXV (MAFRA, v.3, p.208-209) interposto pelo tenente Venancio Gonçalves dos Reis em face do Major Caetano Nunes da Silva. A injustiça notória, dessa feita, se daria pelo fato de que não subsistiria crime de contrabando de escravos que foram passados de Goiás para Minas, havendo as competentes guias do deslocamento, uma vez que, se a situação estava registrada, mas tão somente não houve a entrada para a fazenda provincial dos respectivos direitos, tratava-se de questão administrativa.

Aspecto que para quem desconhece o organograma processual e também político da época poderia ser esquecido, é o fato de que, de todas as modalidades de contrabando, a única que admitiria recurso – de apelação e de revista – após 1841, é a hipótese tratada nestes autos, qual seja, "contrabando de africanos". É que as demais hipóteses, quiçá por conta de pressões orçamentárias e alfandegárias, cujos contornos fogem aos limites da presente tese, seriam julgadas em grau único pelos juízes municipais, ou ainda pior, apenas administrativamente quando fosse o caso de flagrante. Digno de nota é esse julgamento administrativo, que revela, não só um caráter inquisitorial do dispositivo (se houve flagrante não há processo), mas também a

inexistência à época, da inafastabilidade de jurisdição para sancionar crimes, tudo como se vê do art. 17 da Lei de 1841.⁷³⁹

Há decisões outras que, sob a marca da injustiça notória, deram provimento a recursos de revista que, contudo, não se enquadram nas três classes de casos acima analisados. Não obstante, suas respectivas incidências não foram suficientemente significativas para que pudéssemos deduzir haver outros entendimentos, no âmbito da jurisprudência criminal, do significado do termo injustiça notória. São os casos, por exemplo, da reversão, via Recurso de Revista, da decisão que julgou intempestiva a apresentação do libelo⁷⁴⁰, visto que o equívoco havia sido do escrivão, que não o juntou prontamente aos autos⁷⁴¹ e ainda da desatenção à essencial notificação para a sessão do júri de todas as testemunhas que depuseram no sumário, e equívoco na quesitação⁷⁴².

Mas, enfocando-se a questão a partir de outra mirada, surge outra indagação que merece ser investigada. Havendo injustiça notória nos casos em que o contexto fático-probatório apontava para solução diversa, em que se privou a parte de recurso a que fazia jus, e ainda nas hipóteses de equívoco na tipificação da conduta e (ou) aplicação da pena, é de se indagar: esses três casos, ou algum desses três casos também foi reconhecido pela jurisprudência criminal como sendo nulidade manifesta, a segunda hipótese para o reconhecimento da procedência do Recurso de Revista? Quais eram as situações jurídicas que eram tratadas exclusivamente como sendo nulidades manifestas, e que criavam um núcleo específico de sua definição? A partir da aproximação dos contornos hermenêuticos que o STJ emprestava a ambos os conceitos, pode-se delimitar quais temas eram típicos na injustiça notória, quais eram exclusivos da nulidade manifesta e quais poderiam ser compartilhados por

⁷³⁹ Art. 17. Compete aos Juizes Municipaes:

§ 1.º Julgar definitivamente o contrabando, excepto o apprehendido em flagrante, cujo conhecimento, na fôrma das Leis, e Regulamentos de Fazenda, pertence ás Autoridades Administrativas; e o de Africanos, que continuará a ser julgado na fôrma do Processo commum.

⁷⁴⁰ Art. 254. Declarando o primeiro Conselho de Jurados, que ha materia para accusação, o accusador offerecerá em Juizo o seu libello accusatorio dentro de vinte e quatro horas, [...].

⁷⁴¹ Recurso de Revista, CCLVI, MAFRA, v.3, p.190-191, julgado em 30 de abril de 1864, interposto por Adão Duarte em face de Victorino da Silva Leitão.

⁷⁴² Recurso de Revista CCCXLVII, MAFRA, v.3, p.390-391, julgado em 31 de outubro de 1866, cujo recorrente foi José Lopes Chaves e recorrida a Justiça pública.

ambos? Por que razões haveria esse compartilhamento? Essas questões, dentre diversas outras, são as que pretendemos debater no tópico que se abre abaixo.

4.4 AS DECISÕES CONSIDERADAS COMO "NULIDADE MANIFESTA" PELO STJ

4.4.1 Análise dos fatos e das provas para aferição da "nulidade manifesta"

O primeiro ponto de debate, quando se enfrenta o tema da nulidade manifesta como critério para concessão de recursos de revista criminais à época investigada, diz respeito à seguinte indagação: segundo a jurisprudência criminal do STJ, pode ser traçada uma linha distintiva entre a injustiça notória e a nulidade manifesta no que diz respeito à apreciação dos fatos e das provas? Ou tal tipo de verticalização seria típico dos recursos julgados sob o crivo da injustiça notória?

Apesar da demonstração de que a principal metodologia mediante a qual se constata a injustiça notória é a análise das provas, isso não significa que o viés não seria aplicável ao quesito da nulidade manifesta.

O fato é que, da análise que se pôde fazer da jurisprudência selecionada, não se pode concluir senão no sentido de que também a nulidade manifesta era demonstrada por meio da análise dos fatos e das provas.

Veja o que se verifica do Recurso de Revista CLIV (MAFRA, v.2, p.333-335) julgado pelo STJ em 03 de setembro de 1859. No acórdão que anulou a condenação imposta a Manoel Pinto de Carvalho entendeu o Supremo Tribunal pela inexistência de corpo de delito, uma vez que não teria sido consubstanciada a banca-rota nos termos da lei do comércio, razão porque, em relação só a esse ponto, teria se tornado "tumultuario, nullo e insubsistente todos este processo, a que deu começo e origem queixa intentada por credores[...]". Infelizmente, pelas razões antes expostas, não se pode aferir quais seriam os fundamentos dos dois votos vencidos proferidos pelos ministros Sequeira e Azevedo. É que como há outros argumentos que, de fato, poderiam se constituir em nulidade manifesta estrito senso (como a preterição da oitiva das testemunhas o que ofenderia a ampla defesa), seria alvissareiro aquilatar se restaram vencidos em relação a todos os pontos, se só acolheram a parte fática,

ou se só concordaram com os requisitos formais, visto que se tratava de caso em que se debatia suposta nulidade.

Essa informação seria relevante para que pudéssemos aferir um padrão de interpretação acerca dos limites do conceito de "nulidade manifesta" pelo STJ na jurisprudência criminal do período, eis que, o Recurso de Revista julgado em 06 de julho de 1861 de n.º CXCV (MAFRA, v.3, p.51-55) interposto por Manoel Silvestre da Fonseca Botica nos leva à pistas para que possamos afirmar um eventual dissenso no seio da Corte Suprema. O caso apresenta uma grande semelhança com o acima apresentado: a nulidade foi decretada: i) porque apesar de se tratarem de crimes que deixam vestígios (tiros em paredes, incêndio, destruições e mortes) não foram juntados os respectivos corpos de delito nos termos do art. 134 do Código do Processo Criminal⁷⁴³; ii) porque ao lado dessa questão de fato, reconheceu-se a incidência de outras questões formais, como a irrelevância desse corpo de delito ter sido juntado posteriormente, e o fato de que a verificação das cédulas foi feita pelo escrivão ao arrepio da lei reitora do procedimento. No entanto, uma fundamental e relevante diferença pôde ser detectável: da síntese dos votos dos ministros, verifica-se que Silva Tavares concedeu a revista somente em função das nulidades, "não entrando na injustiça". Sequeira e Mariani também ficaram vencidos, ainda que não tenham ficado registradas suas razões bem como Pinto Chichorro, que também concedeu "por nulidade sómente".

O lapso temporal de três anos sem registro de outras decisões do STJ que enfrentassem, sob a óptica da nulidade manifesta, questões de fato e (ou) probatórias conjuntamente com questões de direito, faz com que se deixe de constatar, se houve ou não, esse dissenso acerca da interpretação do conceito no âmbito da Corte Suprema àquela época. O próximo precedente trazido por Mafra com essas características é somente de 09 de março de 1864, e no respectivo registro do Recurso de Revista CCLI transcrito nas pgs. 181 e 182 do vol. 3, houve por bem o Supremo Tribunal de Justiça em conceder a Revista para Celestino Satyro Martins, de forma unânime, pelo fato de que adulteração de letra de câmbio se constitui em crime de falsidade, e não estelionato, ao contrário do que fora deliberado pela Relação,

⁷⁴³ Art. 134. Formar-se-ha auto de corpo de delicto, quando este deixa vestígios que podem ser ocularmente examinados; não existindo porém vestígios, formar-se-ha o dito auto por duas testemunhas, que deponham da existencia do facto, e suas circunstancias

visto não existirem os elementos constitutivos desse crime. A unanimidade do julgado é suficientemente eloquente: caso tenha havido nos anos anteriores debates acerca dos limites da nulidade manifesta, em 1864 a questão parecia resolvida para um dos seguintes lados: ou se aceitava irrestritamente que a decretação da nulidade permitiria análise perfunctória das provas, ou pouco se preocupava o STJ com a exatidão do emprego dos termos, bastando que houvesse algum tipo de injustiça ou algum erro de procedimento que nulificasse alguma parte do processo para que qualquer um dos termos fosse utilizado, sem maiores reflexões. Sim, pois esse equívoco de tipificação, como antes visto, também ensejava a decretação da injustiça notória.

E de fato, analisando-se os precedentes posteriores a 1864 e que contemplem discussões fáticas sob a óptica da nulidade manifesta, chega-se exatamente a essa conclusão: aceitava o STJ esse procedimento (revolvimento fático para aferir a nulidade manifesta) ou não precisava com qualquer rigor os limites entre ela e a injustiça notória. É o que se vê, para arrematarmos a subseção, do Recurso de Revista CCCXXXIV (MAFRA, v.3, p.355-357) julgado em 25 de julho de 1866. No referido precedente, atendeu-se à pretensão acusatória do tenente-coronel João da Fonseca e Silva em face de João Soares de Macedo, revertendo-se a absolvição que este obtivera na Relação, visto que para o STJ não pode funcionário público alegar ignorância do direito, nos termos do art. 153 do Código Criminal⁷⁴⁴, razão pela qual foram os autos remetidos para julgamento em outra Relação.

De todo modo, ainda que haja esse núcleo comum entre os critérios da injustiça notória e da nulidade manifesta, constituído pela apreciação de provas e questões fáticas, é de se reparar que havia questões que diziam respeito exclusivamente à nulidade manifesta, como os erros procedimentais relacionados ao tribunal do júri e a incompetência do juízo, pontos que serão, separadamente, tratados nos itens a seguir.

⁷⁴⁴ SECÇÃO VI: Falta da exacção no cumprimento dos deveres. Art. 153. Este crime póde ser commettido por ignorancia, descuido, frouxidão, negligencia, ou omissão, e será punido pela maneira seguinte [...]

4.4.2 A "nulidade manifesta" nos erros procedimentais relacionados ao tribunal do júri

Um segundo âmbito de discussão que pode ser suscitado quando se trata do critério da nulidade manifesta como fundamento para a concessão de recursos de revista criminais na época analisada, diz respeito a toda uma série de erros procedimentais relacionados ao tribunal do júri, que podem ser catalogados da jurisprudência analisada.

É o que se verifica do Recurso de Revista X (MAFRA, v.2, p.19) julgado em 09 de maio de 1843. Nesse, José Rodrigues da Silva houve por bem em anular o processo contra si ajuizado por Francisco Xavier de Carvalho, pelo fato terem participado do respectivo julgamento número maior de jurados do que determinava o art. 259 do Código do Processo Criminal.⁷⁴⁵ Digno de nota é o fato de que, mesmo parecendo elementar a questão, houve quatro votos vencidos, o que pode nos levar a concluir que, não obstante estabelecer a lei processual vigente à época, que deviam ser 12 o número de jurados que participariam do júri, não havia qualquer disposição legal que claramente definisse que a participação de número de jurados superior a esse redundaria em nulidade. Ainda que não se depare com o conteúdo dos votos vencidos no precedente em análise, é de se inferir que, mesmo tendo sido o recurso concedido, a questão não era de todo pacífica no âmbito daquela Corte.

Outro tema, porém, parecia não suscitar qualquer discussão. Trata-se da contrariedade ao art. 284 do Código processual⁷⁴⁶, que dizia respeito à forma como o Juiz de Direito que presidia o júri deveria quesitar os pontos que seriam submetidas aos jurados. É o que se verifica do Recurso de Revista LXI (MAFRA, v.2, p.132-135), concedido em 5 de março de 1850, em favor do réu preso José Thomaz de Aquino. Entendeu-se, no caso, ter havido desatenção ao referido artigo pelo fato de que, apesar de serem dois os crimes que eram imputados ao recorrente (estellionato e falsidade), não se procedeu à separação entre as questões de fato no momento em

⁷⁴⁵ Art. 259. Formado o segundo Conselho, que deve ser de doze Jurados, guardadas todas as formalidades que estão prescriptas para a formação do primeiro, e prestado o mesmo juramento, o Juiz de Direito fará ao acusado as perguntas, que julgar convenientes sobre os artigos do libello, ou contrariedade; e aquelles factos sobre que as partes concordarem assignando os artigos, que lhes forem relativos, não serão submettidos ao exame dos Jurados.

⁷⁴⁶ Art. 284. Tambem separará as questões, quando os pontos da accusação forem diversos

que foram submetidos ao júri, que teve como consequência, segundo o acórdão consultado, uma dificuldade de clareza que teria propiciado confusão e dificuldade no espírito dos juízes de fato.

A preservação dos mecanismos que garantiam que a livre convicção dos jurados fosse externada nos julgamentos é também objeto de deliberação no Recurso de Revista CCLV interposto por Candida Ignez (MAFRA, v.3, p.188-190), cujo julgamento se deu em 30 de abril de 1864. No caso em apreço, entendeu o STJ que houvera ofensa aos arts. 58⁷⁴⁷ e 63⁷⁴⁸ da Lei 261 de 03 de dezembro de 1841, pelo fato de que, como se depreende do acórdão, "deveria ter submettido com precisão á decisão dos jurados os factos demonstrativos da complicitade, isto é, a existência ou não existência de tal ou taes factos positivos que particularisassem e demonstrassem a maneira por que a accusada se diz ter concorrido ou cooperado para a perpetração e consummação do crime, o que na espécie de que se trata era ainda indispensável para tirar toda a confusão e ambiguidade sobre este ponto". O fato de outras questões, como a falta de notificação de testemunhas e outras que não interessam para o ponto ora desenvolvido, terem sido agitadas no recurso ora analisado, faz com que não se possa concluir sobre se o dissenso que ocorreu no referido julgamento (foram quatro os ministros que restaram vencidos ao fim dessa deliberação) disse respeito a esse ponto, ou a alguns dos outros, ou ainda, se o dissenso dizia respeito à tese jurídica invocada, ou a uma interpretação dos fatos que se justaporiam a questão jurídica neles compreendida.

O mesmo pode ser indagado ao julgamento de 24 de maio de 1856 do Recurso de Revista CXXXIII (MAFRA, v.2, p.266-267), interposto por José Ferreira Braga em face de Luiz Antonio de Góes. No caso em apreço teria havido ofensa à lei de reforma de 1841, visto que às 48 cédulas que deveriam existir na urna para o sorteio dos jurados, haviam sido somados mais 30 suplentes. A existência de dois votos vencidos nos remetem à seguinte indagação: que argumentos trouxeram os

⁷⁴⁷ Art. 58. O Juiz de Direito, depois que tiver resumido a materia da accusação e defesa, proporá aos Jurados, sorteados para a decisão da causa, as questões de facto necessarias para poder elle fazer a applicação do Direito.

⁷⁴⁸ Art. 63. Quando os pontos da accusação forem diversos, o Juiz de Direito proporá acerca de cada um, delles todos os quesitos indispensaveis, e os mais que julgar convenientes.

votos vencidos? Que não havia as 30 cédulas suplentes? Ou que a superação do número legal não seria nulidade, nos termos da lei?

Exceto na hipótese de a jurisprudência ter sido modificada entre os quase quatro anos que separam esse julgado da data de 25 de julho de 1860, quando foi julgada a Revista CLXIX (MAFRA, v.2, p.383-386), o fato é que a resposta a tais indagações podem ser vislumbrada no respectivo acórdão. É que tendo decidido de forma unânime que constituiria nulidade manifesta a existência de 50 cédulas (e não as 48 recomendadas pela lei) para o sorteio, é de se concluir que o debate de quatro anos antes dizia respeito à existência ou não das questões fáticas que seriam compreendidas pelo tema jurídico. Veja-se que também de forma unânime foram deliberados os outros temas levantados no recurso: o fato de o juiz ter verificado o número legal de cédulas na urna, ao arrepio do que estabelece o art. 238⁷⁴⁹ do Código do Processo Criminal; a ilegalidade do juiz ter determinado que os jurados respondessem novamente ao segundo quesito, procedimento que fez com que a 1ª resposta dada fosse alterada; e a indagação aos jurados de questões jurídicas ao invés de questões fáticas.

Analisando-se a deliberação desse último tema ao lado do que também se decidiu no Recurso de Revista CLXXIV (MAFRA, v.2, p.397-398), julgado em 24 de outubro de 1860, vê-se que também foi anulado o processo no qual Matheus Vieira Cardoso interpôs o apelo raro em favor de seu escravo, Joaquim, visto que descabia ao júri decidir se fora crime tentado ou não, por se tratar de questão de direito, cujo conhecimento seria vedado aos jurados. Asseverou o acórdão para conceder a revisa que sobre os pressupostos fáticos da tentativa é que se deveria quesitar.

Retomando-se a questão da preservação dos mecanismos que garantiam que a livre convicção dos jurados fosse externada nos julgamento, pode-se vislumbrar o Recurso de Revista CCXX (MAFRA, v.3 p.123-124) julgado a 13 de dezembro de 1862 no qual Lino José do Pardo houve por bem em demonstrar que não teria havido quesito para desclassificar o delito do art. 192 do Código Criminal para o art.

