

REVISTA DE HISTÓRIA
SÃO PAULO, Nº 169, p. 181-221,
JULHO / DEZEMBRO 2013

“EM TRAJES BRASILEIROS”: JUSTIÇA E CONSTITUIÇÃO NA AMÉRICA IBÉRICA (C. 1750-1850)

Contatos

Carlos Garriga
Facultad de Derecho - Sección Bizkaia -
Universidad del País Vasco
48940 - Leioa (Vizcaya) - Espanha
E-mail: carlos.garriga@ehu.es

Andréa Slemian
Rua Santos Torres, 77 - Pinheiros
05415-090 - São Paulo - Brasil
E-mail: slemian@terra.com.br

Carlos Garriga*
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Andréa Slemian**
Universidade Federal de São Paulo

Resumo

Situando-se na intersecção entre constitucionalismo e independências, o artigo tem como objetivo discutir a dinâmica institucional da justiça na formação do Império do Brasil como parte de uma compartilhada tradição jurídica em todo o mundo ibero-americano, centrando-se no ciclo de mudanças ocorrido entre meados dos séculos XVIII e XIX. Para tanto, o recorte está nas garantias de justiça que, existentes na cultura do *ius commune*, seriam centrais aos novos estados independentes na América por meio da *estatização* de elementos que previam o funcionamento de uma antiga chave: a de que a “boa administração da justiça” dependia do “bom juiz”, e do seu reto comportamento, e não das leis e de sua devida aplicação. A partir da prevalência de uma *justiça de juízes*, conclui-se que, sem códigos, no sentido moderno, foi impossível se implantar um regime de *justiça de leis*.

Palavras-chave

Justiça – constituição – tradição – instituições – América Ibérica.

* Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do País Vasco e doutor em Direito pela Universidade de Salamanca.

** Professora adjunta do Departamento de História da Universidade Federal de São Paulo e doutora em História pela Universidade de São Paulo

“IN BRAZILIAN COSTUMES”: JUSTICE AND CONSTITUTION IN THE IBERO-AMERICA (C. 1750-1850)

Contacts

Carlos Garriga
Facultad de Derecho - Sección Bizkaia -
Universidad del País Vasco
48940 - Leioa (Vizcaya) - Espanha
E-mail: carlos.garriga@ehu.es

Andréa Slemian
Rua Santos Torres, 77 - Pinheiros
05415-090 - São Paulo - Brasil
E-mail: slemian@terra.com.br

Carlos Garriga

Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Andréa Slemian

Universidade Federal de São Paulo

Abstract

Standing at the intersection between constitutionalism and independence, the article aims to discuss the institutional dynamics of justice in the framing of the Empire of Brazil as part of a shared legal tradition throughout the Ibero-American world, focusing on the cycle of changes occurred between the mid-eighteenth and nineteenth centuries. For that, the emphasis is in the guarantees of justice, which, once embedded in the culture of *ius commune*, would be central to the new states in America through the *statization* of elements that ensured the operation of an old key: that the “good administration of justice” relied on “the good judge”, and his straight behavior, not on the laws and their proper application. From the prevalence of a “justice of judges”, the conclusion is that, without codes in the modern sense, it was impossible to implement a “legal justice” regimen.

Keywords

Justice – constitution – tradition – institutions – Ibero-America.

Nas últimas duas décadas, é evidente um intenso movimento de renovação dos estudos acerca das independências ibero-americanas, seja nas histórias de cada um dos seus diversos casos, seja na problematização acerca do seu processo geral. Se a explicação simplista de um rompimento político ocasionado por sentimentos nacionais preexistentes já fora colocada em xeque antes disso, foi mais recentemente que os esforços em se abandonar um temeroso caminho de comparação – que ao se centrar na marcação das especificidades e semelhanças entre os casos pode, em certos momentos, acabar por reafirmar excessivamente os contornos singulares de cada um dos mesmos¹ – ganharam problemáticas que recolocam as possibilidades de história(s) integrada(s) de seu processo. Nesse sentido, a seara acadêmica aberta pelas interpretações que tomaram a emergência da modernidade como um campo privilegiado para a proposição de novas perguntas acerca desse passado se revelaram especialmente fecundas. Isso se deu a partir da valorização dos estudos políticos expressa em temas vinculados, por um lado, à cultura política, constitucionalismo, formação dos espaços públicos, formas de sociabilidades, identidades etc., e, por outro, nas análises das transformações mentais estruturalmente provocadas pela ruptura na percepção temporal entre fins do século XVIII e início do XIX, os quais ganharam a cena e frutificaram em diversas temáticas.²

