

A CONSAGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO DO IMPÉRIO NA CONSTRUÇÃO DA REPÚBLICA

THE IMPERIAL LEGISLATION'S ACCLAMATION DURING THE CONSOLIDATION OF THE FEDERATIVE BRAZILIAN REPUBLIC

*MARÍLIA SCHNEIDER**

Resumo

Este artigo aborda os instrumentos do Direito que compunham o ordenamento jurídico durante os anos de consolidação do regime Republicano. Destaca a importância dos textos legais que ampararam a prática jurisdicional, considerando as diretrizes da Constituição Federal de 1891 e a posição adotada pelas lideranças políticas paulistas.

Palavras-chaves

Ordenamento jurídico, Justiça, Brasil República

Abstract

This article is about the legal instruments that composed the legislation adopted during the consolidation of the Brazilian Republic. It highlights the relevance of the legal texts that supported juridical practice, in line with the 1891 Federal Constitution and the position of São Paulo politicians.

Key words

Legislation, Justice, Brazilian Republic

Ao adotar o modelo republicano federativo, a Constituição brasileira de 1891 estabeleceu a autonomia dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estabelecendo a condição política da instituição judiciária.

O Estado de São Paulo manteve, em sua Constituição, a mesma orientação definida pela Carta Federal, fixando as normas básicas de organização do sistema judiciário, bem como os princípios que deveriam ser observados na legislação que definiu suas particularidades. Os legisladores paulistas centralizaram o controle administrativo das atividades forenses no poder Executivo, principalmente o mecanismo de nomeação das principais autoridades judiciárias, juizes de

* Doutora em História Social pela USP.

direito e ministros do Tribunal de Justiça. De forma geral, as leis republicanas mantiveram a estrutura judiciária já consolidada durante o Império, introduzindo poucas novidades na rotina da vida forense.

Tão importante quanto a legislação que regularizou a burocracia judiciária são os textos legais que consubstanciaram o Direito, isto é, as fontes que ampararam a prática jurisdicional. Assim, este artigo discute o arcabouço jurídico que subsidiou as práticas forenses nas primeiras décadas republicanas, considerando os limites constitucionais para a renovação do Direito e a posição adotada pelas lideranças políticas paulistas quanto às possibilidades de mudança.

No que diz respeito ao ordenamento do judiciário, especialistas sugerem que há estágios de apreensão do conhecimento científico sobre o Direito, o que significa que cada época elabora um sentido próprio não apenas para a noção de “Direito”, mas também para o conjunto de conhecimentos relativos ao processo judicial (Cintra, Grinover & Dinamarco, 1986: 3-16). Desde de já, cabe observar a distinção secular entre Direito e processo judicial.

O “Direito objetivo” refere-se ao sistema de normas destinadas a disciplinar a conduta dos indivíduos na sociedade, as quais se revelam como ordens, ou mandamentos – imperativos ou proibitivos –, ou como diretrizes ou preceitos dispositivos, que também se fazem obrigatórios. Sua função é regular a atitude dos indivíduos em face de seus interesses e solucionar os conflitos daí decorrentes. O “processo judicial”, por sua vez, é um conjunto de atos coordenados, que regulam as atividades dos sujeitos interessados, do órgão jurisdicional e de seus auxiliares. Ao sistema de princípios e normas legais que regula o processo se dá o nome de “direito processual”. Conforme a natureza do conflito, ou *lide*, o direito processual divide-se em dois grandes ramos: direito processual penal e direito processual civil (Santos, 1987: 5-14).

Atualmente, o Direito é definido como ordenamento, isto é, como o conjunto de regras e leis, e como cultura, uma esfera em que se produzem um pensamento, um discurso e um saber. Pode ser visto também como um conjunto de instituições (Lopes, 2000: 22). Ao se constituir como uma esfera de produção de conhecimento, a esse conceito tridimensional do Direito associamos, aqui, a noção de ação política. Os especialistas em Direito, tanto os do passado como os de nossa época, colocam-se em posição de controle sobre a massa de indivíduos, cuja totalidade existencial, antes mesmo de nascer e depois de morrer, está determinada pelo conhecimento manipulado por estes profissionais. Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico é mais que um complexo emaranhado de leis, sendo também o resultado da ação política dos homens, tanto dos que atuam diretamente em sua confecção como daqueles que o aplicam no cotidiano da vida social, no exercício do poder.

Nesse sentido, a análise de Nicos Poulantzas (in Naves, 1980) sobre o papel da lei no exercício do poder e da repressão é muito sugestiva. Para esse autor, foi o com o advento do Estado capitalista que a lei se apresentou como limitação ao arbítrio estatal, no exercício da violência. A concepção do “Estado de direito” em oposição ao poder ilimitado criou a “ilusão do binômio Lei-Terror”. Mas toda forma estatal sempre se edificou como organização jurídica, representou-se no Direito e funcionou sob forma jurídica. Poulantzas (in Naves, 1980) afirma, com isso, que nada é “mais falso que uma presumível oposição entre o arbítrio, os abusos, a boa vontade do príncipe e o reino da lei”. Esse juízo remontaria à concepção jurídica legalista do Estado, a da filosofia política do Estado burguês estabelecido, contra a qual se levantaram Karl Marx e Max Weber e que não passou despercebida pelos “teóricos da gestação sangrenta do Estado, Maquiavel e Hobbes.” Poulantzas (in Naves, 1980) defende que essa suposta cisão entre lei e violência é falsa, sobretudo em se tratando do Estado moderno, já que “é o Estado da lei que detém por excelência, ao contrário do Estados pré-capitalistas, o monopólio da violência”. Entre os pensadores que negligenciaram o papel da lei na organização do poder e da repressão física no funcionamento do Estado, esse autor critica especialmente Foucault, por entender que o exercício do poder nas sociedades modernas baseia-se muito menos na violência-repressão aberta do que nos mecanismos mais sutis de normalização e de controle, levando a classe dominada a interiorizar a repressão. As origens dessa concepção assenta-se nos pares violência/consentimento, repressão/ideologia, que por muito tempo marcaram as análises do poder. Nessa ótica, o poder moderno não se basearia na violência física organizada, mas na manipulação ideológica-simbólica, na organização do consentimento e na interiorização da repressão. As origens dessa concepção encontram-se nas primeiras análises da filosofia político-jurídica burguesa, tendo sido desenvolvida, sob formas variadas, pelos autores da escola de Frankfurt, por Herbet Marcuse e, atualmente, Pierre Bourdieu. O tema da violência física no exercício do poder perde relevância, pois todos esses autores desprezaram a ação de aparelhos repressivos, como o exército, a polícia e a justiça.

A análise de Poulantzas (in Naves, 1980) ancora-se também na percepção de que o Estado freqüentemente transgride a lei, já que o sistema normativo permite que a legalidade seja compensada por “apêndices de ilegalidade”, como a razão de Estado. Assim, “ilegalidade e legalidade fazem parte de uma única e mesma estrutura institucional.” Finalmente, Poulantzas (in Naves, 1980) acredita que a lei organiza e regula as relações entre os escalões e os aparelhos impessoais de exercício do poder, através de um corpo de “juristas especializados”. Todo parlamentar, político, policial, oficial, juiz, advogado e funcionário é um “homem da lei”, que legisla, conhece a lei e o regulamento, os

concretiza e os aplica. Na ótica desse autor, o Direito expressa, sobretudo, “as relações de força no seio do bloco no poder” e concretiza-se ao “delimitar os campos de competência e de intervenção de diversos aparelhos”, os quais são dominados pelas diferentes frações desse bloco. Concluindo sua ponderações, Poulantzas (in Naves, 1980: 63-82) arremata:

“ Ninguém é considerado ignorante da lei, máxima fundamental de um sistema jurídico moderno em que ninguém, salvo os representantes do Estado, pode conhecê-la. Este conhecimento requisitado a todo cidadão não é objeto de uma disciplina particular na escola, como se, ao se pretender exigir que ele conheça a lei, tudo se fizesse para que ele a ignore. Esta máxima expressa assim a dependência-subordinação frente aos funcionários do Estado, ou seja, os fazedores, os guardiães e os aplicadores da lei, das massas populares cuja ignorância (o segredo) da lei é uma característica desta lei e da própria linguagem jurídica. A lei moderna é um segredo de Estado, fundadora de um saber açambarcado pela razão de Estado.”