⁷⁴⁹ Art. 238. [...] feita logo pelo Escrivão a chamada dos Jurados, e achando-se completo o numero legal, observando-se o disposto nos arts. 313, e 315, mandará o mesmo Juiz extrahir da urna por um menino, vinte e tres cedulas. As pessoas que ellas designarem, formarão o primeiro Conselho de Jurados, que será interinamente presidido pelo primeiro, que tiver sahido á sorte.

193 ou ainda o 194.⁷⁵⁰ No mesmo sentido, tem-se o Recurso de Revista CCXCVIII (MAFRA, v.3, p.280-282) no qual deliberou o STJ em 16 de setembro de 1865, por maioria, que os quesitos não teriam observado o art. 371 do Regulamento de 1842⁷⁵¹, que estabelecia que estar estruturados em proposições distintas e claras, o que não tendo ocorrido, redundou em decisão contraditória e ambígua. E ainda o Recurso de Revista CCXXXIV (MAFRA, v.3, p.145-147), julgado em 09 de maio de 1863, no qual fora reconhecida a procedência do recurso e, portanto, a nulidade do processo penal que pendia contra Thomé Francisco da Fonseca, em virtude de ausência de quesito do nexa causal entre o espancamento que praticara e a morte da vítima. Não seria de todo imprescindível citar que, também de forma unânime, entenderam os ministros do STJ nessa oportunidade que a nulidade manifesta também era reconhecida em razão do fato de que o libelo fora entregue sem o rol de testemunhas, o que afrontaria o art. 255 do Código processual.⁷⁵² Também em virtude de que a verificação das 48 cédulas fora realizada pelo escrivão e, ainda, em função do fato que teria participado do julgamento jurado que havia sido recusado pelo promotor.

Ainda há outras nulidades manifestas que foram detectáveis pela jurisprudência criminal do período no âmbito da Corte Suprema como autorizadoras da concessão da revista. É o que se verifica do Recurso de Revista CCCXXV (MAFRA, v.3, p.338-339) julgado em 13 de maio de 1866, cuja constatação, por maioria, da nulidade manifesta teria consistido na desatenção ao art. 333 do Código do Processo

⁷⁵⁰ Art. 192. Matar alguém com qualquer das circunstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete. Penas - de morte no grão maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo.

Art. 193. Se o homicidio não tiver sido revestido das referidas circunstancias aggravantes. Penas - de galés perpetuas no grão maximo; de prisão com trabalho por doze annos no médio; e por seis no minimo.

Art. 194. Quando a morte se verificar, não porque o mal causado fosse mortal, mas porque o offendido não applicasse toda a necessaria diligencia para removel-o. Penas - de prisão com trabalho por dous a dez annos.

⁷⁵¹ No caso do art. 63 da Lei de 03 de dezembro de 1841, quando o Juiz de Direito tiver de fazer diferentes quesitos, sempre os proprará em proposições simples, bem distintas, de maneira que sobre cada um delles possa ter lugar, sem o menor equívoco ou amphibologia, a resposta.

⁷⁵² Art. 255. A notificação do réo, para responder na mesma sessão, será feita tres dias pelo menos antes do encerramento della, e será acompanhada da cópia do libello, da dos documentos, e do rol das testemunhas.

Criminal⁷⁵³, que determina o recolhimento dos jurados a sós e a portas fechadas, para evitar sugestões ou influências. Por fim, ainda se pode referir ao Recurso de Revista CCCXXXII (MAFRA, v.3, p.353) julgado em 14 de julho de 1866, no qual a nulidade manifesta foi reconhecida, por maioria, pelo fato de que as respostas dos jurados aos quesitos do juiz foram feitas pelo próprio presidente, contrariamente do que estabelece o art. 377 do Regulamento de 1842⁷⁵⁴, bem como não teria havido escrutínio secreto para nomear presidente e secretário, o que também se depararia com as normas aplicáveis à espécie.

Por fim, é de se fazer referência à decisão proferida no Recurso de Revista CLXXXVI (MAFRA, v.3, p.29-34) julgado por maioria, em 15 de maio de 1861 em favor de Carlos Theodoro de Souza Fortes, em ação que contra ele fora proposta por José Bento de Sá Fortes. Houve reconhecimento de nulidade manifesta no caso em apreço em virtude do fato de ter o escrivão verificado o número de cédulas, o que ofenderia o art. 238⁷⁵⁵ do Código de Processo Criminal. Dos outros argumentos, dentre os quais, a quebra da incomunicabilidade entre os jurados, é de se analisar que também foi acolhida pelo STJ a nulidade arguida pela defesa consistente na incompetência dos novos jurados sorteados para sessão adiada, em virtude do não comparecimento do juiz de direito na sessão originalmente designada. A frequência com que o tema da incompetência acaba sendo abordado para fundamentar a concessão das revistas pela nulidade manifesta nos casos criminais aqui apresentados faz com que seja imprescindível verticalizarmos essa temática em tópico específico.

⁷⁵³ Art. 333. A conferencia do Jury, em sua sala particular, é secreta. Dous Officiaes de Justiça por ordem do Juiz de Direito serão postados á porta della, para não consentirem, que saia algum Jurado, ou que alguém entre, ou se communique por qualquer maneira com os Jurados, pena de serem punidos como desobedientes.

⁷⁵⁴ Quando todos tiverem votado, o Presidente tomará o escrutínio, e verificada a votação pelo Conselho, conforme o resultado della, mandará escrever pelo Secretario a resposta, por huma das maneiras seguintes: [...].

⁷⁵⁵ Art. 238. No dia assignado, achando-se presentes o Juiz de Direito, Escrivão, Jurados, o Promotor nos crimes, em que deve accusar, e a parte accusadora, havendo-a; principiará a sessão pelo toque da campainha. Em seguida, o Juiz de Direito abrirá a urna das sessenta cedulas, e verificando publicamente, que se acham todas, as recolherá outra vez; feita logo pelo Escrivão a chamada dos Jurados, e achando-se completo o numero legal, observando-se o disposto nos arts. 313, e 315, mandará o mesmo Juiz extrahir da urna por um menino, vinte e tres cedulas. As pessoas que ellas designarem, formarão o primeiro Conselho de Jurados, que será interinamente presidido pelo primeiro, que tiver sahido á sorte.

4.4.3 A "nulidade manifesta" no caso de julgamento por juízo incompetente

Estabelecidos os principais contornos da utilização, por parte do STJ na época pesquisada, dos erros procedimentais relacionados ao julgamento pelo júri como fundamento para a concessão de recursos de revista baseados na nulidade manifesta, é de se analisar no presente item os julgados que concluíam o mesmo das situações em que se reconhecia a incompetência do juízo. Além do precedente acima invocado, encontram-se com diversos outros julgados no universo pesquisado para os fins da presente tese.

Por exemplo, em 22 de agosto de 1848, o STJ julgou o Recurso de Revista XXIX (MAFRA, v.2, p.51-52) interposto por Luiz Antonio de Seixas em face de Antonio da Silva Castro. Não obstante o fato de ter havido um voto dissonante que julgava válido o processo, todos os demais ministros integrantes daquele quórum reconheceram haver nulidade manifesta na hipótese tratada, segundo a qual, competente para julgar o crime de injúria praticado pela imprensa seria o tribunal de jurados e não o chefe de polícia, como acabou ocorrendo no caso. Explicava o acórdão que, por menor que fosse a pena correspondente (crimes os quais atrairiam a competência do chefe de polícia), o crime era regido por lei especial (a de 26 de outubro de 1831). Interessante notar que o fundamento jurídico utilizado para a utilização do princípio da especialidade se lastreava, no acórdão, em norma do reino português, qual seja, o Decreto de 06 de julho de 1693.

Também se reconheceu a nulidade manifesta em virtude da incompetência do juízo no julgamento levado a cabo em 07 de dezembro de 1859 no Recurso de Revista CLXII (MAFRA, v.2, p.362-367) interposto por José Giacomo Guidice. Apesar de um voto vencido, deliberou o STJ por acolher a arguição da defesa no sentido de que, ao contrário do que teria ocorrido na hipótese lá debatida, o juiz de direito só poderia formar culpa e julgar crimes de responsabilidade dos empregados públicos. Como se vê do acórdão, "Ora, não sendo o recorrente – empregado público –, e não podendo portanto em sua qualidade individual praticar crime algum de – responsabilidade –, é evidente que de nenhum modo podia ser desafortado para ser processado e julgado em um juízo de exceção".

Além desses dois casos não unânimes, houve também debate entre os ministros no Recurso de Revista CCLXC interposto por Manoel Antonio Rodrigues (MAFRA, v.3, p.262-264), julgado em 29 de julho de 1865, no qual a maioria deixou de ser acompanhada por quatro dos ministros. O que ocorreu no caso em apreço e que suscitou a declaração da nulidade manifesta disse respeito à ilegalidade no procedimento de, após ter sido sorteado um primo de jurado cujo nome já havia sido sorteado, procedeu-se a novo sorteio de jurado que veio efetivamente a compor o júri. Mas como o júri deveria ser composto pelos primeiros 12 sorteados que não tenham sido recusados e que tampouco estivessem impedidos e como o art. 277⁷⁵⁶ do código processual, ao falar do parentesco, não mencionava o caso dos primos, tem-se que o jurado posteriormente sorteado era incompetente, com o que eivou-se de nulidade o processo.

Sobre o tema, também se pode aqui fazer referência aos casos que foram julgados de forma unânime. Tem-se, com tais características, o Recurso de Revista CCXLV (MAFRA, v.3, p.164-165) julgado em 19 de agosto de 1863 em favor do inspetor de quartirão Francisco Santa Rita. No caso, teria havido ofensa ao art. 25 da Lei de 1841⁷⁵⁷ que redundou em nulidade manifesta, visto que, após pronúncia pelo delegado de polícia, já não tinha esta jurisdição para julgar o recorrente definitivamente, e sim o juiz de direito. E também o Recurso de Revista CCCVII (MAFRA, v.3, p.302-303) julgado em 15 de novembro de 1865, no qual a defesa de Manoel da Silva Tavares houve por bem em demonstrar que, como a conduta havia sido equivocadamente tipificada, teria havido a consequente incompetência do juiz que lhe julgou, já que deveria ter sido julgado pelo júri.

Por fim, no que diz respeito a esse item, têm-se os Recursos de Revista XVIII (MAFRA, v.2, p.33), cujo julgamento ocorreu em 24 de outubro de 1843, e XXI (MAFRA, v.2, p.37-38), o qual ocorreu em 3 de novembro de 1843. Foram ambos providos porque o juiz natural para processar e julgar os recursos oriundos de pronúncia de juiz de paz à época da interposição dos recursos respectivos era o juiz

⁷⁵⁶ Art. 277. São inibidos de servir no mesmo Conselho ascendentes, e seus descendentes, sogro, e genro, irmãos, e cunhados, durante o cunhadio.

⁷⁵⁷ Art. 25. Aos Juizes de Direito das Comarcas, além das attribuições que tem pelo Codigo do Processo Criminal compete: 1.º Formar culpa aos Empregados Publicos não privilegiados nos crimes de responsabilidade.

de direito, e não a Relação, que passaria a ser competente somente com a entrada em vigor da Reforma de dezembro de 1841, razão pela qual, ambas foram consideradas manifestamente nulas.

4.4.4 A "nulidade manifesta" da ausência dos requisitos formais da queixa e do equívoco na decretação da revelia

Ainda que se depare com menor número de precedentes do que os temas tratados nos itens acima, é de se fazer referência a duas questões cuja temática também fundamentava à época a concessão de recursos de revista criminais lastreados na nulidade manifesta. Tratam-se eles das questões ligadas à desatenção aos requisitos formais para a propositura da queixa, e toda uma série de equívocos relacionados à decretação da revelia.

Dos precedentes consultados, pelo menos três albergam a temática relativa à queixa, sempre anulando os autos e os remetendo à Relação revisora. É o que restou consignado do Recurso de Revista LVI (MAFRA, v.2, p.114-118) julgado em 14 de setembro de 1849, cuja inicial não contava com as assinaturas dos queixosos na forma estabelecida pelo art. 12 do Código do Processo Criminal⁷⁵⁸ e ainda por ter sido proposta a queixa por procurador sem prévia licença do juiz, exigível no caso, em virtude do impedimento do queixoso, o que acarretou afronta ao art. 92 da Lei de dezembro de 184⁷⁵⁹, assim favorecendo o recorrente, José Fernandes da Silva, em detrimento do recorrido, José Soares Ferreira e outros.

Por seu turno, o Recurso de Revista CLXXXII (MAFRA, v.3, p.5-7), deliberou na data de 20 de março de 1861, em favor de Manoel Dias Ribeiro de Almeida no sentido de haver nulidade manifesta consistente na ofensa ao art. 79, par. 3o do

⁷⁵⁸ Art. 152. A queixa, ou denuncia só se admitirá por escripto, e deve conter: 1.º a assignatura do queixoso, ou denunciante, reconhecida por Tabellião, ou Escrivão do Juizo, ou por duas testemunhas; 2.º os documentos, ou justificação, que façam acreditar a existencia do delicto, ou uma declaração concludente da impossibilidade de apresentar alguma destas provas.

⁷⁵⁹ Art. 92. A denuncia, queixa, e accusação poderão ser feitas por Procurador, precedendo licença do Juiz, quando o autor tiver impedimento que o prive de comparecer.

Código do Processo Criminal⁷⁶⁰, tornando inepta a queixa. Para além das questões formais da propositura da ação penal, foram também acolhidas as teses relacionadas à nulidades procedimentais, quais sejam, ofensa ao art. 142 do Código do Processo Criminal⁷⁶¹ e ausência de quesito, no momento do julgamento pelo tribunal do júri, relativo à cumplicidade, o que afrontaria ainda o art. 5.º do Código Criminal⁷⁶².

Ainda sobre o tema, digno de nota é o Recurso de Revista CLXVII (MAFRA, v.2, p.379-381) julgado em 07 de julho de 1860, tendo como recorrente Domingos Anselmo Fontanelli e como recorrido Manoel Joaquim dos Santos. É que, uma vez mais, e a título de enfrentar o debate jurídico que lhe foi proposto, adentra o STJ nos meandros fáticos para deliberar o tema. Aqui, para declarar a nulidade manifesta em virtude da inépcia da queixa pela ausência de descrição de fato criminoso, nos termos do par. 1.º do art. 79 do Código do Processo Criminal⁷⁶³, assevera que o furto de uma vaca teria sido subsumido da venda de seu couro, sobre só o que se perguntou às testemunhas. Em termos práticos, mais do que analisar o material probatório, o STJ realiza nesse caso verdadeiro exame do mérito, tanto quanto julga que tipo de perguntas foram dirigidas às testemunhas, como analisa o libelo, que, ao seu ver, também padeceria do mesmo problema, ou seja, jamais se debateu o furto.

A bem da verdade, há aspecto procedimental que também foi levantado pela defesa e acolhido no acórdão. Contudo, complementar em relação às teses antes esposadas: trata-se do fato de que nenhum dos quesitos, no momento do julgamento pelo tribunal do júri trouxe a expressão "para si", o que desde logo tornaria atípica a conduta imputada ao recorrente. Por fim, ainda foi debatida outra questão formal, que pela recorrência com que foi levada ao STJ, propiciou a nulidade não só dessa, mas de outros processos penais, como o referente ao Recurso de Revista CCI

⁷⁶⁰ Art. 79. A queixa, ou denuncia deve conter:

§ 1.º O facto criminoso com todas as suas circunstancias.

§ 2.º O valor provavel do damno soffrido.

§ 3.º O nome do delinquente, ou os signaes caracteristicos, se fôr desconhecido. [...]

⁷⁶¹ Art. 142. Estando o delinquente preso, ou afiançado, ou residindo no Districto, de maneira que possa ser conduzido á presença do Juiz, assistirá á inquirição das testemunhas, em cujo acto poderá ser interrogado pelo Juiz, e contestar as testemunhas sem as interromper.

⁷⁶² Art. 5.º São criminosos, como complices, todos os mais, que directamente concorrerem para se commetter crimes.

⁷⁶³ Ver nota 760.

(MAFRA, v.3, p.73-76) julgado em 19 de março de 1862 e ainda o processo penal que ascendeu à instância suprema por meio do Recurso de Revista CLVIII (MAFRA, v.2, p.347-350) julgado em 28 de setembro de 1859. Todos tiveram como questão comum o fato de que, em seus respectivos acórdãos recorridos, interveio como juiz o desembargador Lourenço Santiago, que é irmão do desembargador Caetano José da Silva Santiago, que oficiou como promotor de justiça, o que é vedado pela lei.⁷⁶⁴

Como acima anunciado, outro tema cuja recorrência nos faz citar como sendo um dos principais fundamentos para a decretação de nulidade manifesta, apta a ensejar a concessão, pelo Supremo Tribunal, de Revista criminal no período estudado, dizia respeito às equivocadas decretações de revelia. Tem-se ao menos dois precedentes nesse sentido nos acórdãos pesquisados, quais sejam, o Recurso de Revista CLXXII (MAFRA, v.2, p.393-394) julgado em 29 de setembro de 1860, cujos recorrentes foram Julião José Luiz e Protasio Antonio da Costa e o de número CCCXXII (MAFRA, v.3, p.333-334) julgado em 02 de maio de 1866, interposto por Polycarpo José de Castro. O tema, quer parecer, suscitou dissenso na Corte, visto que ambos os acórdãos foram deliberados por maioria (quatro vencidos naquele, e três neste). Infelizmente, de novo, o resumo da posição de cada um dos ministros integrantes do quórum só faz menção àqueles que ficaram vencidos, sem qualquer explanação sobre as razões jurídicas da divergência. Ao menos aqui se pode inferir que, como o tema era único, a discordância se deu em relação à tese central de ambos: a revelia, nos casos, fora decretada sem que se tivesse efetivado todas as diligências cabíveis para se encontrar os acusados, o que, mesmo no caso de crimes afiançáveis, deveria ocorrer, por força do art. 240 do Código do Processo Criminal.⁷⁶⁵

⁷⁶⁴ Não seria demais citar um aspecto relativo à fundamentação normativa dessa última nulidade com a qual se depara no Recurso de Revista CCI, de cujo acórdão se extrai o seguinte excerto: "[...] é evidente que não podião intervir, como intevierão no processo os dous desembargadores sobreditos, porque o veda mui positivamente a Ord., liv. 1.º, tit. 48, par. 29".