Mas a citada renovação não parou por aí e, mesmo que a ampliação de temas e problemas para essas histórias demonstrem desde então uma grande pujança, também já são perceptíveis os limites das explicações estritamente políticas para seus processos. O caso da associação das independências com o constitucionalismo, um dos nexos que recentemente tem suscitado uma

¹ Ver a introdução de FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier (dir.). *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*. Madri: Fundación Carolina-Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales – CEPC, 2009.

² A bibliografia é amplíssima, sendo as obras de François-Xavier Guerra, de Tulio Halperin Donghi e de José Carlos Chiaramonte inspiradoras de grande parte dessa renovação, bem como fundamentais para a retomada das concepções de Reinhardt Koselleck e as mais recentes produções da história crítica do direito. Para uma ideia da mesma, desde distintas perspectivas, ver JANC-SÓ, István (org.). *Brasil. Formação do Estado e da nação*. São Paulo-Ijuí: Hucitec-Fapesp-Unijuí, 2005; CHUST, Manuel e SERRANO, José (eds.). *Debates sobre las independencias iberoamericanas*. Frankfurt am Main: Vervuert-Iberoamericana-Ahila, 2007; e ANNINO, Antonio (coord.). *La revolución novohispana, 1808-1821*. México: Cide-FCE-Conaculta-INEHRM-Fundación Cultural de la Ciudad de México, 2010; DUVE, Thomas (coord.). *Verfassung und Verfassungsrecht in Lateinamerika im Licht des bicentenario*. (Debate). *Rechtsgeschichte – Legal History*, nº 16, 2010, p. 16-150. Disponível em: <http://rg.rg.mpg.de/Rg16>. Acesso em: 03/10/2013; BARRIERA, Darío e TÍO VALLEJO, Gabriela (coords.). *Historia política e historia del derecho*. *PolHis*, ano 5, nº 10, 2º semestre 2012. Disponível em: <http://historiapolitica.com/boletin10/>. Acesso em: 03/10/2013.

vigorosa agenda de trabalhos e que nos toca mais especialmente neste conjunto de páginas, é especialmente contundente nesse sentido. Em primeiro lugar, em função de postulados no campo da história do direito que, claramente, desde a década de 1980, colocaram por terra teses que marcavam a emergência dos estados nacionais do século XIX como um definitivo marco fundador dos valores modernos e liberais. Nesse sentido, as interpretações que promoveram a revisão dos pressupostos jurídicos do chamado Antigo Regime, esmiuçando sua lógica de funcionamento e, sobretudo, as continuidades que se fariam presentes na formação dos regimes constitucionais desde finais dos Setecentos foram fundamentais. No caso específico das independências ibero-americanas, a crítica à existência de uma revolucionária descontinuidade jurídica nas experiências constitucionais das Cortes de Cádiz e, dez anos depois, nas de Lisboa, promoveu, e segue promovendo, um intenso repensar sobre o processo das independências, colocando em xeque o binômio independência-modernidade como ferramenta válida para compreensão dos seus processos. Tomando a centralidade da questão institucional para compreensão dos processos de constituição dos novos estados independentes, rompe-se igualmente com as ainda frequentes leituras legalistas do direito amparadas essencialmente na produção normativa.⁵

No caso do Brasil, a pujança nos estudos de renovação acerca da Independência e formação do Império responde também a uma particular história. Esta refere-se ao enquadramento do seu caso como uma exceção em relação ao resto da América ibérica, tanto pela sua opção monárquica e manutenção da escravidão, como pelo conseqüente processo pacífico de separação de Portugal que então teria ocorrido. Ambas as teses têm sido revis-