Sem querer abordar a polêmica que o pensamento marxista introduz na análise do Direito, a amplitude das idéias de Poulantzas (in Naves, 1980) permite uma visualização social, política, histórica e ideológica do ordenamento jurídico. Diante dela, a complexa situação do Direito no alvorecer da República brasileira torna-se mais compreensível. A doutrina liberal, defendida por segmentos da burguesia em ascensão contra o “absolutismo” monárquico, afirmando “valores e direitos básicos atribuíveis à natureza moral e racional do ser humano”, conciliou-se com o modelo patrimonialista de poder de um país escravocrata. A estratégia liberal-conservadora resultante dessa relação ambígua entre patrimonialismo e liberalismo permitiu a permanência do clientelismo e da cooptação nas relações políticas, ao mesmo tempo que introduziu uma “cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental.” Explica-se assim os “aspectos conservadores, individualistas, antipopulares e não-democráticos do liberalismo brasileiro”, acima de tudo marcado pelo “juridicismo” que moldou o perfil da nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal (Wolkmer, 1999: 74-80).

Por outro lado, os juristas brasileiros foram permeáveis a diversas influências. O debate político e o direito público constitucional e administrativo apoiavam-se em princípios da cultura jurídica francesa e inglesa. No direito privado, a ascendência do utilitarismo inglês sobre os comercialistas era grande, e os contatos com a Inglaterra freqüentes. De fato, o Brasil era o país latino-americano em que, no começo de século XIX, os negócios ingleses estavam mais concentrados: investimentos em dívida pública, títulos em geral, comércio e, mais tarde, participação em alguns empreendimentos, tais como seguros, bancos e estradas de ferro. Além da inglesa,

observa-se ainda a influência da doutrina alemã entre os privatistas brasileiros, fato considerado notável, pois, entre os europeus, essa doutrina era considerada conceitualista. Ao ser adotada no Brasil, “tornou o direito um objeto de conhecimento de poucos, como poucos eram os que formavam as classes superiores do país” (Lopes, 2000:336). Se o Direito era realmente um conhecimento de poucos, imagine-se a situação dos leigos que exerciam advocacia nas cidades do interior. Lembre-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo concedia provisões para as pessoas que, mesmo não sendo bacharéis em Direito, advogavam durante o Império e nas primeiras décadas republicanas.

O estudo do ordenamento jurídico desenvolve-se a partir da superposição de suas dimensões histórica, social, política e ideológica, vivificadas no desempenho dos profissionais do Direito e, particularmente, nas atividades da magistratura e do Tribunal de Justiça, órgão que disciplinava a prática forense de todo o Estado. Conforme as palavras de um desembargador, autor de um trabalho sobre a evolução histórica do poder Judiciário de Mato Grosso, “poder Judiciário”, “justiça” e “Direito” ligam-se intrinsecamente. Reportando-se ao objeto de sua pesquisa, João Antônio Neto (1985) explica na introdução de seu livro:

“ É a história do Poder Judiciário, da Justiça ou do Direito? Tanto faz. A Justiça (Poder Judiciário) é o instrumento através do qual o Direito se realiza; logo, quem estuda a justiça, estudará o Direito; e, estudando-se o Direito, fatalmente chegar-se-á à Justiça que é o seu fim.”

De fato, “história” do poder Judiciário, “justiça” e “direito” são conceitos que se confundem quando se procura compreender o papel desempenhado pela instituição judiciária. Nesse momento, um simples “tanto faz” expressa uma complexa relação: a legislação que definiu as atribuições do poder Judiciário, os códigos de leis e a jurisprudência criada no Tribunal de Justiça conformam o Direito, que regula toda a vida social, fazendo-a fluir de acordo com determinada ordem.

Cabe lembrar, no entanto, que, nos anos de consolidação do regime republicano, não estavam absolutamente claros quais eram os limites de competência legislativa entre os Estados e a União para a elaborar o direito processual. A opinião de Candido de Oliveira, conselheiro do Império, advogado e jurista, é exemplar:

“ O ministro Campos Salles dissolve, logo nos primeiros dias, a comissão organizadora do Código Civil, decidindo que às legislaturas locais cabia legislar sobre o direito privado.

Antes de votada a Constituição de 24 de fevereiro, pelo ato nº. 848 de 11 de outubro de 1890, cria-se a Justiça Federal, ao passo que os constituintes, no Estatuto político da confederação, transferem aos Estados não só a faculdade de organizar os seus tribunais, como a de legislar sobre o processo civil, comercial e criminal.

Estava proclamada legislativamente a bifurcação da Justiça e, com ela, a decadência deste importantíssimo serviço, para cuja salvação se pede agora às tentativas revisionistas o anódino remédio. [...] estabelecer centros judiciários subordinados aos caprichos e volubilidade dos pequenos parlamentos estaduais; permitir que diversifiquem, conforme as arbitrarias divisões territoriais, as regras dos funcionamentos dos tribunais, as formas da investidura e as próprias normas dos julgamentos, é levar o caos ao campo do direito e, em lugar de uma jurisprudência nacional, pulverizar as regras porque cada um pode reclamar contra as lesões da sua personalidade e do seu patrimônio.” (Oliveira, 1900: 40-43)

Como as questões relativas à administração dos serviços judiciários eram intrínsecas à legislação processual, o jurista entendia que a dualidade da justiça, consagrada na Constituição federal, provocava confusão e desordem no serviço judiciário. Ao deixar de amparar e uniformizar a legislação civil, a descentralização política parecia ameaçar a uniformidade do direito judiciário e condenar a jurisprudência nacional. Temia-se a pulverização das regras do Direito e, com ela, a eclosão do caos jurídico e social. Note-se que a crítica foi feita depois de dez anos de regime republicano e só no que se refere ao direito civil (veremos adiante que o direito criminal foi imediatamente consolidado com a promulgação do Código Penal de 1890). Mas nem todos pensavam como o conselheiro Candido de Oliveira (1900). Para João Mendes de Almeida Júnior (1918), a situação estava claramente definida:

“ O artigo 34 nº. 23 da Constituição da República confere ao Congresso Nacional competência privativa para legislar sobre o direito processual da jurisdição federal; mas, por outro lado, não há texto algum da Constituição conferindo aos Estados federados a atribuição de legislar sobre o direito processual. Não se tratando de hipóteses contrárias, não é logicamente lícito atribuir aos Estados, por argumento de exclusão, a competência privativa para legislar sobre o processo das jurisdições estaduais; surge, pois, como fatal consequência a cumulação de atribuições. Não podendo essas atribuições ser exercidas simultaneamente, nem alternativamente, outra fatal consequência é que essa cumulação não pode deixar de ser supletiva, prevalecendo a preeminência do Congresso Nacional. [...] A unidade nacional do direito civil, comercial e criminal fatalmente acarreta a uniformidade nacional do processo e a conformidade nacional da jurisprudência.” (Almeida Jr., 1918: 2) [grifos do autor]

Essa citação faz parte da introdução de um trabalho que João Mendes (1918) definiu como um “tratado” sobre o direito judiciário. Nele, sua intenção é enfatizar que a unidade do Direito nacional estava preservada, pois competia privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o processo. Advogado, professor da Faculdade de Direito de São Paulo e ministro do Supremo Tribunal Federal quando publicou o livro, o autor redigiu um manual de organização judiciária brasileira para dar “um banho na memória” dos estudantes de Direito. Sua abordagem didática esclarece em detalhes o complexo emaranhado das leis do Império e da República, que conformavam o ordenamento jurídico brasileiro durante as primeiras décadas de vida Republicana. A despeito dos propósitos dessa obra de João Mendes (1918), aos Estados tinha sido atribuída a competência para legislar “supletivamente”. Com isso, as unidades da federação reformularam muitos procedimentos administrativos e processuais, nem sempre, segundo o próprio João Mendes, respeitando os parâmetros constitucionais.¹

Se a questão era meramente interpretativa ou não, sobreleva assinalar a situação confusa e contraditória instaurada na arena jurídica, pois, conforme outro depoimento de um profissional do foro, a legislação era incoerente:

“ Não hesitou ela [a Constituição], em conformidade com a autonomia ampla, concedida aos Estados, de atribuir-lhes competência para legislar sobre o processo e a organização judiciária, atribuição verdadeiramente incongruente, desde que à União se reservou a de legislar sobre o processo civil, comercial e criminal da República (art. 34 d.23 e 26). [...] Aceita semelhante orientação, que, fossem quais fossem os seus defeitos, teve o grande mérito de salvar a unidade do direito privado, trataram os Estados de constituir-se politicamente, organizando ao mesmo tempo o seu poder judiciário.” (Faria, 1942: 3)

A Constituição do Estado de São Paulo, por sua vez, consignava no artigo 9º. das disposições transitórias: “Continuarão em vigor, enquanto não forem revogadas, as leis do antigo regime no que, explícita ou implicitamente, não for contrário ao sistema de Governo estabelecido pela Constituição Federal, ou a esta Constituição e demais leis da República.”²

As leis do antigo regime continuaram em vigor no Estado de São Paulo e perfaziam um complexo conjunto de fontes jurídicas. O novo modelo de Estado adotava os mesmos códigos de

¹ Para João Mendes (1918), os casos mais flagrantes de inconstitucionalidade na reforma do judiciário estavam no Rio Grande do Sul.