⁷⁶⁵ Art. 240. Immediatamente o Escrivão fará a chamada de todos os réos presos, dos que se livram soltos, ou afiançados, dos acusadores, ou autores, e das testemunhas, que constar terem sido notificadas para comparecerem naquella sessão.

4.5 AS DECISÕES CONSIDERADAS COMO "INJUSTAS E NULAS" PELO STJ

4.5.1 "Injustiça e nulidade" apreciadas separadamente

A jurisprudência criminal do STJ comporta mais uma análise que diz respeito às várias decisões que utilizavam ambos os critérios para conceder os recursos de revista interpostos. A bem da verdade, é de se referir ao fato de que, dentre os precedentes pesquisados, verifica-se que dois utilizam ambos os termos, mas separando as razões que fizeram com que se apontasse a existência tanto de um fundamento quanto de outro, os quais devem ser referidos no ponto.

Trata-se, em primeiro lugar, do Recurso de Revista CXVIII interposto por José Pinto Barreto (MAFRA, v.2, p.241-242) julgado em 03 de dezembro de 1852, no qual se considerou haver nulidade manifesta pelo fato de não ter havido quesito formulado ao júri para analisar a questão específica da alienação mental e também injustiça notória, visto que a decisão do primeiro grau de jurisdição e mantida pela Relação fora proferida em desconformidade do que haviam decidido os jurados, ofendendo assim o art. 301 do Código processual.⁷⁶⁶

É também o caso do Recurso de Revista CCLXIV (MAFRA, v.3, p.205-207) julgado em 06 de setembro de 1864 cuja decisão concessiva beneficiou Antonio Luiz, Luiz Augusto e Carlos Eustáquio da Costa em detrimento de José Luiz da Costa, que havia proposto a ação penal em face daqueles. Houve várias nulidades manifestas observadas pelo STJ no caso, dentre as quais, a falta de observação do procedimento por meio do qual o júri se manifestava sobre as atenuantes, em desconformidade ao art. 372 do Regulamento de 1842⁷⁶⁷, a contrariedade entre as

⁷⁶⁶ Art. 301. Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de appellação, para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas substanciaes do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuzer a pena declarada na Lei.

⁷⁶⁷ Para responder ao quesito do art. 94 da Lei de 03 de Dezembro de 1841, a saber: - Existem circunstancias attenuantes a favor do réo? – proceder-se-ha da seguinte maneira. O Presidente do Jury lerá o art. 18 do Código Criminal e depois proporá a votação – Se existem circunstancias attenuantes a favor do réo? – Se a resposta for negativa fará immediatamente escrever esta resposta – Não existem circunstancias attenuantes a favor do réo – Se porêm for

respostas aos quesitos que consignaram que o primeiro recorrente é mandante e outro dizendo que não há relação entre ele e os demais acusados, e ainda a ausência de notificação de testemunha necessária. Também foi abordada a injustiça notória de a pena ter sido fixada no grau médio, mesmo tendo o júri reconhecido a existência das circunstâncias atenuantes do art. 18, parágrafos 3.º e 4.º do mesmo código⁷⁶⁸, razão pela qual assentou o acórdão, "segundo a boa doutrina e as regras de direito, só poderia ser imposta a pena no grau mínimo, na conformidade dos arts. 15 e 63 do Código Criminal⁷⁶⁹".

Não obstante esse detalhamento das razões pelas quais há tanto um quanto outro fundamento nos dois acórdãos acima citados, o fato é que todos os demais precedentes não realizaram essa separação, simplesmente asseverando que o fundamento era injustiça notória e nulidade manifesta, sem maiores preocupações com a técnica jurídica exigível, e tampouco com os contornos que a jurisprudência, como se verificou nos itens anteriores, emprestava a cada um dos conceitos.

A discussão que surge da análise desses precedentes diz respeito a essa falta de técnica das decisões do STJ à época: a alusão aos dois conceitos tinha relação com diferentes conteúdos aos quais efetivamente se ajustariam tanto à noção de injustiça notória quanto à de nulidade manifesta, mas sem que o STJ fizesse essa pormenorização? Ou os termos eram utilizados indiscriminadamente pelos membros da Corte, sem qualquer preocupação acerca dos limites semânticos de um ou de outro?

afirmativa, não a fará escrever, mas irá pondo á v otação a existência de cada huma das circunstancias que aquelle Artigo menciona, e quando se decidir que existe alguma fará escrever – existe a circunstancia attenuante de (por exemplo) não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar. – E assim a respeito das demais.

⁷⁶⁸ Art. 18. São circunstancias attenuantes dos crimes:

[...] 3.º Ter o delinquente commettido o crime em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos; em defeza de sua familia, ou de um terceiro.

4.º Ter o delinquente commettido o crime em desaffronta de alguma injuria, ou deshonra, que lhe fosse feita, ou á seus ascendentes, descendentes, conjuge, ou irmãos. [...]

⁷⁶⁹ Art. 15. As circunstancias aggravantes, e attenuantes dos crimes influirão na aggravação, ou attenuação das penas, com que hão de ser punidos dentro dos limites prescriptos na Lei Art. 63. Quando este Código não impõe pena determinada, fixando sómente o maximo, e o minimo, considerar-se-hão tres grãos nos crimes, com attenção ás suas circunstancias aggravantes, ou attenuantes, sendo maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maximo da pena; o minimo o da menor gravidade, á que se imporá a pena minima; o médio, o que fica entre o maximo, e o minimo, á que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados.

A resposta às duas indagações pode ser melhor debatida nos subitens abaixo, mas desde logo pode-se lançar suas bases: os termos eram utilizados indiscriminadamente tanto para classificar uma injustiça notória como injustiça e nulidade quanto para também fazer o mesmo com a nulidade manifesta. É do que se trata nos itens 4.5.2 e 4.5.3 abaixo. E, ainda, tem-se a alusão a ambos os conceitos, existindo na decisão recorrida temas que se encaixariam em cada um dos fundamentos, mas sem que houvesse, por parte do STJ, qualquer separação no corpo do acórdão exarado no caso concreto. Disso se tratará no item 4.5.4, tratado logo após esses dois primeiros.

4.5.2 "Injustiça e nulidade" na hipótese de nulidade manifesta

Uma comparação entre os acórdãos que utilizam a técnica de abordar ambos os fundamentos, e os critérios de definição de cada um deles – conforme pudemos construir nos itens precedentes –, vai fazer com que nos deparemos com um uso equivocado e indiscriminado dos conceitos, visto que os temas tratados se ajustariam apropriadamente a somente uma das hipóteses. Em outras palavras, têm-se nulidades manifestas e injustiças notórias sendo classificadas pelo STJ, no momento da apreciação e concessão da Revista como sendo "injustiça e nulidade".

No presente item pretende-se demonstrar, mediante a indispensável alusão às fontes pesquisadas que se enquadram nesses pressupostos, os casos em que não obstante terem se constituído em nulidades manifestas foram entendidos pelo STJ como sendo "injustiça e nulidade".

É o que se depreende do Recurso de Revista CLIII (MAFRA, v.2, p.328-332) julgado em 03 de setembro de 1859, interposto por João Adrião Chaves em face de D. Luiza Maria Angela de Brito. Independentemente dos quatro votos vencidos, cujos argumentos, como já explicado, não nos são acessíveis, vislumbrou o STJ, no caso em apreço, ofensa ao art. 254⁷⁷⁰ do Código do processo. Tal artigo determinava o

⁷⁷⁰ Art. 254. Declarando o primeiro Conselho de Jurados, que ha materia para accusação, o accusador offerecerá em Juizo o seu libello accusatorio dentro de vinte e quatro horas, e o Juiz de Direito mandará notificar o accusado, para comparecer na mesma sessão de Jurados, ou na proxima seguinte, quando na presente não seja possivel ultimar-se a accusação.

prazo de 24 horas para a acusação oferecer o libelo acusatório, e apesar de ter sido ofertado intempestivamente no caso em apreço, mesmo assim, foi admitido. Outra discussão, como aduziu o acórdão em debate,

[...] não menos essencial é a que resulta da formulação do primeiro quesito, feito aos jurados a respeito da tentativa de morte englobada e confusamente, sem separarem-se os factos por meio de proposições simples e bem distintas, de maneira que os juizes, sem equívoco e sabendo perfeitamente o que se lhes propunha; pudessem dar suas respostas claras e não ignorando o que devessem responder [...],

tudo o que ofenderia os arts. 58, 59 e seguintes da Lei de 03 de dezembro de 1841.⁷⁷¹ O terceiro ponto ali abordado foi o fato de que o juiz não era competente para condenar o recorrente no valor do dano causado ao ofendido, por força do art. 68 da mesma lei⁷⁷² que revogara o art. 31 do Código Criminal no ponto, ademais como ocorrera no caso em apreço, visto que, mesmo se competência ainda tivesse o juiz – o que ocorria antes da reforma –, deveria também ter havido quesitação específica sobre o ponto, o que tampouco existiu no caso concreto.

Do que se verifica dos pontos abordados pelo acórdão, tem-se que todos eles se subsumiriam à hipótese de nulidade manifesta, uma vez que os temas giraram em torno de erros procedimentais relativos ao julgamento perante o tribunal do júri e à incompetência do juízo, que, como visto anteriormente, eram critérios, segundo a jurisprudência, que fundamentariam a concessão de revista pela nulidade manifesta. Não ressaltando do acórdão qualquer tema que pudesse se enquadrar nos pressupostos da injustiça notória, e sendo a jurisprudência tão clara no ponto que as questões ali agitadas eram nulidades, não se compreende a adoção, por parte do STJ, de ambas os fundamentos para escorar a decisão tomada.

⁷⁷¹ Art. 58. O Juiz de Direito, depois que tiver resumido a materia da accusação e defesa, proporá aos Jurados, sorteados para a decisão da causa, as questões de facto necessarias para poder elle fazer a applicação do Direito.

Art. 59. A primeira questão será de conformidade com o libello; assim o Juiz de Direito a proporá nos seguintes termos: - O réo praticou o facto (referindo-se ao libello) com tal e tal circumstancia?

⁷⁷² Art. 68. A indemnisação em todos os casos será pedida por acção civel, ficando revogado o art. 31 do Codigo Criminal, e o § 5.º do art. 269 do Codigo do Processo. Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

Contudo, a hipótese de se tratar de um erro técnico-jurídico resta afastada pela frequência com que se depara com essa solução em outros precedentes. É que quando um erro ocorre somente uma vez, tem-se um equívoco técnico-jurídico. Quando repetidamente cometido, especialmente se o é pelo órgão de cúpula do judiciário, torna-se o "entendimento sobre o tema". E diversos outros acórdãos, "errando nesse sentido", também foram encontrados em nossa pesquisa, como o que resultou do julgamento do Recurso de Revista CCXVII (MAFRA, v.3, p.134), de 28 de março de 1863. Nesse recurso interposto pelo Padre Joaquim Leite de Araújo em face da Justiça pública, foi concedida a revista pelo fato de que houvera contrariedade ao art. 402 do Regulamento de Janeiro de 1842, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, o que se constituiria em nulidade manifesta tão somente.

Há também que se fazer alusão ao Recurso de Revista CCLXXIX interposto por Custódio José Dias em face de Pedro José Correia (MAFRA, v.3, p.239-240) de 18 de março de 1865. Em seu respectivo acórdão restou consignado que o início do prazo para interposição da apelação corre não da notícia da sentença, como no processo civil, mas da notificação pessoal, devendo o recurso interposto contra a decisão de 1.º grau ser conhecido, ademais, por não se poder confundir a intimação da sentença com a intimação do mandado de prisão. Novamente no caso, tem-se uma nulidade manifesta que, não obstante o entendimento jurisprudencial do próprio STJ, fora classificada como sendo "injustiça e nulidade".

Podem ainda ser referidos os seguintes precedentes: o Recurso de Revista CCXCIX (MAFRA, v.3, p.282-283, de 20 de setembro de 1865, interposto por João de Sequeira Ferrão em face de Luiz Gonzaga dos Santos) no qual entendeu o STJ ter havido usurpação da jurisdição comercial, nos termos da legislação respectiva, visto que as questões que propiciaram a abertura do caso deveriam ter tramitado naquele juízo, e não no criminal. O Recurso de Revista CCLXXV julgado em 14 de dezembro de 1864 (MAFRA, v.3, p.232-234), que interposto por Tiburcio Valeriano Baptista em face de Elias Carvalho e Silva fez com que o STJ: i) reconhecesse como questão prejudicial no crime de contrabando, a prévia exigibilidade do tributo devido; ii) a necessidade de as leis locais citadas serem comprovadas por meio de cópia autenticada; e iii) a circunstância de não ter havido notificação para a defesa produzir sua defesa perante a instância superior. Por fim, tem-se ainda o Recurso de Revista CCXXXVI (MAFRA, v.3, p.149-151) julgado em 23 de maio de 1863, cuja

nulidade foi reconhecida pelo STJ em virtude do acolhimento da arguição de que teria havido ilegalidade na formulação e propositura dos quesitos, eis que, após a deliberação do júri no sentido de haver atenuante, a existência desse fato foi novamente indagada aos jurados, ao invés de serem eles perguntados acerca de qual era a atenuante. O mesmo teria ocorrido em relação à questão da participação ou cumplicidade: ao invés de se ater aos fatos, os quesitos foram formulados juridicamente, procedimento vedado segundo a lei processual vigente à época, como já analisado.

4.5.3 "Injustiça e nulidade" na hipótese de injustiça notória

A outra face da moeda se relaciona aos recursos de revista que, concedidos por "injustiça e nulidade", diziam respeito tão somente àquilo que a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal vinha definindo como sendo injustiça notória. Vários são os precedentes nesse sentido, nos quais, para a concessão da revista, foram analisadas questões fático-probatórias como a inexistência de provas suficientes ou o equívoco relacionado à tipificação do fato.

Tem-se como exemplo do tema referente à inexistência de suficientes provas o Recurso de Revista CLXXVIII (MAFRA, v.2, p.406-410) julgado em 12 de dezembro de 1860. Nesse recurso interposto por Paulino Berruti em face dos administradores da massa falida Cesar Boutet, entendeu o STJ, não sem a manifestação de dois votos vencidos, que a exigível mancomunação entre recorrente e falido para restar configurada a quebra fraudulenta não restou comprovada nos termos do art. 803 do Código do Comercio.⁷⁷³ E ainda no mesmo sentido tem-se o Recurso de Revista

⁷⁷³ Art. 803 - São cúmplices de quebra fraudulenta:

- 1 - Os que por qualquer modo se mancomunarem com o falido para fraudar os credores, e os que o auxiliarem para ocultar ou desviar bens, seja qual for a sua espécie, quer antes quer depois da falência;
- 2 - Os que ocultarem ou recusarem aos administradores a entrega dos bens, créditos ou títulos quem tenham do falido;
- 3 - Os que depois de publicada a declaração do falimento admitirem cessão ou endossos do falido, ou com ele celebrarem algum contrato ou transação;
- 4 - Os credores legítimos que fizerem concertos com o falido em prejuízo da massa;
- 5 - Os corretores que intervierem em qualquer operação mercantil do falido depois de declarada a quebra.

CCCXI (MAFRA, v.3, p.309-312) de 17 de fevereiro de 1866, no qual apesar dos três votos vencidos, e do não provimento do recurso em relação aos demais recorrentes, foi concedida a revista para Feliciano Dias Valladão, por meio do que se reconheceram a nulidade e a injustiça

porquanto o facto isolado que se verificou de ter elle comprado a photographia com que se occultava o crime que se tentou, não justifica a pena que se lhe impôz de fabricar ou concorrer directamente para o fabrico de papel de credito que se receba nas estações publicas como moeda; [...].

Também explicava o acórdão que "[...] para ser o réo considerado como autor ou complice d'este crime, seria necessário que elle soubesse, quando fez a compra, que os objectos que comprava tinham de ser empregados na execução, que se projetava do mesmo crime; [...]".

Já a questão vinculada aos equívocos da tipificação dos fatos sob julgamento e que, à luz do já demonstrado, deveria ter recebido o tratamento jurídico de injustiça notória pelo STJ, também está compreendida em alguns dos acórdãos que fundamentaram a concessão da revista sob o argumento da "injustiça e nulidade". Do Recurso de Revista CCXXVI (MAFRA, v.3, p.132-133) julgado em 28 de março de 1863, depara-se novamente com o tema da inaplicabilidade da Lei de 1835 porque os fatos se subsumiam à hipótese do cometimento do crime de homicídio simples, e não àqueles previstos na lei especial. E por fim, o Recurso de Revista CCXLIX (MAFRA, v.3, p.178-179) julgado em 21 de outubro de 1863, por seu turno, trata da hipótese em que os fatos narrados no debate da causa não se enquadrariam no tipo penal do art. 167 do Código Criminal⁷⁷⁴, que previa o crime de falsidade, e pelo qual acabou sendo condenado.

⁷⁷⁴ Art. 167. Fabricar qualquer escriptura, papel, ou assignatura falsa, em que não tiver convindo a pessoa, a quem se attribuir, ou de que ella ficar em plena ignorancia.
Fazer em uma escriptura, ou papel verdadeiro, alguma alteração, da qual resulte a do seu sentido.
Supprimir qualquer escriptura ou papel verdadeiro.
Usar de escriptura, ou papel falso, ou falsificado, como se fosse verdadeiro, sabendo que o não é.
Concorrer para a falsidade, ou como testemunha, ou por outro qualquer modo.
Penas - de prisão com trabalho por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do damno causado, ou que se poderia causar.

4.5.4 "Injustiça e nulidade" tratadas conjuntamente

O último viés de análise das decisões que utilizam como fundamento da concessão dos recursos de revista criminal, o argumento da "injustiça e da nulidade" tratados conjuntamente, diz respeito às hipóteses nas quais verifica-se na decisão recorrida questões fáticas e jurídicas que suscitariam, isoladamente, a invocação de ambos os argumentos, ou seja, injustiça notória e nulidade manifesta. Mas, ao contrário do que se visualizou no item 4.1. acima, aqui serão estudados os acórdãos em que, não obstante isso tenha ocorrido, não houve separação entre o que dizia respeito à nulidade, e o que era relacionado à injustiça, ainda que isso fosse tecnicamente viável.