⁵ HESPAÑA, A. *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004; GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*. Madri: CEPC, 2007. (Com epílogo de Bartolomé Clavero); GARRIGA, Carlos. (ed.). *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*. México: Cide-Instituto Mora-El Colegio de Michoacán-ELD-Hicoes, El Colegio de México, 2010; ANNINO, Antonio, MARTÍNEZ, Fernando, ROJAS, Beatriz, SOLLA, M. Julia. In: LORENTE, Marta, PORTILLO, José M. (dirs.). *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*. Madri: Cortes Generales, 2011; GARRIGA, Carlos. ¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y "punto de vista". *PolHis*, ano 5, nº 10, 2º semestre 2012, p. 89-100. Disponível em: http://historiapolitica.com/datos/boletin/Polhis10_GARRIGA.pdf. Acesso em: 18/04/2013; SLEMIAN, Andréa. A administração da justiça como um problema: de Cádiz aos primórdios do Império do Brasil. In: BERBEL, M. e OLIVEIRA, C. (org.). *A experiência constitucional de Cádiz. Espanha, Portugal e Brasil*. São Paulo: Alameda, 2012, p. 251-285.

tas, ou ao menos bem matizadas, sendo hoje temeroso adotá-las.⁴ Em grande parte, tais interpretações são devedoras do discurso, com raízes no próprio século XIX, em nome da consagração da unidade, da manutenção da ordem interna e da própria legitimidade do projeto imperial diante do que se construía ideologicamente como uma "outra" América, marcada pela anarquia e descentralização. Discurso este que, criticado desde há muito, ainda demonstra ter eficácia quando o que está em pauta é o "contraste" do Brasil em comparação com os outros nascentes estados ibero-americanos.⁵ No entanto, é totalmente impensável hoje tratar o processo brasileiro como destituído de conflitos, das mais distintas ordens (inclusive com enfrentamentos militares) e marcado por uma intrínseca violência, bem como não inseri-lo numa experiência comum vivida contemporaneamente em toda a América ibérica.⁶

Em relação a este último ponto, o constitucionalismo que habitualmente se nomeia "moderno", entendido como uma cultura que nasce nos Setecentos para fazer frente ao despotismo, postulando direitos de liberdade e instituições de participação política mediante a separação e controle de poderes, nos permite recolocar a questão de uma unidade ibero-americana à luz da já apontada renovação historiográfica.⁷ Nesse sentido, mesmo tendo em vista que o surgimento da cultura constitucional terá um papel central na politização dos movimentos que então ganharam corpo em nome de propostas de ruptura (ou mesmo de reforma) da ordem tradicional, há que se ter em conta que sua cultura não se encerra aí: falar em constitucionalis-

⁴ MARQUESE, Rafael e TOMICH, Dale. O vale do Paraíba escravista e a formação do mercado mundial do café no século XIX. In: GRINBERG, K. e SALLES, R. (orgs.). *O Brasil imperial*, volume II – 1851–1870. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 339–383; SLEMIAN, Andréa e THIBAUB, Clément (orgs.). *Indépendance du Brésil ou des Brésils? Unité et diversité dans la construction d'un Empire en Amérique au début du XIXe siècle*. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, 2013. (Debates) Disponível em: <http://nuevomundo.revues.org/>. Acesso em: 18/04/2013.

⁵ COSTA, Wilma. A Independência na historiografia brasileira. In: JANCSÓ, I. (org.). *Independência: história e historiografia*. São Paulo: Hucitec-Fapesp, 2005, p. 55–118.

⁶ PIMENTA, João Paulo. *Brasil y las independencias de Hispanoamérica*. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2007; ADELMAN, Jeremy. The rites of statehood: Violence and sovereignty in Spanish America, 1789–1821. *Hispanic American Historical Review*, v. 90, n. 3, 2010, p. 391–422.

⁷ CLAVERO, Bartolomé. *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Madri: Trotta Editorial, 2007; PORTILLO VALDÉS, José. El tiempo histórico del primer constitucionalismo en el Atlántico hispano. Balance y perspectivas. *Almanack*, São Paulo, nº 4, nov. 2012. Disponível em: <http://www.almanack.unifesp.br/index.php/almanack/article/view/914/>. Acesso em: 18/04/2013. A título de síntese, LORENTE, Marta. Constitucionalismo antiguo e moderno. In: LORENTE, Marta. e VALLEJO, Jesus (coord.). *Manual de historia del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 289–329.

mo envolve igualmente a compreensão de um universo cultural acerca de concepções e práticas institucionais, irredutíveis apenas aos jogos de interesses e disputas existentes na seara política.