² Decretos e Resoluções do Governador. Typografia do Diário Oficial. São Paulo: 1913.

leis, que fixavam a organização judiciária e as regras do processo. Embora o Código Criminal tenha sido o primeiro instrumento jurídico de validade nacional outorgado pelos republicanos, a justiça civil e as regras do processo permaneceram segundo as normas estabelecidas no Império. Além disso, a instituição do Código Penal brasileiro de 1890 não significou a revogação de inúmeras leis judiciárias de caráter administrativo e processual, relativas ao crime e instituídas no Império.

Depois dessa rápida explanação, retoma-se, aqui, o significado do termo “Direito”, vigente no início do século e recolhido pelo pensamento de João Mendes de Almeida Júnior (1918). O Direito era então considerado uma “ciência especulativa quanto ao modo de saber e eminentemente prática quanto ao fim, porque deveria ser aplicado aos fatos da vida.” O pensamento de Mendes de Almeida (1918) desenvolve-se tendo em vista dois pressupostos básicos: “a verdade dos princípios e rectidão das leis” e a “realidade dos factos.” Tais noções fundamentavam uma percepção tríplice do Direito, visto como um atributo da pessoa, como um fenômeno na vida social e como norma de agir ou lei. Como atributo da pessoa, o direito era a faculdade de agir moralmente, inviolável. Sendo um atributo de um sujeito, chamava-se “direito subjetivo”. Considerava-se a pessoa como uma substância individual a quem o direito era atribuído como faculdade de agir e cuja atividade era sancionada e garantida pela força do Estado. Sob esse ponto de vista, o direito se dividia em direitos congênitos e direitos adquiridos, sendo estes divididos ainda em individuais e social: individuais, quando atribuídos à pessoa humana ou mesmo ao Estado como pessoa jurídica; e social, o que era atribuído ao Estado como poder público, isto é, como organismo do corpo social. O direito subjetivo dividia-se ainda em civis ou privados e políticos: os civis eram aqueles atribuídos ao indivíduo como simples pessoa; políticos, aqueles atribuídos ao indivíduo como cidadão para concorrer ao exercício do organismo político. Finalmente, o direito subjetivo era considerado também como direito de poder ou de propriedade e era atribuído, na sociedade religiosa, à Igreja; na sociedade civil, ao Estado; na sociedade doméstica, isto é, na família, ao marido e ao pai, em geral, aos legítimos diretores de subordinados. Atribuía-se o direito de propriedade ao indivíduo, para dispor de alguma coisa ou para exigir de determinada pessoa o cumprimento da obrigação de dar, fazer ou prestar algo. No segundo aspecto, o direito como fenômeno, seu significado reporta-se a uma relação da vida social e, nesse sentido, chamava-se “direito objetivo material”. Nessa relação encontra-se um sujeito ativo (a quem se atribui o direito); o sujeito passivo ou termo (a pessoa obrigada); “a matéria ou objeto” (a coisa sobre a qual recai o direito) e o fundamento ou título, fato que, considerado na ordem moral, produzia no sujeito o direito e, no termo, a obrigação. Nos direitos congênitos, a natureza e a existência do homem já eram os títulos de seus direitos à vida e ao

movimento para sua conservação e aperfeiçoamento; nos direitos adquiridos, o título era sempre um fato estabelecido pelo homem e do qual resultavam direitos e obrigações.

Na vida civil, os títulos de direito obedeciam à seguinte classificação: (1) as relações de família – o casamento, a paternidade, a maternidade, a filiação, o parentesco, a minoridade, a alienação mental e a ausência; (2) as obrigações pessoais – a doação, a compra e venda, a troca, a locação, o empréstimo (comodato e mútuo), o depósito, a sociedade, a fiança, o pagamento, a dação em pagamento, o mandato, etc.; (3) as obrigações reais – o penhor, a anticrese, a hipoteca, o uso-fruto, o uso e a habitação, a enfiteuse, a servidão; (4) as sucessões – a herança legítima e o testamento; (5) a posse, para os interditos e para o usucapião.

No comércio, esses títulos sofriam modificações e produziam alguns títulos especiais, como o câmbio, o fretamento, o seguro marítimo, etc. Além desses títulos, que eram atos e contratos, cuja realização e reintegração era possível obter pedindo a coação, havia outros fatos que, importando delitos não reparáveis pela coação, só podiam ser reprimidos pela sanção penal. O homicídio, o roubo, o estelionato, a lesão corporal ou ferimento, a violência carnal, a calúnia, a injúria, em suma, os fatos que nos códigos e leis penais eram capitulados como crimes e contravenções constituíam títulos do direito de pedir a punição. Na terceira e última concepção, o direito era também norma de agir ou lei: os efeitos dos títulos de direito eram reconhecidos e definidos pela lei e, nesse sentido, surgia o “Direito objetivo formal”, forma genérica e obrigatória da ordem social (Almeida Júnior, 1918: 1-10).

Nessa explanação destaca-se o Direito objetivo, que tutelava determinadas categorias de interesses prescritos na forma de leis. Essas leis estavam consubstanciadas nos códigos e consolidações da época do Império, cuja vigência foi afirmada pela Constituição republicana de 1891. Não obstante a polêmica que se seguiu, a reforma do direito processual foi deixada aos cuidados dos legisladores estaduais, enquanto o Direito objetivo compunha-se de um vasto e complexo repertório de leis. Conformando o direito civil, comercial e criminal da República vigoravam as leis promulgadas e não revogadas pelos reis de Portugal, até 21 de abril de 1821, e, a partir desse ano, por D. Pedro I, além de todos os decretos publicados pelas Cortes constituintes portuguesas, anexadas à lei de 20 de outubro de 1823. Vigoravam também todas as leis promulgadas desde que o Brasil se constituiu Império até 15 de novembro de 1889, que não tinham sido revogadas, bem como as leis promulgadas pela República. Isso significa que boa parte do Direito português continuava a dominar

as relações jurídicas do Estado republicano. Dos cinco livros das Ordenações Filipinas,³ estavam em vigor muitas disposições do Livro I sobre jurisdição, competência e organização judiciária, algumas orientações do Livro II sobre direito público e eclesiástico e sobre privilégios. O Livro III ordenava o processo e o Livro IV tratava do direito civil. Continuavam também em vigor algumas leis chamadas de “extravagantes”, isto é, estranhas ou não consolidadas nas Ordenações, assim como muitos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa. O Livro V das Ordenações já tinha sido substituído pelo Código Criminal, de 1830 que, por sua vez, também tinha sido derogado em 1890, com a promulgação de Código Penal. Como Direito subsidiário aos casos omissos, continuavam vigorando o Direito romano e as leis das nações civilizadas, nos termos da Lei de 1769, chamada “Lei da Boa Razão”. Além destes, o Código do Processo Criminal de 1832 e as leis que o reformaram (em 3 de dezembro de 1841, na parte criminal, e em 31 de janeiro de 1842, na parte civil), a Lei de interpretação do Ato Adicional (a de 12 de maio de 1840 e a de 23 de novembro de 1841, que criou o Conselho de Estado bem como o decreto de 5 de fevereiro de 1842, que o regulamentava) mantinham sua vigência. A República também admitiu a vigência do Código Comercial de 1850, que regulava o processo comercial e o regulamento nº. 737 do mesmo ano, que, por sua vez, organizava os tribunais do comércio e processo de falência. Sobre a revalidação e a legitimação de terras possuídas, recorria-se ao Decreto nº.1318, de 30 de janeiro de 1854.