Tome-se como primeiro exemplo o Recurso interposto por Pedro Pinheiro de Oliveira de número CLIX (MAFRA, v.2, p.351-353) julgado em 08 de outubro de 1859, no qual foi concedida a revista por não ter sido reconhecida a evidente continuidade delitiva e via de consequência ter sido aplicada ao caso concreto pena absolutamente desproporcional. Também entendeu o STJ que a provocação do ofendido, apesar de ter sido visualizada como agravante nas instâncias inferiores, deveria ter sido compreendida como atenuante. Por fim, escudou-se o julgamento no fato de que não teriam sido observadas as formalidades para se indagar acerca da atenuante da embriaguez.

Do que se debateu até o momento, as questões relativas à aplicação da pena (como é o caso da incidência ou não do crime continuado, a ficção jurídica pela qual se entende como crime único, com pena majorada, uma série de crimes que compartilhem entre si elementos como circunstâncias de lugar, modo de ação, autoria, entre outros) deveriam ser entendidas como injustiça notória. Também ficou esclarecido que há suficiente consenso jurisprudencial que nos habilite a sustentar que ilegalidade da decisão e formalidades relativas à quesitação deveriam ser compreendidas como nulidade manifesta. Assim, verifica-se que, ao contrário das decisões referidas nos itens precedentes, nas quais, apesar de haver referência ao critério duplice (injustiça e nulidade) somente havia a presença efetiva de uma das hipóteses, aqui tem-se a presença de ambos os critérios, ainda que não tenha havido o delineamento por parte do acórdão de quais argumentos justificariam cada um deles.

Há outros precedentes que caminham no mesmo sentido. É o que se percebe da leitura do Recurso de Revista CCCXXXIX (MAFRA, v.3, p.367-370) de 22 de agosto de 1866. Nele, Emygdio Ferreira da Silva viu acolhida sua pretensão, não obstante os quatro votos vencidos, de cassar a decisão de segundo grau em razão de temas referentes à nulidade (como o fato de o 1.º quesito não ter se revestido das circunstâncias de tempo e lugar, indispensáveis para elucidação dos fatos que ali eram julgados) e à injustiça visto que entendeu o STJ que: i) não se poderia entender como agravante o fato de ter sido usado instrumento de castigo, visto se tratar de relação de senhor com seu escravo: ii) duas atenuantes anulariam as agravantes e pena deveria ser fixada no mínimo, e ainda que iii) teria havido erro quanto à tipificação.

4.6 DECISÕES LIBERAIS NA CÚPULA DE UM JUDICIÁRIO CLIENTELISTA

4.6.1 O liberalismo das decisões criminais proferidas pelo STJ entre 1841 e 1871

Para que estejamos autorizados a realizar qualquer digressão sobre a presença ou a ausência do liberalismo na análise das características de qualquer instituição do séc. XIX, é fundamental que tenhamos como referencial o significado que tal vocábulo recebia àquela época. Tais foram os objetivos do capítulo 1, dos quais pudemos recolher algumas conclusões, que neste ponto podem ser retomadas. Dentre elas, o fato de que a noção de liberdade estaria ligada à ordem e que o conceito de igualdade seria aquilo que em lei estivesse regulamentado.⁷⁷⁵ Além disso, também pudemos captar do entendimento acerca do liberalismo naquele momento histórico, que se evitavam os excessos dos revolucionários até mais do que se evitava o abuso dos reacionários, sendo o justo meio aquilo que condizia

⁷⁷⁵ NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lucía Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.) **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.89-90.

com os ideais do liberalismo burguês.⁷⁷⁶ Do quadro esboçado no capítulo inicial, não seria de todo equivocados apontarmos ainda para o fato de que liberal à época significava conformidade às leis e estabilidade do governo.⁷⁷⁷ De fato, pode-se concluir que a legalidade era respeitada, não porque a lei tivesse origem parlamentar, mas porque era expressão de uma vontade de comando, que estabelecia a ordem, que ultrapassava os interesses particulares⁷⁷⁸, por acaso, instituída pelo legislador.

Sendo liberal, à época pesquisada, sinônimo de ordem, de igualdade jurídica, do meio-termo, da conformidade às leis, da estabilidade do governo, a análise deve passar por esse filtro: as decisões do Supremo Tribunal pesquisadas se ajustaram a esses postulados, com o que poderíamos defini-las como sendo liberais, ou seus pressupostos seriam outros?

Há resposta trazida por Andrei Koerner à indagação, na qual ele aduz que, após a formatura, o estudo e o aprofundamento técnico dos magistrados eram exíguos, até mesmo porque sua ascensão na carreira antes de estar atrelada a padrões meritocráticos, estaria vinculada a bons padrinhos. De tal sorte, a feitura das decisões judiciais propriamente ditas levava em consideração

[...] instrumentos legais heterogêneos, fundados em princípios contraditórios e conceitos jurídicos confusos, indivíduos de diferentes categorias sociais, outras circunstâncias particulares da situação (mesmo não previstas na lei, e não presentes nos autos), e os efeitos políticos e sociais de sua decisão.

Para além disso, indica o autor a existência, à época, de uma encruzilhada política em cada sentença, fundada no tênue equilíbrio entre os seguintes fatores: a estabilidade da ordem política imperial, a fidelidade partidária, as lealdades provinciais e a própria eficácia da decisão que dependeria das estruturas locais. Tudo isso leva à negação pelo autor da prática judicial como sendo uma mera operação técnica de

⁷⁷⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: o processo de emancipação. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II. p.207.

⁷⁷⁷ SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis**: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834). São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009. p.37.

⁷⁷⁸ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p.09.

justaposição dos fatos trazidos aos autos, às regras fixas.⁷⁷⁹ Ou seja, as decisões judiciais da época não poderiam ser entendidas como liberais.

Não teríamos muita dúvida em afirmar que as análises do autor estão corretas, se orientadas para o Poder Judiciário de 1.^a instância, ou quando muito, para o segundo grau de jurisdição. A lógica que se expressa nas decisões acima analisadas do Supremo Tribunal era completamente distinta, até porque as razões que fariam com que no primeiro grau de jurisdição houvesse uma prestação jurisdicional tão pouco técnica, não estavam presentes na instância suprema.

Em primeiro lugar, os riscos de ineficácia da implementação da decisão seriam infinitamente maiores no primeiro grau de jurisdição. Não porque a autoridade da Corte Máxima fosse inconteste. Abaixo abordaremos o ambiente em que – arduamente – foi construída sua institucionalização. Mas porque o 1.^o grau dependia de autoridades locais pra fazer valer suas deliberações, ao passo que o acolhimento dos entendimentos do Supremo estaria a cargo dos Tribunais da Relação, cujos integrantes, além de integrarem a mesma carreira judicial, pretendiam ingressar no próprio Tribunal do qual emanara a decisão. Imaginamos assim que, antes de confronto ou de necessidade de articulação "junto às bases", como ocorria com a eficácia decisional do 1.^o grau, a lógica que regia a implementação das decisões do Supremo Tribunal seria a colaboração e a obediência hierárquica. Lealdades locais, a partir desse raciocínio, tampouco orientariam a atividade dos magistrados da cúpula.

Quanto às fidelidades partidárias, se seriam fundamentais para essa escalada ao topo, uma vez ele alcançado, passariam a ser menos importantes. Não eram raros os casos de ministros que após terem sido nomeados para a Corte, de lá só saíam com a aposentadoria, ou mesmo, só com seu falecimento.⁷⁸⁰ Assim, não seria arriscado afirmarmos que se alguns continuavam suas articulações políticas, outros tantos, se não a maioria, afastavam-se do jogo cotidiano por cargos e posições, e passavam a reger sua atuação por outros padrões. Padrões que, se não eram

⁷⁷⁹ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.62-63.

⁷⁸⁰ SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. Anexos, s/ pg.

concebidos exclusivamente através da justiça e da legalidade do caso concreto, por outro lado, não poderia deles completamente se afastar.

Sobre esse ponto, ainda que houvesse um certo dissenso acerca dos limites e padrões de interpretação tanto da "injustiça notória" quanto da "nulidade manifesta", como se viu tanto nos itens 4.2.1 e 4.3.1., isso estaria longe de ser manifestação de um desprestígio às leis por parte da Corte Suprema. Ambos os conceitos diziam respeito ao juízo de conhecimento do Recurso de Revista criminal interposto, ou seja, se seria ele apreciado ou não pela Corte. A forma como seria feita a apreciação do recurso propriamente dito, o que tecnicamente podemos definir como sendo o juízo de mérito, estaria atrelada a elementos completamente diversos, normalmente girando em torno das disposições processuais previstas no código do processo criminal ou requisitos para a criminalização concreta, previstos no código criminal, ou ainda, leis esparsas que tratavam de ambos os elementos. E, complete-se, quanto ao juízo de mérito, não se deparou com quaisquer decisões que tivessem feito interpretações incabíveis dessas normas. Ou que fizessem interpretações extensivas das hipóteses de criminalização. Ou que fizessem interpretações restritivas de benefícios legais. Ou que fizessem alusão a princípios para flexibilizar direitos. Ou que aplicassem direitos para aqueles que não seriam seus efetivos destinatários. Com nada disso nos deparamos nos acórdãos pesquisados.

Ao contrário, o que se pode destacar é que surpreende a forma extremamente rígida com que era tratada a positivação dos crimes e os aspectos formais das causas, decretando-se, sem parcimônia, todas as nulidades e injustiças que fossem detectáveis. Surpreendente porque, o formalismo legalista que então supostamente estaria ensaiando seus primeiros passos, guiados por um liberalismo que sequer a vestimenta do positivismo havia ainda vestido, seria àquela época ainda matizado pela própria formação teórico-jurídica dos membros do Supremo Tribunal, que pelo menos até a década de 1860 tinha na sua composição, de forma unânime, egressos da universidade de Coimbra⁷⁸¹, onde, então, estava em vigor um jusnaturalismo

⁷⁸¹ Segundo Simões Neto, os formados em Coimbra, até o final do período pesquisado, compõem 97,2% dos ministros nomeados. (SIMÕES NETO, Francisco Teotonio. **Os bacharéis na política – a política dos bacharéis**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade de São Paulo, Departamento de Ciências Sociais, São Paulo, 1983. p.501).

aberto à subversão da lei pelos princípios.⁷⁸² De fato, quando se vislumbra que a indicação ao Supremo do primeiro ministro graduado no Brasil, Antonio Simoens da Silva, só ocorreu em em 1861, e o segundo, Manoel de Jesus Valdetaro, quase no final daquela década, em 1867⁷⁸³, não se imagina que o apego ao formalismo legalista seria tão aguerrido. Ironicamente, parecem ser bem mais presentes do que na atualidade, quando, supostamente, ecos jusnaturalistas deveriam estar ainda mais distantes temporalmente.

Como visto, quando flexibilização da norma houve, não dizia ela respeito à tipificação de crimes, ou à formalidades exigíveis no trâmite processual. Ao contrário disso, era a flexibilização dos critérios que possibilitava ao Supremo Tribunal conhecer causas criminais nas quais os direitos teriam sido flexibilizados. Nesse sentido, tem-se, à luz dos conceitos da época, um efetivo liberalismo: deixar de conhecer os recursos acima analisados nos quais se poderia discutir o preenchimento dos requisitos da "injustiça notória" e da "nulidade manifesta", faria com que o tema de fundo não tivesse sido analisado pela Corte. E, conseqüentemente, isso teria como condão a manutenção de decisões de segunda instância, cujos postulados processuais ou materiais teriam sido ofensivos aos padrões hermenêutico-legais da época. Entre flexibilizar os dois critérios de conhecimento dos recursos cuja amplitude só dizia respeito à atuação do próprio Supremo e flexibilizar as normas penais e processuais que diriam respeito a todo o sistema penal do império, a escolha da Corte parece ter sido clara. O que, volta-se a afirmar, está longe de afrontar os padrões daquilo que se definiria como liberal à época. Pode-se, inclusive, diagnosticar o inverso: a flexibilização dos rigores formais para conhecer causas que de outra forma não teriam tido ascensão ao Supremo faz com que se deva considerar a cúpula do Judiciário como defensora ainda mais ferrenha do liberalismo.

A partir dessa visualização, o diagnóstico realizado por Koerner não se aplicaria à cúpula do Judiciário, especialmente quando, em outra passagem da mesma obra, assevera que

⁷⁸² HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p.06.

⁷⁸³ SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. Anexos, s/ pg.

Mesmo no exercício das suas funções judiciais, a ação dos magistrados não consistia na aplicação de normas legais genericamente estatuídas. A atividade judicial dos magistrados do império distancia-se dessa imagem, em razão de diversos fatores, institucionais, técnico-jurídicos e especialmente os sociais [...].⁷⁸⁴

Ademais, algum resquício da organização judiciária do período colonial ainda se fazia presente àquela época, como o fato de que o comportamento clientelista se tornava mais frequente à medida que se desciam os escalões administrativos, segundo nos relata Schwartz.⁷⁸⁵

Cabalmente ilustrativa disso é a interpretação que realizava o Supremo sobre alguns temas penais e processuais penais. Nesse diapasão, não se pode deixar de destacar a absoluta intolerância da Corte para com condenações lastreadas em provas exíguas, como visto nos precedentes citados no item 4.2.1. acima.⁷⁸⁶ Ora fundados na ofensa ao art. 36 do Código Criminal do império⁷⁸⁷, ora sem qualquer referência legal que em tese pudesse autorizar a intervenção da instância rara, o fato é que se trata de uma das manifestações do liberalismo jurisprudencial daquela Corte.

Outra das manifestações dessa característica no âmbito da jurisdição criminal do Supremo Tribunal tem-se na revisão de decisões que haviam privado a parte de recursos aos quais ela legalmente poderia se socorrer. Os precedentes nesse sentido foram citados no item 4.2.2. acima.⁷⁸⁸ Os equívocos nas tipificações

⁷⁸⁴ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.35.

⁷⁸⁵ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.21.

⁷⁸⁶ Como o Recurso de Revista XLVI (MAFRA, v.2, p.88-89), julgado em 27 de abril de 1849, o Recurso de Revista XLVII (MAFRA, v.2, p.89-91) julgado em 30 de abril de 1849, o Recurso de Revista CLXXXI (MAFRA, v.3, p.4-5) julgado em 20 de fevereiro de 1861, o Recurso de Revista CCLXXXIX (MAFRA, v.3, p.260-262) julgado em 19 de julho de 1865, e o Recurso de Revista CXVLVI (MAFRA, v.2, p.306-311) que foi julgado em 06 de agosto de 1859.

⁷⁸⁷ Art. 36. Nenhuma presunção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena.

⁷⁸⁸ a Revista VI (MAFRA, v.2, p.9-10) julgado em 21 de março de 1843, o Recurso de Revista CCX (MAFRA, v.3, p.99-100) julgado em 22 de outubro de 1862, o Recurso de Revista CCCXII (MAFRA, v.3, p.313-312) julgado em 21 de fevereiro de 1866, o Recurso de Revista XCIV (MAFRA, v.2, p.197-200) julgado em 07 de novembro de 1851, o Recurso de Revista XXIII (MAFRA, v.2, p.40-41) julgado em 7 de novembro de 1843, o Recurso de Revista CX (MAFRA, v.2, p.228) julgado em 20 de agosto de 1852, e, ainda, o Recurso de Revista CCXXII (MAFRA, v.3, p.126-127).

das condutas, que se irradiavam nas instâncias inferiores em aplicações errôneas de penas e de procedimentos, também não podem deixar de ser signo da concepção liberal que emanava do Supremo Tribunal, como se verifica de todos os recursos citados no item 4.2.3 acima abordado.⁷⁸⁹

A mesma lógica dever ser vislumbrada para o tratamento que o Tribunal Supremo dava aos aspectos formais do processamento das questões. Neste ponto, é oportuno destacar os equívocos procedimentais no júri, como visto no item 4.4.2.⁷⁹⁰ As decisões proferidas por juízos incompetentes, como também se verifica 4.4.3.⁷⁹¹ E ainda a rigidez formal com que tratava o STJ dos requisitos formais da queixa e para a decretação da revelia como se depreende do item 4.4.4.⁷⁹²

Parênteses devem ser abertos na sustentação desse ponto. Mesmo diante das eventuais ilegalidades (não detectadas) da jurisprudência daquela Corte à época, os padrões que pudemos perceber nos levam a concluir que o respeito à legalidade das decisões era uma tônica dos acórdãos. De tal forma, e ainda se considerando que a criminalização secundária de um determinado sistema penal sempre efetivará distorções que podem passar por fatores tão díspares quanto a

⁷⁸⁹ Dentre os quais o julgado em 27 de julho de 1852, no qual o STJ concedeu a Revista CVI (MAFRA, v.2, p.222), o Recurso de Revista CCLXXXI (MAFRA, v.3, p.243-245), o Recurso de Revista CCXLIV (MAFRA, v.3, p.163-164), o Recurso de Revista CLXXX (MAFRA, v.3, p.3-4) e o Recurso de Revista CCLXV (MAFRA, v.3, p.208-209).

⁷⁹⁰ Foram mencionados nesse debate, o Recurso de Revista X (MAFRA, v.2, p.19), o Recurso de Revista LXI (MAFRA, v.2, p.132-135), o Recurso de Revista CCLV (MAFRA, v.3, p.188-190), o Recurso de Revista CXXXIII (MAFRA, v.2, p.266-267), a Revista CLXIX (MAFRA, v.2, p.383-386), o Recurso de Revista CLXXIV (MAFRA, v.2, p.397-398), o Recurso de Revista CCXX (MAFRA, v.3 p.123-124) o Recurso de Revista CCXCVIII (MAFRA, v.3, p.280-282) o Recurso de Revista CCXXXIV (MAFRA, v.3, p.145-147), o Recurso de Revista CCCXXV (MAFRA, v.3, p.338-339), o Recurso de Revista CCCXXXII (MAFRA, v.3, p.353), e ainda o Recurso de Revista CLXXXVI (MAFRA, v.3, p.29-34).