Entender o sentido coevo da própria palavra constituição, bem como seus limites, é um bom exemplo para a questão. O vocábulo, cujo sentido antigo vinculava-se à descrição de ordenamento de um território, viria claramente, na segunda metade do XVIII, associar-se a um programa de criação normativa, de projeção de um ordenamento futuro sobre princípios constitucionais. Ou seja, *constituição* passaria a ser sinônimo do dever ser político, apontando para o futuro.⁸ Sua associação com os movimentos revolucionários seria inequívoca: ela passaria a ser vista como a "pedra de toque", base de legitimidade para os regimes que, mais radicais ou conservadores, teriam que se defrontar a partir de então com uma agenda de direitos e liberdades políticas. No entanto, existia a percepção de que o universo da constituição era o da organização dos poderes do Estado, dos seus princípios, e que outro nível seria o das leis e regulamentos que deveriam ser criados a partir de então e sob a inspiração dos citados princípios constitucionais. É fato que a ação constituinte seria mimetizada pela experiência francesa em função de seu programa de destituição do poder absoluto, de fim dos privilégios, de destruição da antiga sociedade corporativa e da estrutura jurídica e administrativa do reino, e, ao mesmo tempo, de criação moderna de um novo regime, ou seja, de *déconstitution* da ordem antiga e de sua *reconstituição* sob novas bases jurídicas.⁹ No entanto, por mais que tal modelo tenha encon-

⁸ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2006 (ed. orig. alemã, 1991, Estudo preliminar de Antonio López Pina); FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Trotta, 2001; MOHNHAUPT, Heinz e GRIMM, Dieter. *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*. (ed. italiana a cura di Mario Ascheri e Simona Rossi. Roma: Carocci, 2008; e ed. original alemã, 1995, 2002); HOFMANN, Haso. *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*. Roma-Bari: Laterza, 2003, p. 159-165 (ed. orig. alemã, 2000); PORTINARO, Pier Paolo. *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*. Bolonha: Il Mulino, 2007, *maxime* p. 157-150. Para seus respectivos casos: PORTILLO VALDÉS, José. *Ex unum, pluribus: revoluciones constitucionales y disgregación de las monarquías iberoamericanas*. In: FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier (dir.), op. cit., 2009, p. 307-324; SLEMIAN, Andréa. *Sob o império das leis: Constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)*. São Paulo: Hucitec, 2009; e GARRIGA, Carlos. *Cabeza moderna, cuerpo gótico*. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico. *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 81, 2011, p. 99-162.

⁹ Tais termos são propostos por HALÉVI, Ran. *La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire*. *Jus Politicum - Autour de la notion de Constitution*, nº 3, 2009. Disponível em: <http://www.juspoliticum.com/La-deconstitution-de-l-Ancien.html?ar-tpage=4-4>. Acesso em: 18/04/2015.

trado enorme abrangência à época, mesmo os regimes que mais pregavam segui-lo encontraram obstáculos insuperáveis para sua realização.

O mundo ibero-americano é paradigmático neste sentido.¹⁰ É sabido que desde as Cortes de Cádiz, passando pelas primeiras tentativas constitucionais e independentes na América, chegando às Cortes de Lisboa e ao Brasil, todos esses processos projetaram transformações normativas para o futuro dos novos regimes que, mais ou menos legitimistas, foram marcadas por intensas e mesmo sangrentas disputas políticas. No entanto, se um processo de *reconstituição* fez-se necessário, sobretudo no Novo Mundo diante dos desafios para construção de novas unidades nacionais, o mesmo não ocorreu em relação à *desconstrução* do passado jurídico ibérico.¹¹ Não apenas o conjunto da legislação permaneceria tendo vigência, mas muitos dos dispositivos institucionais tradicionais continuariam a possuir extrema operacionalidade nos regimes constitucionais. É o que se pretende demonstrar aqui em relação à justiça, partindo-se da premissa de que as independências foram revoluções políticas, mas não jurídicas. Ou seja, a pauta de evolução, similar a todos esses movimentos, de elevação da *constituição* escrita à condição de instrumento imprescindível na definição, disputa e construção de projetos de futuro, deu-se sem a negação do arcabouço que fazia com que os *crioulos* se reconhecessem como herdeiros dos espanhóis e dos portugueses e sua consequente trama normativa.