Entre as inúmeras leis decretadas pelos legisladores do Império, destacavam-se ainda alguns decretos importantes, que regulamentavam as correições (de 1851), a arrecadação dos bens de ausentes, defuntos e vagos (de 1859), os direitos civis e políticos dos filhos de estrangeiros (de 1860), as questões hipotecárias (Lei de 1864 e decreto de 1865) e o registro civil de nascimentos, casamentos e óbitos (de 1870). Entre 1871 e 1880 foram também promulgadas diversas leis e decretos desenvolvendo a organização judiciária, entre as quais destaca-se a Lei de 1871, que tirou das autoridades policiais a atribuição de formar culpa e estabeleceu restrições à prisão preventiva. Antes da mudança do regime, a legislação também reformou o processo de execuções cíveis e comerciais e regulamentou as associações anônimas, os bancos de emissão e os de crédito real. Proclamada a República, imediatamente se estabeleceu o casamento civil (janeiro de 1890) e revogaram-se as leis que exigiam a tentativa de conciliar as causas cíveis e comerciais (abril de 1890). No mesmo ano, vários decretos regulamentaram as hipotecas e o registro de transmissão de propriedade, a inscrição de hipotecas e a transcrição de ônus reais. Legislou-se também sobre o

³ Ordenações do Rei Felipe II da Espanha, I de Portugal, datam de 1603, quando Portugal e suas colônias se

processo de divisão e demarcação de terras particulares, e o Decreto nº. 763 mandou aplicar às causas cíveis o processo do regulamento nº. 737, de 1850. A organização da justiça federal e o Código Penal foram sancionados antes da Constituição (fevereiro de 1891), e a forma dos contratos por instrumento particular foi estabelecida em 1892. Em 1907, regulou-se a sucessão hereditária e, em 1908, as falências, as letras de câmbio, as notas promissórias e as operações cambiais. Todo esse instrumental jurídico, as leis pátrias (João Mendes considerava como tais todas aquelas que tinham sido promulgadas desde 1808), os decretos e outros atos do Executivo, assim como as decisões e os avisos eram consultados em publicações e coleções anuais.

Sem esta breve remissão às principais leis que vigoravam no Estado de São Paulo não seria possível compreender o desempenho da magistratura, pois a jurisprudência está repleta de referências a esse corpo de leis.

Conhecido o Direito material ou objetivo, é hora de destacar também algumas peculiaridades do processo então vigente. Vejamos como João Mendes (1918) explica alguns aspectos do movimento processual, tendo em vista leis que só foram revogadas em São Paulo com o advento do Código de Processo Civil e Comercial, de 1930, que, por sua vez, foi suplantado pelo Código do Processo Civil Brasileiro, de 1940.

Segundo as Ordenações, “três pessoas são necessárias em Juízo: o Juiz, que julgue; o autor que demande; o réu que se defenda.” O juiz, assistido pelo escrivão e mais auxiliares, deveria “julgar segundo o allegado e provado, applicando as leis patrias, os costumes e as leis subsidiárias, na forma das Ordenações, L. III, tit. 64 e da Lei de 18 de agosto de 1769, chamada Lei da Boa Razão; julgar e determinar os feitos segundo a verdade que pelo processo fôr provada e sabida, sem embargo do erro do processo, supprindo o que, por direito, pode supprir (Ord. L. III; Reg. nº. 737 de 25 de novembro de 1850); deve ouvir as partes com paciencia, sem maltratal-as e, aliás, tratando-as com brandura, especialmente em relação ás pessoas de baixo estado e aos miseraveis, para que achem nelle facil e gracioso acolhimento (Ord. L. I); não deve demorar os despachos e sentenças além do tempo para ver e examinar o feito, nem precipital-os antes de ter bem estudado e considerado a questão; deve cumprir e subordinar-se ás leis processuaes, aos regimentos e estylos do fôro, e, em geral, exercer com benevolencia, sem fraqueza mas tambem sem arrogancia, a sua fiscalização não só sobre os seus auxiliares, para que estes sejam solícitos no serviço, como sobre as partes, para que estas não tragam tumulto á ordem judicial; devem, enfim, impôr-se á consideração publica, não só

achavam sob seu império. Cf. Reale, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p.184.

pelo seu procedimento na vida privada, como pelo cumprimento dos seus deveres na vida publica.” (Almeida Júnior, 1918:97-99)

Quanto ao autor da ação, definia-se como tal a pessoa que pedia em juízo que se desse ou fizesse alguma coisa a ela ou que se julgasse com algum direito. Todos podiam demandar em juízo, com as seguintes restrições: “os nacturnos, representados por curador ao ventre; os impuberes representados por seus paes ou tutores; os menores puberes ou adultos, assistidos ou autorizados por seus paes ou curadores, salvo os menores varões de 20 annos e as menores de 18, que alcançaram carta de supplemento ou casaram; a mulher casada, que não pode agir sem assistencia ou autorização de seu marido, salvo em acções de divorcio, nullidade ou annullação de casamento, caução de dote, reivindicação de bens dados pelo marido á concubina, e nos casos em que o juiz autorisa suppletoriamente; os interditos representados por seus curadores; os fallidos judicialmente declarados, representados pelos syndicos, salvo na acções que affectam o seu estado pessoal (código. comercial e leis respectivas); o marido litigando sobre bens de raiz sem outorga da mulher. O autor deve pedir aquillo que lhe deve o réo; si pedir mais do que lhe é devido, ou seja em razão da coisa, ou do tempo, ou antes do implemento da condição, está sujeito, conforme a sua malicia, ás penas da Ord. L. III, isto é, ás custas em tresdobro si pede mais do que lhe é devido, ás custas em dobro si pede antes do tempo a que lhe é o réo obrigado, e a tornar em dobro ao réo o que d'elle tiver recebido, si demanda o que já lhe pagou. Pode o autor desistir da acção, si o caso se acha *re integra*, isto é, antes da litis-contestação, pagando as custas do processo; e depois da litis-contestação, só poderá desistir, si nisso consentir o réo (Ord. L. III e Dig., L. 30, de judic.) Ao autor pertence, antes que comece a demanda, haver conselho si tem direito no que quer demandar, e si tem provas de testemunhas, ou escripturas nos casos que não possam ser provados por testemunhas, e bem assim buscar procurador, devendo vir preparado a Juizo nos termos da Ord. L.III.”

Definia-se como réu a pessoa contra quem se dirige e se propõe a ação em juízo. Qualquer pessoa poderia ser réu, com as mesmas restrições aplicadas aos autores e relativas a representação, assistência e curadoria. Aos réus presos e afiançados era concedida, nos feitos cíveis, a dilação de 60 dias para que preparassem sua defesa, além do termo geral. Quando não comparecerem para a defesa, nomeava-se-lhe um curador (Lei de 11 de setembro de 1830; regulamento 737, de 25 de novembro de 1850). O que era licito ao autor era igualmente ao réu: “aliás a condição do reo é mais favoravel em Juizo que a do Autor, sendo que o réo pode usar de defeza directa ou indirecta, e na collisão de provas, ou não estando plenamente provada a intenção do autor, deve ser absolvido o

réo. Além desses agentes, que constituem causa eficiente principal, funcionam, como causas efficientes instrumentaes e permanentes auxiliares do Juízo, os escrivães e mais officiaes de fé pública, os advogados e solicitadores, os representantes do ministerio publico; como orgams auxiliares de carater transitorio, os arbitradores, avaliadores, peritos e testemunhas; como orgams auxiliares da jurisdição administrativa, os tutores, curadores, testamenteiros e syndicos; e como orgams de carater administrativo, as autoridades policiaes e os funcionarios fiscaes.”

Para definir a ação, João Mendes (1918) desenvolve longamente uma série de noções ontológicas para afirmar que ela tem por causa um direito ameaçado ou violado, isto é, “um direito impedido”. A ação judiciária constituía “um meio para remover o impedimento” e funcionava, portanto, como um remédio. Assim, o fim da atividade jurídica era a realização do direito, isto é, “a estipulação dos direitos e obrigações nos actos extrajudiciais, ou a força do poder público para decisão e execução na acção judiciaria.” Em outras palavras, o objetivo da ação era “pedir ao juiz que obrigue outrem a dar ou fazer aquillo de que tem obrigação perfeita.” Chama-se obrigação perfeita aquela que tem sanção no foro externo, em contraposição às obrigações restritamente morais ou mesmo as naturais, que não têm ação judiciária. Citando Correia Telles, João Mendes (1918) conclui: “A acção é o remedio de direito para pedir ao juiz que obriguem outrem a dar ou fazer aquillo de que tem obrigação perfeita, á qual alguns acrescentam – ou a não fazer alguma coisa que viole direito”. A ação era também o litígio em juízo acerca de uma relação de direito, chamada pleito ou demanda. Na acepção formal, a ação tomava a forma de atos, ordenadamente dispostos e movidos em processo visto, e que deveriam seguir determinada marcha do início até o julgamento final.