⁷⁹¹ Foram citados no ponto, dentre outros, o Recurso de Revista CLXII (MAFRA, v.2, p.362-367), o Recurso de Revista XXIX (MAFRA, v.2, p.51-52), o Recurso de Revista CCLXC (MAFRA, v.3, p.262-264), o Recurso de Revista CCXLV (MAFRA, v.3, p.164-165) o Recurso de Revista CCCVII (MAFRA, v.3, p.302-303), o Recursos de Revista XVIII (MAFRA, v.2, p.33) e o Recurso de Revista XXI (MAFRA, v.2, p.37-38).

⁷⁹² Os precedentes aqui debatidos foram o Recurso de Revista LVI (MAFRA, v.2, p.114-118), o Recurso de Revista CLXXXII (MAFRA, v.3, p.5-7), o Recurso de Revista CLXVII (MAFRA, v.2, p.379-381), o Recurso de Revista CCI (MAFRA, v.3, p.73-76), o Recurso de Revista CLVIII (MAFRA, v.2, p.347-350), o Recurso de Revista CLXXII (MAFRA, v.2, p.393-394) e o de número CCCXXII (MAFRA, v.3, p.333-334).

subjetividade interpretativa do juiz de paz ou do chefe de polícia, ou ainda a composição temporária do quórum que julgará o recurso, não se pode chegar a outra conclusão: a partir dos paradigmas de liberalismo da época, da análise da jurisprudência criminal do Supremo somos levados a concluir que se tratavam efetivamente de decisões liberais.

A conclusão não surpreende tanto a quem esteve atento aos impactos referentes à efetividade jurídica das reformas empreendidas por força do iluminismo pombalino, como é exemplo a Lei da Boa Razão, entre outras mudanças legislativas referidas na subseção 1.1.2. do capítulo 1. Se as mudanças legislativas portuguesas do séc. XVIII, em um período em que se objetivava extirpar a pluralidade de fontes jurisprudenciais e doutrinárias em prol do centralismo legislativo, foram recepcionadas e efetivadas no âmbito judicial brasileiro⁷⁹³, não teríamos outra expectativa em relação às mudanças empreendidas em pleno séc. XIX.

Exemplo suficientemente eloquente disso diz respeito ao tratamento daqueles que se subsumiriam às restritivas hipóteses da Lei de 1835. Dados estatísticos utilizados por Andréa Slemian, no período de 1808-1821, indicam que 80% do total de crimes eram cometidos por escravos⁷⁹⁴, o que poderia nos leva a concluir – ainda que pesquisas mais aprofundadas fossem necessárias – que uma certa pressão sobre o Judiciário no julgamento dessa classe social deveria existir. Não obstante essa pressão, o fato é que o entendimento do Supremo Tribunal sobre a aplicabilidade da lei que mais restringia direitos processuais aos escravos e libertos era absolutamente restritivo.

Veja-se que todos os precedentes que tocam o tema caminham nesse sentido, como se verificou da análise dos seguintes precedentes: o Recurso de Revista XXIII (MAFRA, v.2, p.40-41) julgado em 7 de novembro de 1843, no qual José Joaquim do Carmo, recorreu, como curador de seu escravo; o Recurso de Revista CX (MAFRA, v.2, p.228) julgado em 20 de agosto de 1852, no qual, houve por bem o STJ em

⁷⁹³ "Dos processos que ascenderam ao Tribunal da Relação do Rio de Janeiro à Casa da Suplicação de Lisboa e pelos assentos desta, poder-se-ia preliminarmente – à falta de estudo exaustivo dos primeiros – concluir positivamente acerca da efetiva aplicação das novas normas" (WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.461).

⁷⁹⁴ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise: Rio de Janeiro (1808-1824)**. São Paulo: Hucitec, 2006. p.74.

garantir ao recorrente o direito ao recurso, visto que lhe havia sido negado por ser acusado de homicídio que não fora cometido contra seu senhor; o Recurso de Revista CCXXII (MAFRA, v.3, p.126-127), interposto pelo escravo Ismael e julgado e data de 04 de fevereiro de 1863; o Recurso de Revista CCXXVI (MAFRA, v.3, p.132-133) julgado em 28 de março de 1863, que também debateu a inaplicabilidade da Lei referida por se tratar de homicídio simples.

Fato é que o tratamento, processual ao menos, dignificado aos escravos e libertos à época seria tão liberal, que poderíamos, a partir da análise específica desse tema, ser tentados a afirmar que inclusive acarretaria num transbordamento dos limites do liberalismo, conforme o delineamos no capítulo 1. Que teria havido por parte do Supremo Tribunal, para além de um apego à lei, o embrião de uma noção de direitos individuais que seria mais avançada do que à época que concebia. Não obstante, quer nos parecer que não fosse a Corte Suprema tão liberal assim, como se pormenoriza na subseção abaixo.

4.6.2 Os limites do liberalismo jurídico-criminal no STJ

Retomando o diálogo com Koerner, não seria surpresa verificarmos ele sustentar que, ao contrário do que ocorreria num sistema liberal, a racionalidade do poder judicial à época, não se dava em função de uma contraposição entre os direitos individuais e o poder político. Entendia-se o judiciário à época como uma divisão meramente funcional do poder soberano do Império. Explica o autor:

Esta divisão funcional significava que havia um domínio de atribuições próprias e um conjunto de órgãos delegados para exercê-las. Porém, além dos limites da divisão, o Poder Judicial era identificado ao poder imperial em seus fundamentos e objetivos. Era pois da sua condição de representantes, ou delegados, do poder imperial que os magistrados recebiam a sua investidura para a mediação dos conflitos entre os indivíduos.⁷⁹⁵

⁷⁹⁵ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.39.

Nesse sentido, ainda que houvesse uma defesa de direitos individuais por parte do Poder Judiciário, seria ela decorrência oblíqua do exercício da jurisdição nos limites da legalidade, e não uma concepção de que o exercício do poder punitivo encontraria limites em direitos inalienáveis dos cidadãos. Os direitos seriam postos em função da estruturação superior e soberana do Estado, ao contrário de uma concepção de intermediação entre esses dois polos.

Não há qualquer indício nas decisões pesquisadas de que a concepção política do Supremo Tribunal se contrapusesse a essa tendência. Pelo contrário, o que se tem em termos concretos é um reflexo daquilo que havíamos identificado no capítulo 1, como uma das lógicas do liberalismo brasileiro, qual seja, a absoluta fragilidade da base dos direitos individuais.⁷⁹⁶ De fato, o tema suscitava no máximo, desinteresse, visto que as prerrogativas daqueles que participavam diretamente ou indiretamente da vida pública e política já estavam garantidas.⁷⁹⁷

Vê-se, assim, que se, de um lado, tem-se o sopro liberal agitando as velas da legalidade penal, da interpretação restritiva dos tipos penais, da garantia dos recursos previstos para o caso concreto, da defesa do formalismo no julgamento pelo tribunal do júri, de outro, tem-se a concepção que os direitos não podem ser opostos ao Estado, visto que por ele são graciosamente concedidos, e como qualquer concessão, podem ser retirados. No caso, por meio de uma mera reforma legal. Tem-se uma exceção: o Recurso de Revista CXVLVI (MAFRA, v.2, p.306-311) julgado em 06 de agosto de 1859, no qual deliberou a Corte que a prova havia sido ilicitamente obtida, uma vez que como se tratava de correspondência, teria havido infração ao parágrafo XXVII do art. 179 da Constituição Imperial – exatamente artigo constitucional que dispunha sobre os direitos individuais.

Não obstante, trata-se tão-somente de confirmação da regra, visto que não há quaisquer outras menções ao Texto Constitucional de 1824 nas decisões pesquisadas. A explicação que repousa no exercício dessa competência por parte do Conselho de Estado não tem condições de dar conta do fenômeno de forma integral. Ao Conselho eram atribuídos os conflitos entre os poderes, entre instituições

⁷⁹⁶ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p.63-64.

⁷⁹⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque (Org.). **O Brasil monárquico**: o processo de emancipação. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II. p.459.

componentes desses poderes, o que poderíamos definir como sendo as grandes questões de direito público do império⁷⁹⁸, com exceção dos feitos criminais, cuja jurisdicionalidade fazia com que coubesse aos Tribunais sua decisão final.

A partir desse viés, não estaria vedado – como de fato não estava, depreende-se da exceção que merece novamente indicada – ao Supremo, especialmente nas causas criminais, fazer as apreciações constitucionais que lhe coubesse. No entanto, abdicava-se de tal função em termos práticos, muito provavelmente por uma conjunção de fatores como a falta de treinamento específico para tanto, o titubeio perante as atribuições do Conselho de Estado e, a inconsciente, mas talvez mais premente razão: a concepção de fragilidade e revogabilidade de direitos individuais lastreados na lei, e não da superioridade a qualquer conjuntura legal de direitos que estivessem ancorados na Constituição. Para ficarmos num exemplo: a tese da inconstitucionalidade de dispositivos da reforma de 1841, que estabeleceu julgamentos definitivos de algumas condutas criminais por parte de juízes de primeira instância⁷⁹⁹, não foi suscitada em qualquer dos precedentes pesquisados.

Essa lógica de direitos individuais acaba sendo expressão, outrossim, da própria noção de que, por meio do influente sistema de clientela, os políticos não eram vistos "como representantes do povo, mas como padrinhos. O Estado aparecia como distribuidor de benesses e os direitos do cidadão como concessão ou privilégios"⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ Não obstante o período regencial em que havia sido abolido, o Conselho renasce no início do governo de D. Pedro II através da Lei de 23 de novembro de 1841. Dentre outras atribuições, supervisionava a produção legislativa das províncias, resolvia os conflitos de jurisdição (MARTINS, Maria Fernanda Vieira. *A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. Revista Topoi*, v.7, n.12, p.199, jan./jun. 2006), tratando-se de um dos grandes esteios da paz imperial, fruto da centralização então implementada, visto que impedia o arbitrário, sem impedir o poder absoluto, visto que o imperador não poderia aprovar ou suspender as resoluções dos conselhos provinciais, suspender os magistrados e exercer o direito de graça, exemplificativamente, sem que os conselheiros desse seu aval (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1. p.375). Sua Seção de Justiça pode ser considerada como a responsável pela construção de uma unidade administrativa e jurídica no país, funcionando na prática como instância superior (MARTINS, *op. cit.*, p.193).

⁷⁹⁹ KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p.86. No ponto explica o autor que a recorribilidade das decisões seria uma garantia dos acusados, segundo a Constituição então vigente.

⁸⁰⁰ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007. p.169-170.

Como decorrência, tem-se a noção de que para os grandes, a lei é privilégio; para as camadas populares é opressão, em ambiente de recusa tácita e explícita de se lidar com a noção de direitos civis, cujo caráter é desviado mediante a naturalização das desigualdades, postas como inferioridade natural.⁸⁰¹

Outra face do mesmo fenômeno, como nos explica Andréa Slemian, traz-nos o permanente uso da violência em nome de "interesses coletivos", como uma das características da nossa organização jurídica à época. Aponta a autora que a violência se constituía na forma que, dentre outras, o governo controlava os focos de dissidência e garantia a estabilidade do império.⁸⁰² Desse raciocínio, não seria absolutamente equivocado se afiançar que marcas também eram estendidas à compreensão do âmbito dos direitos que eram anunciados pela Constituição do Império e chegavam aos votos proferidos pelo Supremo nos casos concretos. Como sintetiza Carvalho, o sentido da administração não era administrar, era cooptar⁸⁰³, em arranjo que cobrou sua fatura: se deu estabilidade ao sistema, restringiu a cidadania e a noção de direitos aos cidadãos do império.⁸⁰⁴

Pesquisa muito maior para lastrear esse entendimento não precisa ser realizada se adotarmos como paradigma um dos mais liberais penalistas do séc. XIX, como Tobias Barreto.⁸⁰⁵ Não só possuía escravos, como também achava que as sociedades protetoras dos animais, como existiam na Europa, encerravam muito mais senso ético e religioso do que as sociedades abolicionistas entre nós.⁸⁰⁶ Ainda que ambas as posturas não surpreendam para o padrão então vigente, são suficientemente

⁸⁰¹ CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. 6.^a reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000. p.90-92. Como afirma Gilberto Freyre, não eram cidadãos ou súditos, mas famílias e classes sociais os elementos básicos da nossa sociedade patriarcal (FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil** – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.385).

⁸⁰² SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009. p.39.

⁸⁰³ CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p.165.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p.159.

⁸⁰⁵ LIMA, Hermes. **Tobias Barreto: a época e o homem**. São Paulo/Rio/Recife/Porto-Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939. p.49.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p.71.

eloquentes para que possamos aquilatar a quantas andavam as noções de direitos individuais na época.

Assim, pode-se perceber que a defesa dos direitos individuais era pauta que estava para além dos limites do liberalismo à época, e para além das preocupações jurídico-doutrinárias do direito e processo penal que no período era aplicado pelo Supremo Tribunal. Quando eram defendidos, tratava-se de aspecto incidental à aplicação lógico-formal das leis que à época imperava, essa sim, compreendida nos limites admissíveis para o liberalismo penal da época.

Disso, pode-se entender que a defesa intransigente da escorreta tipificação dos crimes cometidos por pessoas que em teoria poderiam se enquadrar no draconiano regime jurídico da Lei de 1835, ainda que possa ser a manifestação de defesa dos direitos individuais dos negros para os olhos contemporâneos, à época não ultrapassavam a noção de que as leis deveriam ser aplicadas, já que expressão da soberania do imperador. Quando não, o que se verificava em termos práticos era que, por exemplo, a preocupação de cunho humanitário que a Intendência de Polícia parecia ostentar na relação com os negros tinha a ver com a manutenção da mão de obra. Abuso poderia prejudicar o bom funcionamento da escravidão.⁸⁰⁷

Desse ponto temos melhores condições de contextualizar os já citados Recurso de Revista XXIII (MAFRA, v.2, p.40-41) julgado em 7 de novembro de 1843, o Recurso de Revista CX (MAFRA, v.2, p.228) julgado em 20 de agosto de 1852, o Recurso de Revista CCXXII (MAFRA, v.3, p.126-127), julgado e data de 04 de fevereiro de 1863, e o Recurso de Revista CCXXVI (MAFRA, v.3, p.132-133) julgado em 28 de março de 1863, todos providos, como já visto, pela razão de que a Lei de 1835 deveria ser interpretada restritivamente.

Se a noção de direitos individuais então vigente no seio do Supremo Tribunal, reflexo, como se vê da concepção geral que girava sobre o tema, apresentava tais níveis de limitação é de se indagar se o liberalismo seria a única explicação para as decisões acima. Não que o conservador liberalismo da época não nos propiciasse entender a análise estritamente jurídica realizada pelos ministros no caso em apreço,

⁸⁰⁷ SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006. p.74-76.

mas não seria de se estranhar que o paulatino aumento do preço dos escravos no mercado interno, com sua conseqüente valorização, fizesse com que seus senhores lançassem mão de todas as estratégias possíveis para defender a vida, a integridade e principalmente a "liberdade" de seus meio de produção. Contratação de bons advogados e a utilização de sua influência na Corte estariam entre elas. Do lado dos advogados, a criação de tantos argumentos quanto fosse possível para a defesa desse novo nicho de mercado. Do lado dos senhores, a utilização da influência para demonstrar aos julgadores, ou a amigos em comum que não seria irrazoável a adoção de alguns dentre estes argumentos. O resultado do julgamento do Recurso de Revista (seis votos a favor e seis votos contrários às teses expostas) pode ser oriundo tanto de uma quanto de outra explicação ou, ainda, um misto das duas: os vencidos, não possuíam uma visão jurídica tão liberal quanto ao dos seus pares que venceram o julgamento. Ou, não houve possibilidade de o senhor, temeroso da perda de sua mão de obra, acessar os ministros vencidos, pela insuficiente articulação pessoal. Ou quem sabe, um misto das duas situações, possa ser a melhor explicação. De todo o modo, essa linha de problematização dos precedentes nos leva a refletir sobre a forma como, não obstante os liberalismo então em vigor no Supremo, o clientelismo ainda teria condições de se esgueirar pelas frestas.

O que pretendemos debater nas duas últimas subseções são exatamente esses temas: quais os fundamentos fáticos que fazem com que o Supremo Tribunal de Justiça do Império tenha apresentado essa face liberal em seus julgados criminais e se mesmo perante essa supremacia do discurso liberal não teria havido espaço para uma forma mais sofisticada de clientelismo. É o que se vê abaixo.

4.6.3 Os fundamentos do liberalismo jurídico-criminal no STJ

Como se demonstrou mais especificamente no item 4.5.1., mas que também pode ser decorrência lógica da construção que vem sendo realizada desde o primeiro capítulo, destacava-se a jurisdição criminal do Supremo Tribunal pela observância da legalidade em suas decisões, mormente quando se as comparamos à lógica que imperava no restante do Judiciário, marcado pelo clientelismo político do qual foi instrumento governamental.

Longe de serem os maiores e mais preparados juristas da época – para ficarmos num exemplo, não houve sequer um único ministro do STJ durante todo o período imperial que tenha sido professor em qualquer das academias de direito da época⁸⁰⁸ – havia razões de ordem prática que contribuíram para o liberalismo dos acórdãos pesquisados. Dentre eles, a própria seletividade de acesso à cúpula do Poder Judiciário à época, cujas portas não estavam abertas a todas as pessoas. Para darmos um exemplo, as posturas municipais do Recife de 1831 e de Salvador de 1841 – nos termos do art. 308 do próprio Código Criminal imperial⁸⁰⁹ – ostentavam o poder do branco sobre o preto e dos senhores sobre os escravos, com suas definições de status e de suas restrições à liberdade individual. Veiculavam as posturas do Recife a proibição de "vozerias, alaridos e gritos pelas ruas", cujos destinatários eram os cânticos africanos, e ainda a proibição dos escravos andarem na rua com paus ou qualquer arma pública ou oculta, sob pena de até 150 açoites.⁸¹⁰

Não se imagina que essas normatizações do cotidiano negro deixaram de ser aplicadas. Não obstante, de todos os precedentes pesquisados, deparou-se com a problematização do tema, somente com o precedente referido na introdução deste trabalho que, repare-se, sequer se encontra no espectro temporal da pesquisa.