Mas, ao contrário do que se poderia pensar, não se defende uma simples continuidade das estruturas coloniais após as independências. Nesse sentido, precisar os termos do entendimento aqui proposto, evitando-se cair em reducionismos do tipo mudanças e permanências, faz-se necessário. Na chave explicativa adotada, tratar da estrutura jurídica nos novos estados ibero-americanos significa falar de uma tradição inscrita na cultura jurídica do *ius commune*. No entanto, onde estaria a operacionalidade em se falar de tradição? Na medida em que ela permite desvendar analiticamente dois movimentos historicamente perceptíveis para qualificação do processo aqui tratado. Por

¹⁰ GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta, *Cádiz 1812*, op. cit., 2007; HESPANHA, A. Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional (resenha). *Almanack Braziliense*, São Paulo, nº 7, maio/2008, p. 165-169. Disponível em: www.almanack.usp.br. Acesso em: 18/04/2013.

¹¹ GARRIGA, Carlos. Continuidad y cambio del orden jurídico. In: Idem (coord.). *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*. México: Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora et al., 2010, p. 59-106; LOPES, José R. de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: JANCÓS, I. *Brasil: formação do Estado e da nação*, op. cit., 2005, p. 195-218; LORENTE, Marta, PORTILLO, José (dirs.). *El momento gaditano*, op. cit., 1988.

um lado, porque tratar de tradição jurídica significa conceber um conjunto orgânico de valores e categorias comuns, soluções e dispositivos institucionais que permeavam rotinas, concepções e práticas cotidianas, partilhados de forma conflitiva pelos seus agentes, cujos embates entre si tendem a criar uma artificial ideia de autonomia do seu campo.¹² Ou seja, longe estamos de tratá-la como um conjunto homogêneo de doutrinas e ações que pudesse ser vislumbrado cartesianamente numa suposta *herança* nos novos estados independentes. Por outro lado, porque sua perpetuação necessita de um ato voluntário, efetivamente inserido no jogo político em que, aos agentes históricos, cabe um papel manipulador para sua continuidade em um contexto discursivo que permita, no caso jurídico, uma simbiose na conversão das situações e interesses em novos enunciados normativos.¹⁵

Ora, se no mundo tradicional, a regra era a *perpetuação* da tradição enquanto manifestação da ordem natural das coisas, os projetos normativos de futuro surgidos a partir dos movimentos constitucionais e que forneceram lastro às independências propuseram, em diferentes níveis, sua ruptura, mesmo mantendo-se ideologicamente vinculados a ela. O plano jurídico é um terreno exemplar para se observar a manutenção dessa lógica operativa. Propomos aqui demonstrar como isso se deu no caso dos dispositivos jurisdicionais que serviram como garantias da justiça, ou seja, aqueles chamados para impedir ou corrigir e sancionar juízes e magistrados em uma *justiça de juízes* (e não de leis), nas duas primeiras décadas da experiência constitucional do Brasil tendo em vista seu processo como geral para a América ibérica. Nossa tese é a de que os agentes dessa ruptura política promoveram a reforma e não a eliminação da tradição própria por meio do reforço de antigos dispositivos institucionais de garantia – de recusa e de responsabilidade – para servir às novas necessidades de um regime constitucional. Temos como seguro que sua ocorrência, mesmo que inscrita em concepções e hábitos desde há muito arraigados, deve ser tratada como um ato deliberado no processo

¹² BOURDIEU, Pierre. La force du droit. *Actes de la recherche en Sciences Sociales*, v. 64, nº. 64, 1986, p. 3–19.

¹⁵ São-nos muito úteis as ponderações acerca das tradições jurídicas de COSTANTINI, Cristina. Comparazione giuridica e geopolítica critica. Per una contra-narrativa sulle tradizioni. *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, v. XVII, nº 2, 2011. Disponível em: <http://cardozolawbulletin.blogspot.com.br/2011/10/comparazione-giuridica-e-geopolitica.html>. Acesso em: 18/04/2013; e também o conceito de “tradições eletivas” cunhado por FERNÁNDEZ SEBASTIAN, J. *Entre innovación y tradición. Cambio, continuidad y ruptura en historia intelectual*. FÓRUM DA REVISTA ALMANACK Disponível em: <http://www.almanack.unifesp.br/index.php/almanack/announcement>). Acesso em: 05/05/2013. Cfr. GARRIGA, Carlos. ¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y “punto de vista”. *PolHis*, ano 5, nº 10, segundo semestre 2012, p. 89–100.

de *reconstituição* das novas unidades políticas e não simples herança, cuja recorrência à tradição fornecia aos coevos a manutenção de seu *status quo* frente às sociedades multiétnicas em convulsão política no início dos Oitocentos.