Essas definições abrangiam as ações criminais, apenas com a seguinte variante: na ação criminal, pedia-se em juízo não a reintegração do direito violado, mas a imposição de uma pena, determinada pela lei a uma violação que ela qualificasse como crime. Entretanto, a ação cível e a criminal dividiam-se ainda em relação ao direito de agir, como remédio jurídico, tendo em vista os bens em litígio e o valor da demanda, e considerando também a índole da ação na qualidade, quantidade e disposição dos atos processuais. Assim, era necessário qualificar a ação, conforme informavam os praxistas (especialistas no processo) Teixeira de Freitas e Corrêa Telles. Para discriminar uma ação, tornava-se “indispensável rememorar as fases do processo romano sobre o qual assenta os estudos dos tratadistas do Direito romano – estudo sistemático das acções, entre eles Bohemero, que serviu de modelo a Corrêa Telles”, segundo afirmava João Mendes (1918).

Bohemero, que distinguiu as ações, segundo a sua índole, em ordinárias, sumárias, especiais e executivas, dividiu-as também em prejudiciais, reais e pessoais. Elaborou uma subdivisão de cada um desses tipos em classes de ações, conforme a causa genérica do direito que elas se destinavam a garantir, e discriminou especificamente, em cada uma dessas classes, as respectivas ações, conforme o título do direito em que elas se fundassem. Assim discriminadas, indicou, relativamente a cada uma delas, quem pode agir, contra quem, para que, o que deve ser alegado pelo autor, o que pode alegar o réu em sua defesa, onde pode ser proposta, em quanto e até que tempo deve ser proposta e qual a sua índole no respectivo processo. Segundo João Mendes (1918), Corrêa Telles seguiu o mesmo rumo. As edições da sua *Doutrina das Ações* e respectivas notas foram acomodadas ao foro do Brasil, uma sob a fiscalização de Souza Pinto e outra com adições e reduções de Teixeira de Freitas. Aproveitando as adições e reduções de Teixeira de Freitas, João Mendes (1918) apresenta uma tabela com 119 tipos de ações, classificadas entre prejudiciais, reais e pessoais. As ações estavam, portanto, discriminadas segundo o título de direito que elas se destinavam a garantir. Tinham sua origem no Direito romano e conservam, em nossa praxe, nomes especiais, alguns nascidos também de circunstâncias do contrato e do nome do pretor que introduziu a respectiva fórmula. As que não possuíam nome eram chamadas *in factum* ou *proscriptis verbis*. João Mendes (1918) acrescentava, finalmente, que o Direito canônico, por uma decretal de 1160 (Liv. II, tit. I, *de iudicis*, cap. VI), determinou que as partes não eram obrigadas a exprimir no libelo o nome da ação, mas deviam propor claramente o fato que justificava o direito de agir.

Essas lições eram indispensáveis aos juizes e advogados que deveriam conhecer as ações pelos nomes, a fim de estudar seus efeitos e mesmo consultar as leis e doutrinas que as especificavam. Além disso, não bastava saber qual ação competia em um ou outro caso. Era preciso saber também quantas poderiam ser intentadas para obter o mesmo fim, para que se cumulassem, se fossem compatíveis, ou para que se escolhesse “a mais cômoda”, se fossem incompatíveis. Era preciso saber quando a ação poderia ser intentada contra uma só pessoa e quando era forçoso intentá-la contra pessoas diversas. Devia-se ponderar quanto ao momento de desistir, enquanto “as custas eram poucas e mudar para uma ação mais idônea”. Era preciso, em suma, “refletir maduramente sobre o direito do autor e sobre o remédio jurídico que mais lhe convinha usar.”

No capítulo destinado ao exame da ação, João Mendes (1918) desenvolve ainda explanações sobre efeitos, concurso e cumulação, bem como extinção da ação. Discute detalhadamente a questão das provas e reserva vários capítulos para comentar cada fase do processo com seus atos, termos e

procedimentos. Define e discute também os mecanismos de citação (suas condições e requisitos) e as inúmeras características de cada instância, isto é, os embargos, os agravos, o recurso-crime, as apelações, a revisão criminal e o recurso extraordinário.

Em seu conjunto, o manual *Direito judiciário brasileiro* comporta um estudo extenso e complexo, destinado a estudantes de Direito e profissionais do foro. Embora seus excertos não ofereçam mais que uma idéia superficial do ordenamento jurídico herdado pela República, suas referências explicam a importância dos autores que compendiam e comentavam as leis, elucidando o que continuava em vigor e o que tinha sido modificado ou revogado.

Além das leis das Ordenações Filipinas, eram tantas as que regulavam as causas cíveis desde a Independência que se impôs a necessidade de reuni-las em um único corpo: a *Consolidação das Leis do Processo Civil*, organizada pelo professor da Faculdade de Direito de São Paulo, conselheiro Antonio Joaquim Ribas, que tinha força de lei pela Resolução imperial de 28 de dezembro de 1876. Em tempos iniciais da República, os processualistas da época do Império também se mantiveram como referência obrigatória para os profissionais do Direito: Francisco de Paula Batista, professor da Faculdade de Direito do Recife, autor de *Teoria e prática do processo civil* (de 1855, com várias reedições); Joaquim Inácio Ramalho, professor de Direito em São Paulo, autor dos livros *Prática civil e comercial* (1861), *Praxe brasileira* (1871) e *Instituições orfanológicas* (1874). Destacam-se também os trabalhos de Teixeira de Freitas que adaptou, para o Direito brasileiro, as obras dos portugueses Pereira e Souza e Correia Teles (Santos, 1987: 51-52).

Os diplomas elaborados por juristas do Império, influenciados pela legislação lusitana medieval consolidada pelas Ordenações, compuseram a base do Direito brasileiro, durante as primeiras décadas da República. Esse arcabouço jurídico subsidiou todos os ramos da vida forense, dos advogados, de funcionários públicos e dos juizes. Ao mantê-lo, os republicanos cancelaram a obra jurídica da Monarquia.

Quanto ao processo, os Estados tinham autonomia para modificá-lo. Diante disso, o presidente do Estado de São Paulo autorizou, em agosto de 1892, a contratação com jurisconsultos para elaboração das leis do processo.⁴ O Estado da Bahia foi o primeiro a promulgar seu Código de processo em 1915, e São Paulo um dos últimos. Durante esses anos de renovação da processualística

⁴ Ao longo da Primeira República, todos os Estados publicaram seus Códigos. A partir do Estado Novo, a competência legislativa dos Estados foi reduzida e todos tiveram de adotar os Códigos Nacionais. Cf. Manso, Costa. “Discurso”, in: “Separata” da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Ano LIV, fasc. 1, 1959.

brasileira, destacaram-se os seguintes professores da disciplina na Faculdade de Direito de São Paulo: João Monteiro, sucessor de Joaquim Inácio Ramalho na cátedra, autor de *Teoria do processo civil e comercial* (1901 e 1905, com sucessivas edições) e de *Direito das ações* (1905), além do *Projeto de Código de Processo Criminal do Estado de São Paulo* (1893) e do *Projeto de Código Civil e Comercial* (1894), ambos em colaboração com Duarte de Azevedo; João Mendes Júnior, que escreveu, além de numerosos trabalhos esparsos na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, as obras clássicas *Direito judiciário brasileiro* (a primeira edição é de 1910, e a segunda de 1918, esta última utilizada neste trabalho) e *Processo criminal brasileiro* (1901), ambas com edições subseqüentes; Manuel Aureliano de Gusmão, autor de *Coisa julgada* (1914) e *Processo civil e comercial* (1926); Estevam de Almeida, que introduziu as modernas doutrinas processuais e teve intensa participação na elaboração do Código paulista; Francisco Morato, autor das monografias “Da prescrição nas ações divisórias” (1917) e “Carta Testemunhável” (1917); Jorge Americano, que completou o *Processo civil e comercial*, de Gusmão, escrevendo o seu terceiro volume (1925). O pensamento de juristas não vinculados à Faculdade de Direito e de outros Estados também influenciou a prática forense do período anterior ao restabelecimento da unidade processual em todo o país: Espínola, comentando o *Código processual da Bahia* (1916); Pedro Lessa, escrevendo *Poder Judiciário* (1915); Cândido Oliveira Filho, com o *Curso de prática de processo* (1912) e *Teoria e prática dos embargos* (1918); Antonio Bento de Faria, anotando o regulamento n.º. 737 (1903, com edições sucessivas); Afonso Fraga, que escreveu *Teoria e prática na divisão e demarcação das terras particulares* (1915, com várias edições) e *Teoria e prática na execução de sentença* (1922); Firmino Whitaker, com *Terras – divisões e demarcações* (1919, com várias edições); Galdino de Siqueira, autor de *Prática forense* publicado em 1907 (Santos, 19: 53-55) .