Assim como muitas sentenças contrárias ao espírito da Lei da Boa Razão não subiam à Casa da Suplicação, órgão unificador da jurisprudência à época colonial, pela falta de condições materiais das partes, dentre outras razões, como indicam Arno e Maria José Wehling⁸¹¹, pode-se facilmente chegar à conclusão que o mesmo fenômeno tenha ocorrido no âmbito da competência recursal do Supremo Tribunal de Justiça. Honorários advocatícios, custas processuais, necessidade de bom uso

⁸⁰⁸ SIMÕES NETO, Francisco Teotonio. **Os bacharéis na política – a política dos bacharéis**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade de São Paulo, Departamento de Ciências Sociais, São Paulo, 1983. p.508.

⁸⁰⁹ Art. 308 do Código Criminal do Império: "Este código não compreende: os crimes contra a polícia e a economia particular das povoações, não especificados neste código, os quais serão punidos nas conformidades das posturas municipais".

⁸¹⁰ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p.417-418.

⁸¹¹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.4.

da técnica pelos advogados contratados para demonstrar o cabimento do recurso⁸¹², entre outras questões, faziam com que inexoravelmente houvesse uma elitização das partes, ou pelo menos de algumas delas.

E, sendo as partes litigantes as mais favorecidas, quer parecer lógico também que os mais preparados, cultos, e por que não dizer, os mais influentes advogados seriam seus respectivos procuradores. Isso tudo só poderia redundar em argumentações defensivas que trariam todas as questões materiais e formais que pudessem ser invocadas no caso concreto. Infelizmente não constam dos acórdãos os nomes desses advogados, mas o intenso debate realizado pelos ministros, como se vê dos vários casos em que houve vencidos e vencedores, nos leva a concluir que a hipótese dificilmente seria infirmada.

Poderíamos indicar como um indício bastante eloquente disso a grande incidência de julgamentos que foram decididos por maioria dentre os precedentes pesquisados: 43 dos 83 precedentes pesquisados, ou seja, mais de 50% do total de acórdãos são provenientes de debates em que algum ministro ficou vencido. Em termos efetivos tivemos seis julgamentos com um ministro vencido, nove julgamento com dois ministros vencidos, 15 acórdãos foram lavrados a partir de discussões em que três ministros teriam ficado vencidos; em outros oito julgados, quatro foram os ministros que deixaram de compor a maioria; em quatro oportunidades, houve cinco ministros vencidos, além do caso em que foi o acusado beneficiado por força de empate na votação em 6 a 6.

A análise da grande incidência dos julgamentos por maioria no seio da instituição analisada também tem o condão de nos levar a uma segunda linha de raciocínio de fundamentos do liberalismo jurisprudencial da Corte Suprema. Diz ela respeito à constatação de que tanto o STJ quanto seus respectivos ministros individualmente considerados poderiam julgar com maior independência, quando se os compara com as instâncias inferiores.

⁸¹² Ou seja, que o tema objeto de irresignação se enquadraria em uma das hipóteses que autorizariam a revista.

Independência funcional em primeiro plano, pois após atingirem o ápice da carreira, dificilmente ostentavam maiores pretensões, como sustentado acima. De tal sorte, a influência do governo era não só menos sentida como também menos exercida, o que habilitava os ministros a pautarem suas atuações em matrizes distintas, como os próprios padrões jurídicos que deveriam ser observados à época. Conjugando-se essa maior autonomia à influência teórica do discurso liberal no direito penal, chega-se a decisões com esse cunhagem.

Além da maior independência funcional de que gozavam os ministros, quando se os compara com seus pares das instâncias iniciais, há que se fazer menção ao processo de busca da autonomia burocrática por que passou o STJ não só à época pesquisada, mas desde sua criação e durante todo o séc. XIX. Processo cuja gênese se deu num período conturbado, não só pela independência recém-conquistada do país, mas pela indefinição dos papéis das instituições dela decorrentes. Andréa Slemian se refere a não raras situações em que se deparou com pedidos dirigidos à Câmara dos Deputados para coarctar injustiças em processos penais, como o caso de Cândida Joaquina de Jesus, que em 1826, lá reivindicava seu direito de ver processado o recurso a que fazia jus que oporia contra a pena de degredo⁸¹³. Não obstante a resposta lacônica do legislativo, no sentido de remeter pedido de informações ao Executivo, este e outros tantos exemplos citados pela autora⁸¹⁴, mostram o ambiente no qual haveria o Supremo Tribunal de Justiça de impor sua jurisdição. Ou seja, tratava-se do exercício de uma competência, que longe de ser automática e formal, deveria conquistar seu espaço, granjear legitimidade, impor suas deliberações.

Luta empernada, se levarmos em consideração alguns enfrentamentos que ocorreram exatamente no momento em que os primeiros passos dessa afirmação eram dados, como a cobrança de explicações, em 1831, do então Ministro da Justiça Feijó, dirigida ao primeiro presidente do Tribunal, José Albano Fragoso, acerca da injustiça de que havia padecido um réu cujo recurso havia sido julgado

⁸¹³ SLEMIAN, Andréa. **Sob o império das leis**: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834). São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009. p.203-204.

⁸¹⁴ *Id.* Depara-se com outros exemplos nas páginas 212, 213, 219 e 224 da mesma obra.

pelo Tribunal.⁸¹⁵ Como se não bastasse, três anos após, apresentava-se um projeto de lei para a criação de um outro tribunal cuja competência seria apurar a responsabilidade dos ministros do STJ. Ainda que o projeto não tenha sido levado a cabo⁸¹⁶, ilustra bem o período de instabilidade, os esforços empreendidos na conquista de seu espaço institucional, e a habilidade que seus primeiros membros tiveram que demonstrar para criar uma Corte Suprema em ambiente tão insólito.

A forma como essa conquista de espaço e de legitimidade foi sendo imposta pelo STJ, ou seja, o processo pelo qual se construíram os limites e as possibilidades do exercício dessa jurisdição, não deixaria de se expressar na postura jurídica que o Tribunal tomaria diante dos casos concretos. De forma ainda mais sutil que deputados e senadores, cujos discursos críticos e (ou) opositoristas ao gabinete muitas vezes eram signos, não de discordância, mas de clamor por espaço político, os acórdãos proferidos pelo STJ, num certo sentido, também caminhariam por essa lógica. Ou seja, ainda que se expressassem mediante a aplicação do direito positivo ao caso concreto, muitas vezes trariam subliminarmente em suas linhas marcas desse complexo jogo: afirmar seu espaço era exercer sua jurisdição, o que em cada caso concreto era aplicar as leis, ainda que isso pudesse representar descontentamentos episódicos. Não podemos deixar de reverenciar o êxito na empreitada: a vitória no "jogo" pode ser verificada não só pelo fato do STJ ter sobrevivido por dois anos de República, mas principalmente pela circunstância de que sua substituição foi muito mais uma mudança de rótulo e aumento de atribuições, do que a abolição de uma instituição decadente e sem funcionalidade.

Como referido no item 3.3.2 desta tese, já vislumbrara Stuart Schwartz, quando de sua análise do Tribunal Superior da Bahia nos sécs. XVII e XVIII, que os desembargadores constituíam uma classe com características, aspirações e objetivos próprios.⁸¹⁷ O que não se referiu naquele ponto, e que agora pode ser debatido, é o

⁸¹⁵ SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (188-1841). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.39.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p.40.

⁸¹⁷ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.12.

fato de que um dos desdobramentos dessa burocratização, ainda que indiretamente, é a dificuldade de apropriação da instituição como instrumento de alguma classe ou grupo específico. Assim, da mesma forma que se pode constatar que o Tribunal Superior da Bahia sempre manteve autonomia institucional, não tendo jamais sido controlada pela rica e influente elite canaveira⁸¹⁸, o mesmo pode ser dito na relação do Supremo Tribunal imperial com o governo central: aquele jamais poderia ser entendido como um todo coeso e homogêneo na defesa dos interesses desse.⁸¹⁹ Não se poderia imaginar que a influência do governo fosse desimportante na definição dos componentes do Supremo Tribunal, pois, afinal de contas, sendo sua composição oriunda dos mais antigos desembargadores das relações, e sendo os tribunais de segunda instância compostos pelos juízes de direito mais antigos, os quais, por seu turno, eram indicados pelo governo, relações com o governo em algum momento da carreira do magistrado teria existido.

Nada obstante, pode-se constatar que se a influência do governo era bastante sentida nas instâncias iniciais, à medida que o magistrado alçasse pontos mais altos em sua carreira, tal poder iria se rarefazendo. Não se pode considerar que o debate das teses jurídicas e dos casos concretos que foram submetidos ao Supremo Tribunal no período tenha sido raro, quando se repara a grande incidência dos casos julgados por maioria. A partir disso, imaginar que havia uma enorme influência do governo sobre magistrados que havia indicado décadas antes passa a constituir uma hipótese difícil de admitir-se, e que não levaria em conta a própria sucessão de gabinetes que fazia com que magistrados indicados por liberais fossem mal vistos por conservadores e vice-versa.

Nas frestas dessa disputa jurídica, houve a prevalência, segundo se verifica do conteúdo dos precedentes indicados, do discurso liberal de aplicação das leis, e obediência às formalidades. E nesse sentido, a luta interna na deliberação dos casos

⁸¹⁸ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.157.

⁸¹⁹ SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (188-1841). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.43.

contribuiu para a própria autonomia da instituição: definiram-se seus traços pela independência em relação à influência que poderia ser exercida pelo governo central.

Ainda que possa o STJ ter sido concebido como efetivo órgão de cúpula do Judiciário, cujo exercício concreto seria estrategicamente controlado pelo governo, em termos efetivos, depara-se com a realização de seus próprios fins institucionais, cujo exercício se dava a partir do debate dos critérios para definição de se haveria injustiça notória ou nulidade manifesta, e não em torno da consecução de interesses político-partidários específicos.

Não seria desarrazoado sustentarmos, a partir do quadro esboçado, que a conquista do espaço institucional do STJ, que teve que ser arduamente obtido sob a pressão de demais poderes e interesses, só se faz valer justamente porque o exercício de seu respectivo poder teve a característica da independência. Sob tal viés, apoiar explicitamente o governo seria deslegitimar sua atuação e perder espaço. Quer parecer que, mesmo que inconsciente, o dilema posto estaria entre favorecer o governo e se enfraquecer em termos gerais, ou não favorecer o governo e se legitimar institucionalmente.

A partir da definição institucional da Corte nesse complexo e intrincado jogo, podemos destacar que uma de suas características pode ter também contribuído para a ancoragem da jurisprudência criminal do STJ no discurso liberal da época. Ou seja, podemos vislumbrar uma maior independência de seus julgamentos pelo fato de consistir em tribunal de cassação, cuja competência, como também visto no item 3.3.2., não seria a de substituir os acórdãos recorridos, mas a de anular o julgamento no caso de nulidade ou de injustiça, remetendo os autos para que outra relação novamente o realizasse. Somando-se a isso o fato de que a nova Relação não precisaria seguir as determinações que levaram com o STJ anulasse o julgamento inicial, depara-se com mais um fator de independência da Corte: sequer as pressões oriundas de ser a instância que daria "a palavra final" sobre o caso seria sentida. Se tanto, anularia o julgamento, a partir de uma apreciação supostamente técnica ao caso.

Ainda que se trate de diploma normativo posterior ao período pesquisado, é de se fazer referência, como indício de comprovação do que ora se sustenta, à criação da possibilidade de o Supremo Tribunal editar assentos, que orientaria o entendimento judicial, conforme normatização trazida pelo Decreto n.º 6142 de 10 de março de

1876, que regulamentava o Decreto legislativo n.º 2684 de 23 de outubro de 1875. Porém, a função jamais foi exercida durante o império⁸²⁰.

Num panorama composto por todos esses fatores, pode-se compreender como, escapando da lógica clientelista que embalava o Poder Judiciário de uma maneira geral, pôde sua respectiva cúpula exercer a jurisdição com mais independência, aplicando leis e interpretando preceitos a partir dos postulados do liberalismo então em voga.

Não que seus membros fossem paladinos da justiça teórica e prática (suas carreiras teriam em algum momento dependido das marés políticas, como o comprovam os inúmeros magistrados que foram eleitos para cargos no poder central ou local); tampouco seriam infensos às estratégias de reconhecimento social (como o comprovam os seis ministros do STJ que, nomeados à época pesquisada, possuíram em algum momento de suas vidas, títulos nobiliárquicos); e não se poderia imaginar também que teriam deixado para trás todas as redes pessoais e familiares que os entrelaçavam com outras pessoas que, não raras vezes, eram também partes (como o comprovam os 16 acórdãos do total pesquisado em que havia pelo menos um ministro impedido de participar do julgamento). A forma como se deu essa relação entre uma jurisdição liberal e inegáveis práticas clientelistas que de forma mais, ou menos intensa, continuaram sendo praticadas pelos magistrados da Corte Maior, é o que se pretende debater no ponto que se constituirá no objeto da subseção 4.6.4 abaixo.

4.6.4 O clientelismo nos interstícios do liberalismo jurídico-criminal no STJ

Não obstante o fato de se poder afirmar que a lógica da jurisprudência criminal do Supremo Tribunal do império foi preponderantemente liberal – o que não deixamos de reafirmar – é de se atentar para aspectos que, além da técnica nelas utilizada, circundavam as decisões. Exceto na hipótese de partirmos de uma

⁸²⁰ GARCIA NETO, Paulo Macedo. O judiciário no crepúsculo do império (1871-1889). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.125-126.

apreciação positivista dos fatos, nas quais seriam os ministros seres que gravitariam acima das motivações profissionais, dos interesses de classe, das razões particulares, da influência das partes e advogados, o fato é que não se pode imaginar uma impermeabilidade do Judiciário, mesmo sendo ele razoavelmente legalista, como se demonstra neste capítulo, perante os inúmeros fatores que também são levados em consideração pelo juiz no momento da decisão judicial. Ainda que inconscientemente.

Ainda que seja só um dos aspectos a serem levantados, a criminologia contemporânea, por exemplo, desenvolveu teorias para demonstrar como o juiz é influenciável pelas imagens sociais constitutivas do estereótipo para deliberar sobre um caso que lhe seja submetido. Julgamento o qual, sustenta a teoria, estaria tão atrelado à cor, classe social e escolaridade do indivíduo, quanto estaria às leis criminais vigentes. E esse é apenas um dos aspectos da temática, que também poderia considerar, entre outros, aspectos psicanalíticos, econômicos, sociais, políticos, filosóficos na deliberação dos casos concretos.

Destarte, não há viés cientificamente válido que nos autorize a ignorar a influência de elementos extralegais no momento da definição de um caso criminal. Sendo certo que perscrutar a sociedade brasileira do séc. XIX para elencar a série de elementos que poderiam e deveriam influenciar o Judiciário em sua atividade seria empreitada que extrapolaria os limites da presente tese, e tal qual a criminologia contemporânea que, ao invés de abarcar o fenômeno na integralidade, compartimentaliza-o em seus distintos aspectos, o que se pretende analisar nos exíguos limites da presente subseção é o fato de que, não obstante o caráter liberal das decisões criminais exaradas pelo Supremo Tribunal à época, em seus interstícios tramitavam práticas clientelistas que, mesmo que revestidas de uma carapaça de legalidade, deixariam traços observáveis.

Em outras palavras, o que se pretende debater neste tópico é o fato de que o liberalismo que embalava as decisões criminais, que ali se manifestava como efetiva obediência à legalidade formal e material como visto, não teria condições de erradicar o clientelismo que ainda se fazia presente em determinados casos. Evidentemente os acórdãos não registram o fato de que o objetivo da decisão era favorecer um amigo, tendo utilizado para tanto, um ou alguns dos argumentos que o advogado do amigo teria trazido à baila. Não obstante, e considerando a força matricial da lógica clientelista, bem como as redes de relações que compunham o cenário social do império, seria açodado realizamos qualquer conclusão no sentido

de que seus traços não podem ser constatados, e que, portanto, sua presença possa ser negada.

Se no Supremo Tribunal não havia espaço para completas ilegalidades, até por força dos intensos debates lá travados e que adrede foram mencionados, certo é que podem ter ocorrido casos, inclusive no período pesquisado, em que sob o manto legal, foram favorecidos acusados e partes que, ordinariamente, não teriam seus direitos reconhecidos. Em suma: o direito existia potencialmente para todos que se enquadrassem naquela situação, mas como é alguém da rede de relações do julgador que o pleiteia, a obtenção do seu respectivo reconhecimento será muito mais facilitada do que se o direito fosse simplesmente requerido por um desconhecido. Por alguém de fora do clube.

Paradoxalmente, esses expedientes podem, colateralmente, ter inclusive reforçado o discurso liberal no âmbito criminal. Por duas razões: em primeiro lugar, se o discurso liberal e a aplicação das leis ao caso concreto constituíam algo que poderia ser utilizado em algum momento para dourar a pílula de um afago privado, tanto melhor, pois assim seria mais facilmente palatável para os demais ministros. Sob esse primeiro viés, pode ser aventada a hipótese de que em ambiente tão disputado internamente, como se constata pelo já citado grande número de julgamentos não unânimes, a melhor forma de se chegar a um consenso seria efetivamente por meio das leis penais e processuais penais que deveriam, de qualquer forma, amoldar-se ao caso concreto. Ou seja, se se pode aventar num limite para o liberalismo (item 4.3.2 acima) que seria a débil noção de concepção de direitos individuais, pode-se, de outro lado, pensar-se nos limites do clientelismo que mesmo com menor intensidade do que aquele, poderia ser sentido no STJ: a legalidade. Os auxílios aos amigos seriam feitos, mas desde houvesse uma hipótese minimamente legítima de utilização do manancial jurídico então vigente. Das decisões pesquisadas, não se verifica alguma concessão de revista que tenha sido absolutamente dissonante das normas aplicáveis para a situação concreta. Como se verificou nos itens deste capítulo, fizemos o cotejo das leis invocadas em cada um dos casos. E nenhuma aplicação de lei que chamasse a atenção foi verificada.