Para tanto, estruturamos o presente artigo em duas partes: a primeira discute o significado das reformas ilustradas na cultura jurídica ibérica, sendo para tanto necessária a análise de elementos centrais à ordem que se convencionou chamar de Antigo Regime; a segunda abrange o constitucionalismo e as instituições judiciais nas primeiras décadas do XIX que, com a lente ampliada para a realidade ibero-americana, fechará seu foco no caso do Império do Brasil.

Ordem jurídico-política tradicional e reformas ilustradas no espaço ibérico

Não é possível dar conta do tema sem tomar de frente o chamado *reformismo ilustrado* (bourbônico na Espanha e seus domínios, josefino e mariano em Portugal) e marcar seu papel na gestação e primeiros desenvolvimentos de fenômenos de tão complexa etiologia e variável cronologia como aqueles que nos servem de marco; de fato, como veremos, é dele que depende, em boa medida, a cronologia posterior. Ao fim e ao cabo, é na era das *reformas*, que cobriu quando menos a segunda metade do século XVIII, que se imagina trançar-se o binômio *tradição-modernidade*, imediatamente vinculado, de uma forma ou de outra, à problemática de construção estatal ibero-americana que aqui consideramos na chave judicial.¹⁴ Incluído na agenda historiográfica pelos mesmos protagonistas da emancipação, o debate sobre o caráter do reformismo e seu impacto na crise das monarquias foi gerando, a partir da citada dicotomia, seus próprios tópicos (projetos-realizações, possibilidades-limites, fracasso-êxito), animando-se muito nos últimos anos, ao calor – e muitas vezes ao serviço – dos estudos sobre as independências.¹⁵ Sem entrar em detalhes, convém apenas marcar as distâncias que nos separam das posturas historiográficas mais comuns e devolver o reformismo ilustrado ao seu próprio – e em certo modo, paradoxal¹⁶ – contexto.

¹⁴ Seguimos GARRIGA, Carlos. Orden jurídico e independencia política: Nueva España, 1808 – México, 1821. In: ANNINO, A. (coord.), *La revolución novohispana, 1808-1821*. México: Fondo de Cultura Económica – Cide; Conaculta, 2010, p. 35-124.

¹⁵ PAQUETTE, Gabriel. Empire, enlightenment and regalism: New directions in eighteenth-century Spanish history. *European History Quarterly*, 35 (1), 2005, p. 107-117.

¹⁶ MAXWELL, Kenneth. *Pombal: Paradox of the enlightenment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Até pouco tempo – e ainda hoje – o conjunto de projetos e realizações geralmente englobados sob o equívoco nome de “reformismo ilustrado” podia apresentar-se, particularmente na sua projeção colonial, como uma autêntica “revolução no governo” que teria rompido com as matrizes tradicionais para adotar formas modernas, propostas em termos de *absolutismo* e *centralização*, e até forjado – como se chegou a dizer no caso espanhol – um “segundo império”.¹⁷ Frente a esta posição, nos últimos anos, uma revisão historiográfica feita a partir de uma profunda ampliação de fontes e abordagens vem questionando o alcance das reformas empreendidas e destacando a diversidade de seu caráter e implantação, sublinhando os limites que embargavam a ação dos monarcas ilustrados e seus ministros, tomando enfim, como inapropriados, os qualificativos que, como os citados, tão mal se ajustariam à característica *negociada* dos impérios atlânticos.¹⁸

Ainda que, obviamente, seja essa segunda linha a seguir, com ela não desaparecem totalmente os problemas que seguem distorcendo o reformismo à força de sobredimensioná-lo. Persistem justamente os que, pela sua projeção posterior, mais nos interessam agora. Se estilizarmos ao máximo, poderíamos dizer que o debate historiográfico tem versado sobre as possibilidades e os limites da ação real, mas tem-se centrado nas *possibilidades da* e nos *limites à* vontade política (estruturas institucionais, burocracia, distâncias, interesses), margeando o problema prévio e, a nosso juízo, capital de indagar, juntamente às possibilidades, as *limitações da* vontade real: ou seja, antes e mais que ao exercício, o problema afeta a concepção da soberania no marco