A pesada herança da legislação do Império não impediu que algumas novidades fossem introduzidas no ambiente jurídico do início da República, um regime político laico que se pautava pelo liberalismo econômico. Nesse período, os juristas passaram a inspirar-se no modelo constitucional norte-americano, em contraposição à “familiaridade com as instituições européias”. As influências ideológicas foram contraditórias: o positivismo francês e o evolucionismo social de Spencer combinaram-se “de forma extraordinária no Brasil republicano.” Mas, enquanto a jurisprudência nos Estados Unidos era dominada pelo utilitarismo e pelo liberalismo, a concepção cientificista positivista seduzia os brasileiros, que empreenderam a política reformista de caráter antidemocrático. Ao mesmo tempo, o liberalismo econômico e político anglo-americano influenciou a produção jurídica de Rui Barbosa que “lutou para que o Judiciário brasileiro usasse o *habeas corpus* como um recurso amplo.” (Lopes, 2000: 367-368)

Estudando o movimento operário brasileiro entre 1890 e 1920, Boris Fausto (1977) observou que a sucessão de derrotas dessa classe não resultou apenas da “sistemática negação a quaisquer concessões à cidadania social” pelo Estado oligárquico, mas também do fato “de que tais concessões, conquistadas através dos movimentos coletivos, não encontraram um campo normativo de institucionalidade”(Fausto, 1977: 245). Com efeito, não houve empenho institucional para que novos direitos, ou as pequenas conquistas “arrancadas no combate direto classe a classe”, encontrassem amparo legal que os garantisse. Não obstante a sociedade paulista ter experimentado rápidas transformações advindas do processo de crescimento econômico e da rápida urbanização, os poderes instituídos não procederam à reformulação do Direito, retardando sua modernização. Ao elaborarem seus votos para compor os acórdãos, os ministros do Tribunal de Justiça faziam referência ao ordenamento e às leis que especificamente amparavam cada decisão. Não raramente apontavam a ambigüidade da legislação e muitas vezes expunham pontos de vista diametralmente opostos sobre a mesma norma. Recorria-se com certa freqüência à opinião dos jurisconsultos, pois questões inéditas suscitavam dúvidas e controvérsias. Ademais, as publicações de jurisprudência do Tribunal consignavam amplo espaço para o debate doutrinário e para a crítica dos juristas e advogados, que apontavam deficiências e lacunas da lei, conforme verificamos.⁵

Se, da perspectiva deste trabalho, tal ordenamento apresenta-se complicado, ultrapassado, inadequado e de difícil utilização, para os próprios operadores do Direito das primeiras décadas deste século e mesmo na avaliação de Miguel Reale⁶, por exemplo, essa perspectiva não se configura. Pensa este jurista que “embora a legislação civil e processual tenha se mantido sobre a base das Ordenações Filipinas, não se pode generalizar o nosso alheamento da renovação legislativa resultante da Revolução Francesa” (Reale, 2000: 183-198). Em sua ótica, seriam exemplares do impulso inovador brasileiro o Código Criminal do Império, primeiro código nacional autônomo da América Latina, tendo influenciado beneficemente a legislação sul-americana. O Código Comercial de 1850 e a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas também representavam substancial alteração na legislação filipina. Miguel Reale reporta-se também a nomes ilustres, como o de Pimenta Bueno, autor da primeira obra de direito internacional privado em língua portuguesa; o de Paula Batista,

⁵ A análise das publicações oficiais do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como da jurisprudência emanada pelo Egrégio Tribunal entre 1895 e 1914, encontra-se na tese de doutorado “O Tribunal de Justiça de São Paulo nos inícios da República”. Trabalho apresentado ao Departamento de História da FFLCH- USP em maio de 2000.

⁶ “Intelectual, filósofo e jurista, autor de inúmeras obras entre as quais a *Teoria tridimensional do direito*, que o tornou um dos mais categorizados filósofos do Direito do nosso tempo.” Reale, Miguel. *Memórias*. São Paulo, Saraiva, 1987.

cujas contribuições para o direito processual “têm sido elogiadas por sua modernidade”; Paulino José Soares de Sousa, a quem se deve a mais importante obra de direito administrativo do Império; Antonio Joaquim Ribas, que enriqueceu a civilística brasileira; Lafayette Rodrigues Pereira, “famoso por seus conceitos rigorosos e lapidares” e, finalmente, Tobias Barreto com a Escola de Recife. Se os primeiros cinquenta anos do Império transcorreram sob a inovação dos modelos da escola da exegese e dos pandecistas, continuava, todavia, sendo muito forte o vínculo com o “velho Direito português, com desmedido apego à praxe, aliado a superados estilos escolásticos.” Foi contra o praxismo que Tobias Barreto “desencadeou a sua luta irreverente e cáustica, reclamando maior vinculação da ciência jurídica com a ciências naturais e sua metodologia.” Miguel Reale afirma ainda que a renovação de idéias iniciadas no Império acelerou-se na República. Influenciado pelos estudos sociológicos e antropológicos, Pedro Lessa representou a “atitude ‘científico-positiva’” que prevaleceu no pensamento jurídico brasileiro até a década de 30, apesar da resistência dos representantes da Escolástica, Soriano Sousa e João Mendes de Almeida Júnior. O eminente jurista Miguel Reale explica como a adoção do regime republicano alterou a linha de estudos de direito constitucional e que Rui Barbosa foi “seu artífice mais alto”. Quanto aos estudos de direito administrativo, tiveram “caráter predominantemente exegetico, como era de se esperar de um Estado com reduzidas funções no plano econômico-social”. Já o direito penal não conheceu inovações, pois os ensinamentos de Tobias Barreto não foram aproveitados, e o Código Penal de 1890 é geralmente considerado inferior ao de 1830. O direito processual civil e penal, cuja renovação competia a cada Estado, foi mantido nas unidades federadas conforme o regulamento nº. 737 de 1850. Miguel Reale considera que, embora a sobrevivência “de motivos medievos na estrutura do ordenamento judiciário e processual” tenha sido considerada anacrônica, tal situação justifica-se da seguinte forma:

“ São, aliás, exigências de ordem prática, resultantes da implantação do sistema federativo, que explicam a imediata atenção dispensada aos problemas da estrutura e funções do Poder Judiciário na República, em trabalhos de grandes méritos, bem como o tratamento teórico e prático das várias modalidades de ações e de recursos criados pelos legisladores estaduais.” (Reale, 2000: 183-198)

Ao que tudo indica, os juristas e os legisladores republicanos dedicaram-se aos acertos mais imediatos que a nova ordem política suscitou, adaptando as funções do Judiciário e criando recursos que atendessem às novas demandas judiciárias. Deixaram pendente a substituição dos códigos que, afinal, eram considerados satisfatórios, e cuja renovação exigia grande empenho político e amplos

esforços. Outras opiniões sobre os códigos e o processo herdados do Império sugerem que o ordenamento tinha se aperfeiçoado e alcançava méritos indiscutíveis.

O Livro V das Ordenações, “sob certos aspectos tão monstruoso, tão duro, tão desumano”, tinha sido substituído pelo Código de Processo Criminal de 1832, “flor de requintado liberalismo, flor colhida nos campos mais puros da democracia anglo-americana.” E não foi apenas João Camilo de Oliveira Torres, historiador das instituições políticas brasileiras e apologista da Monarquia, quem defendeu a reforma de 1832. Sobre ela Grinover afirma:

“ [...] por sua clareza, simplicidade, atualidade e espírito liberal, [o Código de Processo Criminal] recebeu geral aprovação. Se o próprio Código foi obra de inegáveis méritos, melhor ainda foi a sintética e exemplar “disposição provisória acerca da administração da justiça civil” que a ele se anexou, como título único. Com apenas vinte e sete artigos, a disposição provisória simplificou o procedimento, suprimiu formalidades excessivas e inúteis, excluiu recursos desnecessários, enfim criou condições excelentes para a consecução das finalidades do processo civil, estabelecendo as bases para um futuro Código de Processo Civil.” (Grinover, 1986: 69)

É importante lembrar que o Código de 1832 extinguiu a magistratura medieval, formada por ouvidores, juizes de fora e juizes ordinários, e manteve a divisão administrativa das Províncias em comarcas, colocando cada uma delas sob a jurisdição de um juiz de direito, bacharel nomeado pelo Imperador. As comarcas podiam ter mais de um termo, onde, por indicação do presidente da Província, um juiz municipal, bacharel ou não, exercia jurisdição. Na base do sistema judiciário, o juiz de paz atuava nos distritos, um agrupamento de 75 casas habitadas. Eleito pelo mesmo tempo e segundo os mesmos critérios para a eleição dos vereadores, o mandato anual do juiz de paz outorgava-lhe amplas atribuições administrativas, judiciárias e policiais.