Em segundo lugar, e ainda que não tenha havido qualquer referência na jurisprudência pesquisada a precedentes daquela Corte ou à doutrina, não seria desarrazoado afirmarmos, como já o fizemos anteriormente, que a jurisprudência tem um inevitável processo de decantação na qual, quando se faz um recorte de um

determinado tema, as discussões que normalmente embalam seus primeiros debates vão sendo substituídas por determinados padrões de consensos. Dessa forma, o reconhecimento, na esfera criminal de direitos que, quiçá, não seriam reconhecidos aos que "são menos iguais", por vias transversas, teria tido o condão de ajudar na consolidação de uma visão liberal, ou seja, reconhecedora de direitos para todos. Sim, pois, uma vez invocado num caso concreto, mais difícil se tornava deixá-lo de reconhecer nos casos posteriores, ainda que na primeira vez só o tenha sido por razões clientelistas, encapuzadas num discurso liberal de encomenda. Nesse sentido, e por mais essa via, pode-se verificar que a dicotomia, cujas matizes acompanhamos desde a introdução, antes de serem constituídas por choques, foram moldadas por complementaridades.

Não se pode deixar de notar, nesse sentido, o fato de que no Recurso de Revista CCCXI (MAFRA, v.3, p.309-312) de 17 de fevereiro de 1866, no qual apesar dos três votos vencidos, e do não provimento do recurso em relação aos demais recorrentes, foi concedida a revista somente para Feliciano Dias Valladão, não obstante houvesse outros recorrentes cujos pleitos não tenham sido atendidos. Para além da profunda digressão acerca da participação pessoal de Feliciano nos fatos, razão pela qual sua situação jurídica se diferenciaria dos demais recorrentes, é de se atentar para eloquente trecho do acórdão, cuja leitura pode nos revelar bem mais do que a digressão jurídica continha:

o recorrente, homem quinquagenário, abastado, bem conceituado no lugar, tem a seu favor a presunção de não se envolver em um crime infame de combinação o seu filho com que andava descontente, e com pessoas de máos costumes e de nenhuma consideração; e quando fossem outras as presumpções, ainda as mais vehemente, não darião lugar á imposição de pena.

A comparação do trecho com o restante da decisão é reveladora. A única referência aos demais autores é a de que são "pessoas de máos costumes e de nenhuma consideração", ao passo que Feliciano, além de ter sua situação fática e probatoriamente pormenorizada – procedimento que se não fosse comum, também chamaria a atenção pela falta de técnica –, recebe presunção inversa. O próprio acórdão aponta para presunções tão díspares para um e outros: Feliciano era rico e bem conceituado, logo, qualquer ataque aos seus direitos deveria ser muito bem fundamentado. Para os demais o inverso. Difícil aqui constatar o que mais

prepondera: o clientelismo das relações que levariam Feliciano a ser diferentemente considerado pelo Supremo Tribunal, ou um corporativismo de classe que, mesmo sem qualquer relação de amizade ou de proximidade, fazia com que ele fosse assim tratado. Mas fácil, contudo, é constatar as brechas que poderiam ser encontradas na lógica liberal, mesmo no âmbito do órgão de cúpula do Judiciário da época.

As amplas relações sociais, políticas e de amizade dos ministros que compunham o Supremo Tribunal, por si só, justificariam toda uma hercúlea pesquisa. Não obstante, e se já ficou claro que ao menos o início da carreira dependeriam de padrinhos políticos, podemos nos socorrer de debates já realizados por outros pesquisadores, para que possamos clarificar alguns aspectos desse clientelismo que escorria pelas frestas do frontispício liberal da Corte Suprema.

Por exemplo, quem frequentasse à época pesquisada o Cassino Fluminense, além de lá encontrar o Barão de Mauá, o Barão do Rio Bonito, o Conselheiro Abrantes, o Conselheiro Manoel Pinto de Souza Dantas, Olinda, Torres Homem, Bernardo de Sousa Franco, deparar-se-ia com dois dos ministros do Supremo Tribunal: o Ministro Paulino Limpo de Abreu, Visconde de Abaeté, e o Ministro Cândido José de Araújo Viana, o Marques de Sapucaí. A filha de Sapucaí, por seu turno, casou-se com o filho de Conselheiro de Estado, o Marechal João Paulo dos Santos Barreto. O Marquês de Monte Alegre, também assíduo frequentador do Cassino, ainda frequentava a mansão do Conselheiro Marques de Abrantes, que localizada no Flamengo, abria suas portas para também receber grande parte da elite à época, como o Visconde do Rio Branco e o Barão do Bom Retiro. Esse, além de ser um dos mais caros amigos do Imperador D. Pedro II, herdaria do Barão de Mesquita, junto com José Joaquim de Lima e Silva, uma boa soma de dinheiro, mostrando a sólida amizade que os unia. José Joaquim, como seu irmão, o Duque de Caxias, eram sobrinhos do Visconde de Magé, cuja família era ligada, por casamentos, a outras grandes famílias da Corte, como os Carneiro Leão e os Souza Breves⁸²¹. A descrição das relações poderia continuar demonstrando as conexões de casamentos, proximidades, amizade, parentesco e interesses da elite imperial, que não deixaria de enredar os ministros da Corte Suprema, como em outro exemplo se vê: o Ministro João Antonio

⁸²¹ MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. *Revista Topoi*, v.7, n.12, p.186-190, jan./jun. 2006.

de Vasconcelos era irmão de Zacharias de Goes e Vasconcelos⁸²², um dos mais influentes políticos do período imperial.

Daí não se estranhar os 16 acórdãos, dentre os julgados pesquisados, em que se depara com impedimento de Ministros do Supremo Tribunal. De fato, considerando a já citada elitização do acesso, e as redes de entrelaçamento entre elites e os ministros, quer nos parecer que o número poderia ser maior, caso o instituto fosse invocado em todas as vezes em que relações diretas e indiretas entre partes, advogados e ministros pudessem ser constatadas. Não se poderá olvidar que os juízes, quando não eram filiados a um dos partidos políticos, eram no mínimo atrelados pessoalmente aos seus líderes. Considerando-se o período analisado, dos 47 nomeados para o STJ,

15 serviram também como presidentes de província (perto de 30%), 10 foram também senadores (perto de 20% dos ministros) [...]. Na função de deputado, isto é, sem dependência direta do Imperador, encontraram-se nada menos que 24 ministros, ou seja, mais de 50% de todos os nomeados.⁸²³

De todo o exposto, é de se pontuar os elementos que conformariam o liberalismo da jurisprudência criminal do Supremo Tribunal de Justiça entre os anos de 1841 a 1871. Em primeiro lugar, tem-se o fato de que se tratava de um liberalismo efetivo, que incidia sobre criminalizações concretas, como se depreende dos vários precedentes citados, nos quais, a lei foi plenamente observada. Em segundo lugar, e não obstante ser efetivo, tratava-se de um liberalismo limitado. De um lado, por uma débil noção de direitos individuais como acima exposto; de outro, por relações clientelistas que, se não deixaram suficientes marcas para descaracterizar a essência liberal do sistema, tampouco eram tão desprezíveis a ponto de deixarem de ser notadas. O paradoxo que vem como terceira ponderação a ser refletida a partir desse quadro é que ao contrário do que uma visualização inicial do tema poderia suscitar, a incidência desse clientelismo pode não ter criado fissuras no edifício liberal, mas

⁸²² SIMÕES NETO, Francisco Teotonio. **Os bacharéis na política – a política dos bacharéis**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade de São Paulo, Departamento de Ciências Sociais, São Paulo, 1983. p.510.

⁸²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.64.

ao contrário, pode lhe ter dado bases mais sólidas para que, por vias tortas, pudesse o liberalismo aproveitar decisões específicas de um caso, estendendo-a em outros precedentes, para todos os demais.

É o que se verifica do Recurso de Revista interposto por Manoel Antonio Gonçalves, cujo julgamento se deu na sessão de 15 de julho de 1834 do Supremo Tribunal de Justiça do império⁸²⁴. Como visto na 1.^a página desta tese, foi ele concedido com base tanto na nulidade manifesta quanto na injustiça notória. Ainda que isso não abale a estrutura liberal da decisão já analisada, uma questão pode ser proposta: nos idos de 1834, teria sido anulada, para qualquer pessoa, sem qualquer conexão política, econômica ou social, condenação criminal de Tribunal da Relação, lastreada em exercício da competência legislativa de município amparada em lei, porque "esse exercício fora abusivo"? Ainda que jamais se possa reconstruir o passado para se responder à indagação, a partir dela pode-se jogar luzes no diálogo que liberalismo e clientelismo estabeleceram no âmbito da jurisdição recursal criminal do Supremo Tribunal à época imperial.

⁸²⁴ SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. Anexo II, p.180-181.

CONCLUSÕES

Torna-se possível compreender, após o itinerário percorrido, o padrão hermenêutico dos recursos processuais penais submetidos à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça entre os anos de 1841 e 1871. Tendo sido nosso objetivo inicial vislumbrar como se dariam os ajustes, as conformações, os espaços cedidos, e os jogos de articulação entre o discurso liberal e as práticas clientelistas nessa seara, podemos apontar para o fato de que, as decisões proferidas nos recursos penais analisados, revelam um caráter liberal da jurisdição desempenhada pelo Supremo Tribunal àquela época. Liberalismo, contudo, que não se pode confundir com defesa intransigente de direitos individuais dos cidadãos do império e tampouco limitação do poder punitivo do Estado. Liberalismo conservador, calcado no respeito à legalidade, na estabilidade institucional do império e na igualdade jurídica nos limites estabelecidos pelas normas. O liberalismo da moderação. Que exatamente por conta desses contornos não deixou de dialogar, como pudemos debater acima, com uma forma de clientelismo. Não o clientelismo da violência, da submissão, da sociedade verticalizada. Mas o clientelismo do favor, da ajuda, do afago, da cooptação.

Chegar a tais conclusões, entretanto, significa que várias mediações foram necessariamente realizadas. Em primeiro lugar, as aproximações à ideia do que significava o liberalismo no séc. XIX, como exposto ao longo do primeiro capítulo, fizeram com que, consentindo com a polissemia do conceito e sua pouco criteriosa utilização, procurássemos evitar os equívocos conceituais.

Como pudemos demonstrar, para além de o liberalismo no séc. XIX se constituir em discurso que se "não estava fora do lugar", hipótese na qual seria mera caparaça ideológica, e poria por terra toda a presente pesquisa, tratou-se de um discurso de promoção do legalismo e limitação do arbítrio doutrinal e judiciário. Também vimos que antes de se constituir no fruto da boa intenção de "evoluídos legisladores", tratou-se de discurso orientado pelas estratégias gerais do Estado e dos detentores do poder na resolução das questões práticas que lhes foram sendo impostas, e, nesse sentido, além de admitir a lógica dos fins justificando os meios, foi construído a partir de uma doutrina de direitos individuais entendidos como benesses concedidas aos cidadãos, nos termos legais. Igualmente, se é instilada a noção de que a Constituição só poderia ser formulada por representantes da nação legitimamente

eleitos, fixou-se outrossim a ideia de que a liberdade estaria ligada à ordem e a igualdade seria a que regulamentada em lei estivesse. Destarte, os limites do radicalismo desse discurso se encontraram no seu âmbito anticolonial, e uma vez conquistada a independência, guinou-se para a moderação, o meio-termo, a formatação de um Estado calcado na organização do direito público, cuja principal meta era a manutenção da ordem, numa concepção conservadora de que, antes de ser democratizado, o poder deveria ser ocupado por aqueles "que naturalmente teriam sido destinados a tanto".

Houve a necessidade de uma segunda mediação, qual seja, definir, delimitar e demonstrar a importância de se debater um conjunto espraiado de concepções sociais, que poderiam ser sintetizadas, na noção de clientelismo. Tal conceito, como acima restou definido, constituía-se no caldo cultural brasileiro de uma estruturação hierárquico-verticalizada do espaço social, cujas relações sociais intersubjetivas sempre se dão entre um superior e um inferior, que jamais é reconhecido como sujeito de direitos, relacionamento esse que assume a forma do favor, da clientela, da tutela, e da cooptação. Tal aproximação ao grande leque de práticas sociais, flexibilização de normas, lógica do favor, cooptação de humildes em ascensão, não só esteve presente no Judiciário do período colonial, como também constituiu uma das linhas de condução para compreendermos a sociedade pré-independência.

Daí, também debatemos, corporificou-se nos mecanismos de cooptação tanto dos dissidentes quanto dos humildes em ascensão para a preservação da estabilidade do sistema, que, de tal forma, era dificilmente ou, pelo menos, só endogamicamente problematizado. Em tal ambiente, destarte, e se coadunando com a concepção de direitos individuais oriundas do liberalismo conservador que vivenciamos, demonstramos que houve a proliferação de uma concepção autoritária dos seus contornos, com alta carga de inefetividade para coarctar as violências privadas e públicas inerentes ao padrão de organização social da época. Seguindo sua lógica, também trouxemos à tona o impacto do clientelismo na organização das matrizes político-institucionais brasileiras, especialmente para definir os padrões daquele que ficou conhecido como um dos grandes debates jurídico-políticos do séc. XIX, qual seja, a dicotomia centralização *versus* descentralização.

Estabelecidos e definidos os dois eixos do diálogo proposto, uma terceira mediação ainda se fazia necessária. Para tanto, analisamos ao longo do terceiro capítulo a estrutura do Supremo Tribunal de Justiça bem com a regulamentação dos

recursos criminais que lá eram julgados. A visualização dessa fundamental temática para a análise do caráter da jurisprudência criminal oriunda de seus julgamentos, objeto da tese que ora se encerra, realizamo-la mediante a utilização da noção de sistema penal, na qual, o Supremo Tribunal de Justiça seria uma das engrenagens. Destacamos naquele ponto que, apesar de se tratar de metodologia trazida pela criminologia contemporânea, o viés se impunha pela necessidade de compreendermos o Supremo Tribunal de forma articulada a todos os demais elementos que compunham o sistema punitivo do império. Dessa forma, pareceu-nos lógico que, para além da análise topográfica que realizamos do sistema normativo utilizado pela Corte Suprema em suas decisões criminais, especificamente o Código Criminal e o Código do Processo Criminal, seria fundamental também analisar o substrato material oriundo da aplicação prática dessas normas. Dessa forma, pudemos lograr êxito na percepção de que, sob um liberalismo formal norteador de ambas as normas, trações clientelistas eram impostas à sua efetividade, tanto pelo juiz de paz quanto pelo tribunal do júri, instituições criadas como elementos que reforçariam o liberalismo das normas que lhas previram.

Seguindo a lógica da compreensão da jurisdição recursal criminal do Supremo Tribunal imperial como uma das agências do sistema penal da época, pudemos demonstrar que essas trações clientelistas, somadas a outros fatores para além do universo jurídico estrito, redundaram no conjunto de reformas legais que ficaram conhecidas como o regresso conservador, na década de 1840. Atingida a estabilização das instituições jurídico-penais, que moldariam a formatação do sistema penal que vigeria até o final do império, além de debatermos suas nuances, adentramos na efetiva regulamentação constitucional e legal, tanto do Supremo Tribunal de Justiça quanto mais especificamente do processamento e julgamentos dos recursos criminais que para lá eram dirigidos à época.

Delineados os dois vetores da análise da jurisprudência criminal do STJ imperial, bem como compreendido que a Corte se constituía como uma agência de um amplo sistema de criminalização a qual, ainda que regulamentada, recebe os fluxos e refluxos dos demais elementos, no último capítulo nosso intento foi responder à indagação que nos constrangia desde a introdução, quando finalmente pudemos constatar o liberalismo jurídico-penal que embalou as decisões criminais proferidas pela Corte Maior brasileira à época pesquisada.

Liberalismo moldado aos limites que já tinham sido estabelecidos no capítulo primeiro, não demonstrando, longe disso, qualquer traço revolucionário em suas teses jurídicas, mas tampouco se ajustando aos moldes reacionários, nos quais a autoridade, violência e comando do Estado se faria sentir a despeito das leis. Nosso intento foi demonstrar que o liberalismo que dava a racionalidade das decisões do Supremo Tribunal imperial tinha na legalidade, observância das formas e defesa dos procedimentos sua tônica. Como se procurou mostrar, ainda que houvesse distorções no entendimento que deveria ser aplicado para o conhecimento dos recursos que lhe eram dirigidos, como pudemos verificar dos delineamentos da "nulidade manifesta" e da "injustiça notória", esses deslizos não chegavam a macular o liberalismo das decisões da cúpula do judiciário. Demonstramos que antes de se constituírem em ilegalidades, tratava-se de flexibilizações dos requisitos de conhecimento dos recursos, por meio dos quais, ilegalidades que não seriam apreciadas pelo Supremo, dessa forma, poderiam sê-lo.

Demonstramos outrossim que houve razões específicas para que esse liberalismo pudesse ganhar corpo na cúpula de um Judiciário que, de forma geral, ainda era norteado pela lógica clientelista. Entendemos que uma das razões seria a maior independência da atuação de seus ministros, quando se os comparava com seus pares das instâncias inferiores. Para além disso, a conquista do espaço institucional do Supremo Tribunal, e seu conseqüente processo de burocratização fez com que, para além das expectativas sociais que dele se tinha, suas reais funções passassem a ser desempenhadas com independência. O que normalmente significou desempenho dentro das normas legais vigentes à época.