¹⁷ BRADING, David A. La España de los Borbones y su imperio americano. In: BETHELL, L. (ed.). *Historia de América Latina. 2. América Latina colonial: Europa y América en los siglos XVI, XVII y XVIII*. Barcelona: Crítica, 1990, p. 85–126; LYNCH, John. El reformismo borbónico e Hispanoamérica. In: GUIMERÁ, Agustín (ed.). *El reformismo borbónico. Una visión multidisciplinar*. Madri: Alianza, 1996, p. 57–59; ELLIOTT, John. *Imperios del mundo atlántico. España y Gran Bretaña en América, 1492-1830*. Madri: Taurus, 2006 (cap. 11); LUCENA-GIRALDO, Manuel. The limits of reform in Spanish America. In: PAQUETTE, G. (ed.). *Enlightened reform in southern Europe and its Atlantic colonies, c. 1750-1830*. Farnham–Burlington: Ashgate, 2009, p. 307–320.

¹⁸ A título de exemplo: FRADERA, Josep M. *Colonias para después de un imperio*. Barcelona: Bellaterra, 2005; MONTEIRO, Nuno. Pombal's government: between seventeenth-century *Valido* and enlightened models. In: PAQUETTE, G. (ed.). *Enlightened reform...*, op. cit., 2009, p. 321–338; RUIZ TORRES, Pedro. Los límites del reformismo del siglo XVIII en España. In: ALBAREDA SALVADÓ e JANUE i MIRET (eds.). *El nacimiento y la construcción del Estado moderno. Homenaje a Jaume Vicens Vives*. Valencia: Universitat de València, 2011, p. 111–150. Como referência ao termo, DANIELS, C. e KENNEDY, M. (eds.). *Negotiated empires. Centers and peripheries in the Americas, 1500-1820*. Nova York & Londres: Routledge, 2002.

da ordem tradicional.¹⁹ Colocado assim, em última instância, os *limites do reformismo* não dependeriam tanto – ainda que obviamente dependam também – do escasso alento inovador de umas monarquias constitutivamente católicas, mas das características da ordem jurídica tradicional a qual contribui decisivamente para explicar a persistência de dispositivos quando, depois das independências, deixam ou podem deixar de operar as constrições tradicionais. Argumentamos aqui que, se a experiência do reformismo demonstra algo, é que a ordem jurídica tradicional era, em si mesma, constitutivamente limitativa de capacidade de disposição política, comportava certa ontologia do juiz e impunha uma configuração judicial da justiça: uma *justiça de juízes* (não de *leis*).²⁰ Nesse sentido, os elementos centrais *d'ancien régime* permaneceriam e manteriam suas marcas definidoras mais substanciais: concepção jurisdicional, composição pluralista e configuração jurisprudencial.

Fundado na "ordem eterna e necessária de Deus", no marco das monarquias católicas, o direito se levantava sobre uma base solidamente axiológica que garantia a unidade, mas que era resultado das diferentes instâncias de poder político legitimamente constituídas (entenda-se, capacitadas para declarar o direito) de um modo ou de outro a partir do monarca.²¹ Isto se caracterizava pelo pluralismo jurídico, resultado da integração de conjuntos normativos dotados de origem e conteúdos diversos, embora igualmente válidos e coexistentes em um mesmo espaço político: basicamente, o direito comum (*compositum* de direito romano e direito canônico, ininterruptamente elaborado pelo *saber dos juristas* – jurisprudência – desde a Idade Média e presente por toda a cristandade) e os direitos próprios dos espaços politicamente autossuficientes (reinos-coroas) que eram por sua vez internamente complexos e englobavam um conjunto de direitos corporativos (pertencentes aos corpos políticos, de base territorial ou não, que estruturavam aquela sociedade). A colonização supôs a integração do Novo Mundo nesta ordem, em um prolongado processo de territorialização, que foi dando lugar na

¹⁹ É sintomática, nesse sentido, a conclusão de STEIN, Stanley e STEIN, Barbara. *El apogeo del Imperio. España y Nueva España en la era de Carlos III, 1759-1789*. Barcelona: Crítica, 2005, p. 131, que parecem conceber a possibilidade de que as reformas estruturais tenham se realizado por meio de um "fiat executivo" do rei.

²⁰ GARRIGA, Carlos. Los límites del *reformismo borbónico*: a propósito de la administración de la justicia en Indias. In: BARRIOS PINTADO, F. (coord.). *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, I, p. 781-82; LORENTE, Marta. (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2006.