Em menos de dez anos, contudo, a reforma de 1832 foi alterada no essencial pelo gabinete de 23 de março de 1841, o segundo ministério de D. Pedro II, com José Paulino de Souza, Visconde do Uruguai, na pasta da Justiça. A este gabinete coube concluir a reforma do Código do Processo Criminal, proposta no programa de Bernardo de Vasconcelos em 1838, que resultou na Lei de 3 dezembro de 1841 e deu por findo “o romantismo” do Código do Processo Criminal, de 1832. “O policiamento passou a pertencer a um corpo de funcionários especializados; os juizes municipais e o promotor passaram a ser nomeados pelo governo central, vindo-lhes a caber muitas das atribuições

dos juizes de paz. Em suma: a polícia e a justiça foram retiradas dos municípios e entregues ao governo central”(Torres, 1964: 236).

Defendendo a reforma de 1841, o historiador Otávio Tarquínio de Souza (Apud Torres, 1964: 242) entendia que “o governo ficava muito fraco diante de juizes de paz eletivos, com atribuições de polícia administrativa e polícia judiciária.” O modelo instituído em 1832 “era uma organização em que a autoridade se fragmentava, dividida por quantos juizes de paz”, e, nesse sentido, o governo “não valia mais que uma sombra.” Tarquínio de Souza estava convencido de que a estabilidade política alcançada durante o Segundo Reinado foi possível graças à reforma de 1841, pois a ordem pública dependia do exercício de autoridades investidas de poder pelo Imperador:

“Nos dias tormentosos da Regência, o Código de 1832 fez a sua prova e a convicção que se formou em toda a gente de bom senso foi que era necessário dar ao governo meios de melhor resguardar a ordem pública, acabando com a intranquilidade, insegurança e afrouxamento exagerado de qualquer disciplina, o estado de desordem permanente que se implantara. A reação contra o judiciarismo policial dos liberais de 1832, com as funções policiais entregues a juizes de paz eletivos, foi certamente excessiva com a inversão operada – o policialismo judiciário, confiadas às autoridades policiais funções nitidamente judiciárias. Mas sem a lei de 3 de dezembro (1841), o país não se livraria da anarquia e não teria logrado a estabilidade que caracterizou o longo período do segundo reinado”.

A partir de 1842 as atribuições do juiz de paz foram transferidas para o chefe de polícia, de nomeação imperial. Foram também criados os cargos de delegado (um para cada termo) e subdelegado, nomeados pelo presidente de Província. Constituíam-se, via de regra, um subdelegado para cada distrito de paz. Esse modelo, dito “a máquina montada por Visconde de Uruguai”, permaneceu quase intacto por mais de cem anos, segundo a análise de João Camilo de Oliveira Torres. A reforma teve, porém, seus opositores, como Justiniano José da Rocha para quem o trabalho de reação monárquica destruiu um modelo democrático de administração da justiça:

“ O juiz municipal, o juiz de órfãos, o promotor público cessaram de ser escolha da câmara municipal; foram escolhas do governo: o juiz de paz eletivo cedeu as suas atribuições policiais e a sua jurisdição criminal a delegados e subdelegados, nomeados, demitidos a arbítrio do governo; o júri, acusado continuamente de ineficaz para a repressão, [...] viu cerceada a sua jurisdição em um grande número de casos. [...] Centralizou-se a ação policial, criando um chefe de polícia para a Província, quando

outrora o juiz de direito na sua comarca era a autoridade policial superior. Destarte desapareceu de todo a obra policial e judiciária da democracia” (Torres, 1964 :237).

Mesmo que Torres (1918) cite uma opinião que aparentemente contradiz sua apologia à Monarquia, seu objetivo principal, importa observar, é destacar o empenho dos homens do Império em construir o sistema judicial brasileiro. São longos os capítulos de seu livro dedicados a esclarecer as tentativas de reforma e revisão, mencionando inúmeras leis e decretos sobre os quais se assenta a tradição judiciária brasileira. Não é fácil acompanhar as tensões e as disputas políticas travadas na arena do poder Judiciário, principalmente se pensarmos que as questões relativas ao Direito e à elaboração da lei se deram em contextos de forte tensão social durante o Império. Em sua grande maioria, os conflitos decorriam do empenho do governo para controlar a ordem pública, opondo a reação centralizadora à luta política pela autonomia das Províncias.

As leis civis do Império permaneceram em vigor até a promulgação do Código Civil, de 1916. Sabe-se, porém, que o projeto do professor e jurista Clóvis Bevilacqua estava pronto desde 1900, conforme anunciava a imprensa:

“ O governo resolveu organizar uma comissão de cinco membros para estudar e rever o projeto de Código Civil organizado pelo Sr. Dr. Clovis Bevilacqua. [...] Fazem parte da comissão o Conselheiro Olegário, presidente do Supremo Tribunal Federal; Barradas, ministro aposentado do STF; Candido de Oliveira, ex-ministro da Justiça e membro da comissão de 1889 e Francisco Paula Lacerda de Almeida. O quinto será o Conselheiro Duarte de Azevedo, ex-ministro da justiça durante o Império ou o Dr. Carvalho de Mendonça, advogado em Santos.” (Jornal *Correio Paulistano*, coluna “Notas e Factos”, 16.02.1900)

A revisão do projeto de Clóvis Bevilacqua não teve uma solução imediata. O advogado e professor San Tiago Dantas (1962) comentou o problema político que cercou a aprovação do novo Código, apresentando uma retrospectiva histórica do ambiente político e cultural que envolveu a reforma do projeto. Considerando que, no Brasil, a República instalou-se durante uma época de depressão econômica mundial, cujos efeitos foram sentidos aqui, a política financeira do governo provisório iniciou-se sob o signo da inflação e de uma industrialização incipiente, que deflagraram as falências e a insolvência da classe rural. Como agravante da situação, o tesouro estava depauperado pelas lutas internas, o que acarretou ainda mais o crescimento da dívida pública, o déficit orçamentário, o descrédito no exterior e o desemprego. Em contrapartida, entre 1895 e 1905, a

produção intelectual do país vivia um surpreendente período de intensificação de suas atividades, quando foram registrados “os episódios e as obras mais representativas daquele momento histórico singular.” Fundou-se a *Revista brasileira*, Machado de Assis atingiu, nessa época, “a plenitude de seu gênio literário”, Eduardo Prado levantou “as grandes questões do tempo”, em seu trabalho *Ilusão americana*, José Veríssimo e Sílvio Romero iniciaram sua reflexão crítica sobre a formação cultural brasileira, a obra *Um estadista do Império*, de Joaquim Nabuco, constituiu o “repositório clássico de temas dos nossos historiadores e pensadores políticos” e *Os Sertões*, de Euclides da Cunha, tornou-se “um dos eixos permanentes da nossa vida cultural”. Foi nesse clima de “germinação de idéias e de desastre econômico” que Campos Salles iniciou o governo durante o qual a codificação do direito civil foi o “tema principal e objeto exclusivo de prioridade no parlamento” (Dantas, 1962: 43-50). Entretanto, “não era fácil escolher no Rio, entre os expoentes do fôro ou da academia, o projetista de futuro Código.” Da mesma maneira que “as letras atravessavam uma era de grandes aflorações, a ciência jurídica se projetava em nomes de reputação equivalente, cercados de autoridade”. Para San Tiago Dantas o foro brasileiro conheceu, nessa época, advogados e jurisconsultos que compunham “uma elite dotada de excepcionais qualidades”, conforme depreende-se dos trabalhos forenses e pareceres: Lafayette, Coelho Rodrigues, Carlos de Carvalho, Ferreira Viana, Silva Costa, Conselheiro Barradas, José Xavier Carvalho de Mendonça, Alfredo Bernardes e Rui Barbosa foram os consultores mais solicitados. Para toda essa geração de juristas, a elaboração do Código Civil representava um desafio. Entretanto, é preciso considerar “o espírito do governo de Campos Salles” que não queria nomear um projetista cujo trabalho fosse colocado em discussão nos quadriênios seguintes, reabrindo um “debate interminável”. Era indispensável que a obra fosse concluída em seu governo: a elaboração do projeto, a revisão por um conselho de jurisperitos, a discussão e a votação nas duas casas do Congresso, tudo deveria transcorrer entre 1899 e 1902. Essa urgência teria levado Epitácio Pessoa, ministro da justiça, a buscar “num talento provinciano o autor do futuro Código Civil”. Mais que qualquer outro jurista, o professor de Recife, Clóvis Bevilacqua, estaria em condições de “apreender e encarnar o espírito em que o governo concebia a tarefa.”