Pudemos constatar também que esse liberalismo tinha limites específicos, dentro os quais, de forma bastante destacada, e até mesmo como corolário da noção de liberalismo e de clientelismo então vigentes, a concepção que se dava aos direitos individuais. Como debatido, sua defesa foi absolutamente incidental, visto que compreendido como um favor ou no máximo uma concessão estatal, que poderia ser retirada assim que aprovesse ao Estado. Por fim, também procuramos demonstrar que as articulações e os envoltimentos sociais, políticos e econômicos dos ministros que integravam aquela Corte, dificilmente os imunizaria das trações impostas pelo clientelismo. Não que houvesse o cometimento de ilegalidades, mas o reconhecimento de direitos e prerrogativas que poderiam ser estendidos a todas as demais pessoas, seriam mais facilmente reconhecíveis, se o acusado, seu advogado, ou seus amigos,

pertencessem ao "clube". Daí porque a paradoxal conclusão a que se pôde chegar, segundo a qual, e ao contrário do que uma visualização inicial do tema poderia suscitar, as permanências dessa mais sofisticada faceta do clientelismo podem não ter representado ataques ao edifício liberal que então se construía. Ao contrário, pode lhe ter dado bases mais sólidas para que, por vias tortas, pudesse o liberalismo aproveitar decisões específicas de um caso, estendendo-a em outros precedentes, para todos os demais. Ainda que sob as bases de uma concepção absolutamente limitada e até pueril de direitos individuais.

Da vereda trilhada, ademais, devem ser destacados dois pontos não abordados no corpo da tese, mas que a visão topográfica ora realizada, nos permite concluir a essa altura. Em primeiro lugar, o fato de que não seria de todo equivocado afirmarmos que o processo de modernização trilhado pelo Direito no séc. XIX, contou com a esfera criminal, embalada pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, como um de seus baluartes. É que se entendermos a modernização do direito, segundo Paolo Cappelini, como um processo "liberatório do indivíduo dos vínculos e laços de privilégio, para impeli-lo à esfera das liberdades juridicamente garantidas [...] e subtraídas definitivamente ao *arbitrium* [...]"⁸²⁵, verifica-se da jurisprudência analisada um espaço de especial relevo na conquista de liberdades juridicamente garantidas. Anulações de condenações sem lastro probatório, de tipificações mal elaboradas, e de processos em que não foram garantidos os meios recursais, entre outros pontos abordados ao longo do quarto capítulo, são a demonstração eloquente de que a modernização do direito no século XIX teve uma de suas pilastras na jurisprudência criminal do Supremo Tribunal de Justiça.

De outro lado, também não seria errôneo apontarmos para o não desprezível papel do Supremo Tribunal de Justiça do império na construção da cultura jurídico-criminal em nossa história pós-independência. A passagem de um sistema penal inquisitorial fulcrado no Livro V das Ordenações para um sistema altamente complexo de direitos, formalidades e procedimentos processuais penais, da qual se pode vislumbrar a formatação de uma cultura jurídico-penal específica, contou com a voz gradativamente imponente do Supremo Tribunal de Justiça. Se o trilhar desse

⁸²⁵ CAPPELLINI, Paolo. Pessoa humana, codificação ou como *toute histoire véritable est une histoire du subjectif*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p.36.

caminho passou pela conquista da institucionalização e reconhecimento das diretrizes adotadas em seus acórdãos, as pegadas podem ser vislumbradas como a cultura jurídica daquela quadra histórica.

Cultura jurídico-criminal do séc. XIX que, por seu turno, leva-nos a mais um paradoxo, que por ultrapassar os limites do conhecimento histórico, e também por não ter sido abordado no corpo da tese, deve ser mediado por uma última discussão. Permita-nos a sua referência.

Ao longo da presente tese não foram poucos os momentos em que debatemos os inconvenientes de utilizarmos a metodologia histórico-positivista. Dentre eles, nos referimos à simplificação da história numa linearidade harmônica e lógica, que para atingir tais predicados de perfeição exclui todas as possibilidades históricas que não se adéquam à leitura realizada.⁸²⁶ Uma linearidade que não tem a sua lógica explicitada, e na qual a "riqueza e a inesgotabilidade do real são reduzidas a uma lógica aleatória, que acaba ficando presa a interesses que nunca são postos a nu pela sua própria metodologia"⁸²⁷.

No âmbito estrito do direito penal, apontam Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, para a comum perspectiva de a história das legislações criminais ser simplificada numa linearidade, que centra sua atenção nas características das sanções penais⁸²⁸, e na qual, o analista histórico, em geral, se posiciona "[...] na cúspide de uma evolução"⁸²⁹. Ou seja, além da negação de outras perspectivas históricas, a linearidade simplificadora acarreta, outrossim, uma história comemorativa, ou seja, uma história que legitimará a opção histórico-institucional do presente como sendo o melhor padrão de evolução possível, como se o constructo histórico que

⁸²⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p.60-61.

⁸²⁷ *Ibid.*, p.61.

⁸²⁸ A linearidade da história do direito penal se daria no seguinte sentido para os autores: Penas ilimitadas (vingança privada), penas limitadas (vingança pública), penas mais restritas (humanização) e penas racionais ou da etapa atual, chamada por uns de científica, por outros de técnica e por outros tantos de dogmática [...]" (ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.383).

⁸²⁹ *Id.*

temos, antes de ser o resultado de série de opções políticas e culturais, fosse o resultado da natureza das coisas.⁸³⁰

O resultado disso é um imaginário grau de desenvolvimento do nosso atual direito penal, pretensamente superior a todos os modelos ditos "superados", com o que se afastam, tanto as problematizações do presente quanto as necessárias contextualizações do passado. Ao contrário, impõe-se como corolário dessa postura um preconceito contra o passado sempre "menor, menos evoluído, menos importante" que o presente.

Nesse ponto, há que se retomar Norbert elias, que para discorrer sobre o processo civilizacional percorrido pelo homem ocidental⁸³¹, no qual aborda, exemplificativamente, temas como o comportamento à mesa e as mudanças de atitude em relação às funções corporais, adverte, nas primeiras páginas de sua obra, que não foi orientado pela ideia de que nosso modo civilizado de comportamento é o mais avançado de todos os humanamente possíveis e tampouco pela opinião de que a "civilização" é a pior forma de vida.⁸³² Ou seja, a análise histórica não pode partir de uma visão preconcebida tanto do presente ou ainda do passado como algo melhor. Há que se partir de uma visão quiçá antropológica, no sentido de entender que conformam tempos, racionalidades e instituições que se ajustam a ambas que são simplesmente diferentes em alguns pontos e semelhantes em outros.

Nesse sentido, e como última reflexão, temos que o debate produzido pela tese que ora se encerra possa ter esse condão. Demonstrar que paradoxalmente, o padrão de jurisprudência criminal do séc. XIX, fundado numa canhestra concepção de direitos individuais, estabelecidos e definidos pela lei, apresentava em termos práticos e efetivos, um padrão de defesa dos direitos dos cidadãos e de limitação do poder punitivo do Estado significativamente superior ao que atualmente ostentamos, como se vê nos de ataques jusnaturalistas travestidos de "ponderação de valores constitucionais", para ficarmos em um exemplo.

⁸³⁰ CAPPELA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p.16.

⁸³¹ ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: uma história dos costumes. Tradução de Ruy Jungmann; revisão e apresentação de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. v.1.

⁸³² *Ibid.*, p.18.

Para um leitor atento da jurisprudência criminal do Império, indícios dessa guinada "pouco republicana" podem ser vislumbrados no oferecimento de queixa contra o então futuro Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto. Ainda que jamais o libelo acusatório tenha sido ofertado, o fato é que a inicial foi recebida pelo Supremo Tribunal do Império, não sem, mais uma vez, votos vencidos terem sido declarados.⁸³³ Talvez por coincidência, mas em 1891, quando foi criado o Supremo Tribunal Federal, só foram para lá conduzidos os ministros da antiga Corte que não haviam recebido a exordial acusatória contra o antigo presidente de província. Novas roupagens. Velhos discursos.

⁸³³ SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. Anexo II, p.230.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AMBROSINI, Diego Rafael. A interiorização da metrópole: atores e instituições. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.243-305.

ARAÚJO, Ricardo Benzaquem de. **Guerra e paz**: casa-grande & senzala e a obra de Gilberto Freyre nos anos 30. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

ASSIS, Machado de. O caso da vara. Páginas recolhidas. In: COUTINHO, Afrânio (Org.). **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v.2: Conto e teatro. p.577-581.

BASTOS, Tavares. **A província**: estudos sobre a descentralização no Brazil. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1870.

BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. In: LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**: a época e o homem. São Paulo/Rio/Recife/Porto-Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939. p.283-305.

BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições**: Portugal, Espanha e Itália - séculos XV-XIX. Sao Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história ou O Ofício de historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. Lei de 18 de setembro de 1828. Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas atribuições. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 26 out. 2012.

_____. Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Código do Processo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM261.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Tomo 1.

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

CALAINHO, Daniela Buono. **Agentes da fé**: familiares da Inquisição portuguesa no Brasil colonial. Bauru: Edusc, 2006.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber a sociologia brasileira. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v.46, n.1, p.153-193, 2003.

CAPPELA, Juan Ramón. **Fruta proibida**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CAPPELLINI, Paolo. Pessoa humana, codificação ou como *toute histoire véritable est une histoire du subjectif*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2010. p.31-55.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. In: CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1988. p.130-153.

_____. **A construção da ordem**: a elite política imperial/teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2003.

CARVALHO, Salo. Ensino e aprendizado das ciências criminais no século XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.15, n.69, p.237-278, nov./dez. 2007.

_____. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CACCIA, Natasha Schmitt. Os juristas e o poder politico monárquico português. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.149-169.

CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil**: mito fundador e sociedade autoritária. 6.^a reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: UTET, 1986

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007.

COSTA, Pietro. Estado de direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **Estado de direito**: teoria, história, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.95-198.

_____. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: um campo di tensione nella modernità penale. In: SBRICCOLI, Mario (Org.). **Quaderni Fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno**. Milano: Giuffrè Editore Milano, 2007. v.36. Tomo I. p.1-39.

_____. **O conhecimento do passado**: dilema e instrumentos da historiografia. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.

COSTA JR., Paulo José. **Direito penal**: curso completo. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.03-55.

CUNHA, Alexandre Mendes. Patronagem, clientelismo e redes clientelares: a aparente duração alargada de um mesmo conceito na história política brasileira. **História**, São Paulo, v.25, n.1, p.226-247, 2006.

DIAS, Maria Odila Leite da Silva. **A interiorização da metrópole e outros estudos**. São Paulo: Alameda, 2005.

DOLHNIKOFF, Miriam. Elites regionais e a construção do Estado nacional. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil**: formação do estado e da nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.431-468.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. **20 teses de política**. Buenos Aires: consejo latinoamericano de ciencias sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão popular, 2007.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

_____. **O processo civilizador**: uma história dos costumes. Tradução de Ruy Jungmann; revisão e apresentação de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. v.1.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10.ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v.1.

_____. **Machado de Assis**: a pirâmide e o trapézio. 4.ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA, Gabriela Nunes. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.301-315.

FEITLER, Bruno. **Nas malhas da consciência**: igreja e inquisição no Brasil: Nordeste 1640-1750. São Paulo: Alameda; Phoebus, 2007.

FLORY, Thomas. **Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871**. Austin: University of Texas Press, 1981. (Latin American Monographs, n. 53).

FONSECA, Eduardo Giannetti da. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e história**: relações entre concepções de história, historiografia e história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

_____. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTR, 2002.

_____. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no séc. XIX. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v.44, p.61-76, 2006.

_____. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879). **Cuadernos Del Instituto Antonio de Nebrija**, Madrid, v.8, p.97-116, 2005.

_____. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do século XIX. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Orgs.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.13-34.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 11.ed. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1994.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa, revisão de Paulo Guimarães do Couto. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: introdução à história da sociedade patriarcal brasileira. 46.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

_____. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano - introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 2. 13.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. O judiciário no crepúsculo do império (1871-1889). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.105-138.

GINZBURG, Carlo. **Relações de força**: história, retórica e prova. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

GOUVÊA, Maria de Fátima. **O império das províncias**: Rio de Janeiro, 1822-1889. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

GROSSI, Paolo. **Mitologia jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal. Liberalismo moderado: postulados ideológicos e práticas políticas no período regencial (1831-1837). In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.). **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.103-126.

GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal. Francisco Adolfo de Varnhagen: história geral do Brasil. In: MOTA, Lourenço Dantas (Org.). **Introdução ao Brasi**: um banquete no trópico. 2.ed. São Paulo: Editora SENAC, 2002. p.75-96.

GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.). **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001.

HESPANHA, António Manuel. **História das instituições**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

_____. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no antigo regime. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.287-379.

_____. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.381-468.

_____. **As vésperas do Leviathan**: instituições e poder político em Portugal – séc. XVII. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

_____. Pequenas repúblicas, grandes estados: problemas de organização política entre antigo regime e liberalismo. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil**: formação do estado e da nação. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.93-108.

_____. **Guiando a mão invisível**: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

_____. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. **Hércules confundido**: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista – o caso português, Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **A política perdida**: ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010.

HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **A era do capital**: 1848-1875. Tradução de Luciano Costa Neto. 5.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. **A era das revoluções**: 1789-1848. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 10.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. **A era dos impérios**: 1875-1914. Tradução de Sieni Mara Campos e Yolanda Steel d Toledo. 5.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **Visão do paraíso**: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000.

_____. (Org.). **O Brasil monárquico**: o processo de emancipação. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. v.3. Tomo II.

_____. **O Brasil monárquico**: dispersão e unidade. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. v.4. Tomo II.

JENKINS, Keith. **A história repensada**. Tradução de Mario Vilela. 3.ed. 1.^a reimpressão. São Paulo: Contexto, 2007.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução do original alemão de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 1999.

KUGELMAS, Eduardo (Org.). **José Antonio Pimenta Bueno**: marquês de São Vicente. São Paulo: Editora 34, 2002.

_____. Pimenta Bueno: o jurista da coroa. In: KUGELMAS, Eduardo (Org. e introdução). **José Antonio Pimenta Bueno**: marquês de São Vicente. São Paulo: Editora 34, 2002. p.19-49.

LARA, Silvia Hunold (Org.). **Ordenações filipinas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Tradução de Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. (versão para eBook: ebBooksBrasil.com).

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 2.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.

LIMA, Hermes. **Tobias Barreto**: a época e o homem. São Paulo/Rio/Recife/Porto-Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCSÓ, István (Org.). **Brasil: formação do Estado e da Nação**. São Paulo: Hucitec; Ed. Unijuí; Fapesp, 2003. p.195-218.

_____. Introdução. In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.11-18.

_____. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, André Javier Payar; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.63-104.

MAFRA, Manoel da Silva. **Jurisprudencia dos tribunaes comp. dos accordões dos tribunaes superiores publicados desde 1841**. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1868. 3v.

MALERBA, Jurandir. **Os brancos da lei**: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil. Maringá: EDUEM, 1994.

MALTEZ, José Adelino. A questão do novo código. In: ALBUQUERQUE, Martim de; ALBUQUERQUE, Ruy de. **História do direito português**. Lisboa, 1983. v.2. p.130-153.

MARTÍN, Sebastián. Penalística y penalistas espanoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944) In: SBRICCOLI, Mario (Org.). **Quaderni Fiorenti per la storia del pensiero giuridico moderno**. Milano: Giuffrè Editore Milano, 2007. v.36. Tomo I. p.503-610.

MARTINS, Maria Fernanda Vieira. A velha arte de governar: o Conselho de Estado no Brasil Imperial. **Revista Topoi**, v.7, n.12, p.178-221, jan./jun. 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTA, Carlos Guilherme. Introdução. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.13-22.

_____. Parte I: do império luso-brasileiro ao império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado - nação brasileiro**: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v.1. (Coleção Juristas Brasileiros). p.23-142.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**: I – império. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973.

NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo político no Brasil: ideias, representações e práticas (1820-1823). In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.) **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.73-102.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1973. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Gabriela Ferreira. **Centralização e descentralização no Império**: debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemônico. Madrid: Siglo Veintuno editores, 1998.

_____. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.293-312.

PENA, Martins. **O noviço. O juiz de paz na roça. Quem cada quer casa**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

PERROT, Michele. **Os excluídos da história**: operários, mulheres e prisioneiros. Tradução de Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

PIRES, Maria de Fátima Novaes. **O crime na cor**: escravos e forros no alto sertão da Bahia (1830-1888). São Paulo: Annablume/Fapesp, 2003.

PIZA, Daniel. **Machado de Assis**: um gênio brasileiro. 2.ed. rev. corrig. pelo autor. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.

PRADO, Maria Emilia. Ordem liberal, escravidão e patriarcalismo: as ambigüidades do Império do Brasil. In: GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; PRADO, Maria Emilia (Orgs.). **O liberalismo no Brasil imperial**: origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, UERJ, 2001. p.163-198.

PRADO JR., Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império. 13.ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A modernização do direito penal brasileiro**: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROCHA JÚNIOR. Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Recurso especial e extraordinário criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SALLUM JUNIOR, Brasília. Sérgio Buarque de Holanda: raízes do Brasil. In: MOTA, Lourenço Dantas (Org.). **Introdução ao Brasil**. um banquete nos trópicos, 1. 3.ed. São Paulo: Editora SENAC, 2001. p.235-255.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem burguesa e liberalismo político**. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do Imperador**: D. Pedro II, um monarca nos trópicos. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. 4.ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1992.

SIMÕES NETO, Francisco Teotonio. **Os bacharéis na política – a política dos bacharéis**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade de São Paulo, Departamento de Ciências Sociais, São Paulo, 1983.

SLEMIAN, Andréa. **Políticas em tempo de crise**: Rio de Janeiro (1808-1824). São Paulo: Hucitec, 2006.

_____. **Sob o império das leis**: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834). São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Fapesp, 2009.

_____. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (188-1841). In: SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.19-62.

SLEMIAN, Andréa; GARCIA NETO, Paulo Macedo; PAYAR, André Javier; LOPES, José Reinaldo de (Coords.). **O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Panorama do segundo Império**. 2.ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1998.

STAUT JR., Sérgio. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916**. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

URICOECHEA, Fernando. **O minotauro imperial**: a burocratização do estado patrimonial brasileiro no século XIX. Rio de Janeiro/São Paulo: Difel, 1978.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo. **Historia geral do Brazil**. Rio de Janeiro: E. e H. Laemmert, 1857.

VIANNA, Hermano. Equilíbrio de antagonismos. **Folha de São Paulo**, 12 mar. 2000. Caderno Mais! p.21.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra; revisão técnica de Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.

_____. **Economia e sociedade**: fundamentos de uma sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.