Foi exatamente esta disposição do governo que encontrou em Rui Barbosa a “mais veemente oposição”: a política econômica, mas principalmente a partidária, revestida de “um pragmatismo não raro antidemocrático e utilitário”, feriu os princípios do jurisconsulto que velava pela “preservação da ordem democrática e o sentido progressista.” Para Rui Barbosa, um código com muita urgência e pouco apuro raiava pelo “extremo da leviandade política”. Passou então a atacar o governo e a escolha do projetista, colocando obstáculos aos trabalhos da comissão especial do Senado, que

discutia o projeto. Essas atitudes levaram os contemporâneos e críticos posteriores a eleger Rui Barbosa como inimigo do Código e de seu autor. Observa-se, no entanto, que, no parecer lido na comissão especial em abril de 1902, Rui esmiúça toda a linguagem do projeto “sem mover uma objeção sequer ao fundo jurídico.” Parecia “extraordinário” e “enigmático” que o relator do Senado tivesse se contentado com o estudo da forma, sem examinar o fundo do projeto. Como explicar então que Rui tenha começado pela linguagem para acabar pela técnica legislativa e pela doutrina do projeto? Muitos opinaram que ele teria pretendido refazer o projeto, pois ambicionava para si a autoria de obra “tão à altura do seu preparo jurídico.” Nessa ótica, o parecer de 1902 teria sido “a empresa demolitória que pusera abaixo o plano do governo de Campos Salles e desacreditara o projeto de Bevilacqua; o parecer de 1905 viria a ser, de fato, o projeto de Rui Barbosa, que o congresso converteria em lei definitiva”. Para San Tiago Dantas, no entanto, Rui não expressava atitude “preconcebida e obstinada, gerada por um sentimento pessoal.” Estudando os pareceres do jurisconsulto, Tiago Dantas pontua “uma atitude objetiva, que evoluiu da oposição para a cooperação, e que só não se traduziu em atos mais consideráveis por que o seu destino de homem público, a partir de 1905, tolheu a Rui Barbosa a possibilidade de concluir, no plano em que ele a concebera, sua colaboração ao Código Civil” (Dantas, 1962:50)

Não cabe, no contexto deste trabalho, analisar detidamente o debate entre Rui Barbosa e o governo ou mesmo acompanhar o andamento das discussões no parlamento, ao longo de todos os mandatos presidenciais que acompanharam o início das discussões até a promulgação do Código, sob o governo do mineiro Wenceslau Braz. A despeito disso, conforme o que foi exposto até aqui, é possível destacar que o governo tinha interesse na codificação das leis civis e que não faltavam talentos capazes de empreendê-la. Mas os choques entre as concepções sobre o projeto adiaram sistematicamente sua redação final, desacelerando as discussões no Legislativo. A reforma do Código dependia de acertos entre as lideranças políticas, tanto do Executivo quanto do Legislativo, e da cooperação dos juristas.

Resta ainda comentar a reforma que os republicanos empreenderam com a promulgação do Código Penal de 1890.

Desde as últimas décadas do século XIX, desenvolvia-se a chamada escola de antropologia criminal ou escola penal positiva. Desde então, o Direito clássico tornou-se “alvo de poderosas investidas que visavam a sua desqualificação enquanto conjunto de regras voltadas a dar combate ao crime” (Salla, 1999: 146-153). Apesar da emergência de novas idéias, o Código de 1890 não

incorporou, no entanto, as inovações e as tendências que o mundo jurídico-penal apresentava. Resultou antes de um “amadurecimento” de várias críticas que vinham sendo desenvolvidas desde meados do século, relativas às penas e a sua aplicação, particularmente àquelas consideradas infamantes, de galés e as relativas aos escravos. Entre os que ampliaram o debate, destacam-se Nabuco de Araújo, Duarte de Azevedo, Pádua Fleury e Bandeira Filho, cujas sugestões não chegaram a influenciar a orientação filosófica do Código.

Em sua maior parte, o primeiro Código Penal republicano seguiu a orientação do Código Criminal do Império, ficando imune às novas tendências do pensamento jurídico que foram se disseminando no final do século. O Código de 1830 era criticado por sua baixa capacidade de regenerar os criminosos, pela multiplicidade das penas (galés, açoites, pena de morte, prisão com trabalho, prisão simples, degredo, multas, etc) e, principalmente, por não fixar um padrão de organização das prisões. Estes dois últimos aspectos foram contemplados pelo Código de 1890 que determinou a pena de prisão celular para a quase totalidade dos crimes e aboliu a pena de morte, galés e açoite. Além dessa modalidade de encarceramento, a prisão celular, o novo Código estabeleceu também a pena de reclusão para os crimes políticos (atentado contra a Constituição, contra o funcionamento dos poderes e conspiração), cumprida em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares. Estabeleceu ainda a prisão com trabalho em penitenciárias agrícolas ou em presídios militares e a prisão disciplinar em estabelecimentos industriais, especiais para os maiores de 14 e menores de 21 anos considerados vadios. O Código extinguiu também a pena de prisão em caráter perpétuo, que não poderia exceder a trinta anos, e adotou o sistema progressivo na execução das penas de prisão, com estágios desde o isolamento absoluto até a conquista do regime aberto.

Finalmente, como o Código Penal republicano possuía um caráter liberal e clássico, como o de 1830, isso significa que o crime era ainda encarado na dimensão própria do fato, e não na do criminoso. Sua reforma não representou uma novidade quanto às instituições destinadas ao controle da criminalidade. Tampouco as leis civis lograram uma sistematização moderna, que atendesse aos reclamos dos profissionais do Direito. A manutenção do ordenamento foi feita em prejuízo dos que se socorriam da justiça.

Os julgamentos na segunda instância da justiça paulista representaram mais que decisões a propósito de conflitos sociais judicialmente instaurados. Para julgar, era preciso equacionar as diferentes interpretações de textos legais complexos e contraditórios, fazer da jurisprudência um repertório capaz de homogeneizar as atividades de toda a magistratura estadual, bem como fixar o

desempenho dos demais profissionais do foro. Mais do que nunca, nos anos de consolidação do regime republicano cabia ao Tribunal de Justiça legitimar as novas relações de força e intervir politicamente, quando as questões em litígio exigiam um posicionamento de natureza ideológica. Afinal de contas,

“apesar do rigor lógico-formal imposto pelo normativismo positivista ao trabalho judicial, as técnicas de caráter exegético jamais são suficientemente amplas para eximir os juizes de um poder criativo. Fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na sua aplicação a um caso concreto, de algum modo sempre implica um poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar” (Faria, 1994: 49).

Assim, o papel da jurisprudência e os acórdãos colocam em evidência o poder normativo desempenhado pelo Tribunal de Justiça no contexto das novas relações políticas instituídas pelo Estado republicano.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918.
- COSTA, Moacyr Lobo da. Breve notícia do direito processual civil brasileiro e sua literatura, São Paulo: Edusp, 1970.
- DANTAS, San Tiago. *Figuras do direito*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1962.
- FARIA, José Eduardo. “Os desafios do Judiciário”, in: *Revista USP – Dossiê Judiciário*, março/abril/maio de 1994, nº. 21
- FARIA, Julio Cesar de. *Juizes do meu tempo*. Livraria e Editora Martins. São Paulo, 1942.
- FAUSTO, Boris. *Trabalho urbano e conflito social*. Rio de Janeiro: Difel, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. & CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.
- MANSO, Costa. “Discurso”, in: “Separata” da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Ano LIV, fasc. 1, 1959.
- NETO, João Antônio. *História do poder Judiciário de Mato Grosso*. Cuiabá: publicação do Tribunal de Justiça de Cuiabá, 1985. v. 1.
- OLIVEIRA, Conselheiro Candido de. “A Justiça”, in: *A década republicana*. Rio de Janeiro: Cia. Typographica do Brasil, 1900. v. III.
- POULANTZAS, Nicos. “A lei”, in: NAVES, Márcio B. *Crítica do direito*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.
- REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo, 1822-1940*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 1999.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual e civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TORRES, João Camilo de Oliveira. *A democracia coroada*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1964.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito do Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.