²¹ AGUERO, Alejandro. Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional. In: LORENTE, Marta (coord.). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2009,

América a um direito municipal ou especial, produto da casuística adaptação da ordem metropolitana às circunstâncias ultramarinas. Mais do que um conglomerado de fontes, sua cultura estava na centralidade dos juristas (*iurisprudentes*) como possuidores de um saber prático acerca do direito (*prudentia iuris*), em sua dupla condição de tratadistas e de juízes, mestres na arte de compor universos normativos díspares na busca de soluções justas, ajustadas à ordem. O termo *interpretatio* englobava todo o conjunto de regras elaboradas pela *sciencia iuris*, orientadas por três propósitos principais: conciliar e integrar, mais que excluir; manter, na medida do possível, os consensos jurisprudenciais (*la communis opinio doctorum*); e adaptar a regra geral às circunstâncias locais (localização).²²

Em resposta ao pluralismo jurisdicional e à consecutiva fragmentação institucional, os juízes podiam ter diversas vinculações orgânicas (municipal, senhorial, real), mas portavam um padrão de juridicidade substancialmente uniforme que determinava a uniformidade da condição do juiz, entrelaçando os universos leigo e letrado no plano judicial. Todos os juízes exerciam um ofício – o ofício de juiz (*officium iudicis*) – juridicamente construído em termos unitários para cujo acesso se privilegiava o *temor a Deus* sobre qualquer outra condição, abrindo uma via direta de comunicação religião–direito, que se desdobrava em um conjunto de qualidades e virtudes – de atitudes e aptidões – nucleadas a partir da figura jurisprudencial do *iudex perfectus* que se predicava a todos eles. Abaixo da enorme variedade de condições e denominações específicas (resultado da constituição histórica da ordem jurídico-política em cada reino), respondiam ao nome genérico de *juiz* todos e somente aqueles que estavam investidos de *jurisdição*, ou seja, dotados de uma porção de poder público que lhes facultava administrar justiça (entenda-se: declarar por si mesmos o direito e impor coercitivamente suas decisões).²⁵

Naquela ordem de estados plurais e concorrentes, em todo magistrado confluíam duas pessoas: uma *privada*, que resultava do conglomerado de

²² HESPANHA, A. Porque é que existe e em que consiste um direito colonial brasileiro. In: PAIVA, Eduardo F. (org.). *Sociedades, culturas e formas de governar no mundo português (séculos XVI-XVIII)*. São Paulo: Annablume, 2000; GARRIGA, Carlos. Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV. In: MARTIRÉ, E. (coord.). *La América de Carlos IV*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006, p. 35–130. Para uma síntese, LORENTE, Marta e VALLEJO, Jesus (dirs.), *El momento gaditano*, op. cit., 2011.

²⁵ Seguimos GARRIGA, Carlos. Justicia animada: dispositivos de la justicia en la monarquía católica. In: LORENTE, Marta (coord.). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 61–104.

situações sem relevância política que definia sua posição social (ser pai, ser esposo, ser amigo), e uma *pública*, investida de *jurisdição*. Todo o regime do ofício (quer dizer, o exercício da jurisdição) se sustentava sobre essa marcada separação entre ambas as *pessoas*, tão impossível de alcançar como imprescindível para garantir a justiça das decisões judiciais. Se, conforme a raiz latina, o termo ofício (*officium*) liga-se indissolúvelmente à faculdade, ao dever (*iurisdictio* e *iustitia*), o ofício de juiz (*officium iudicis*) aglutinaria o conjunto de regras do direito que determinam o que o magistrado poderia e deveria fazer como pessoa pública, prescrevendo as sanções que a eles corresponderiam se usassem do poder de ofício como pessoa privada.²⁴

Sem desconhecer a importância de qualidades e atributos vários, que contavam com larguíssima tradição jurisprudencial e entre os quais ocupavam lugar destacado a *ciência* e a *experiência*, quase não há texto que trate da questão sem ponderar, antes de tudo, sobre a condição moral do juiz, que obviamente vinha determinada pela antropologia católica (pensada sobre a dicotomia vícios-virtudes). Em fins do século XVIII, d. Antonio de Porlier, um magistrado canário de larga experiência americana, em sua condição de presidente do Conselho de Índias, encabeça assim os "verdadeiros princípios" da magistratura: "*El primero y grande precepto del amor a Dios es el centro á donde van á parar las líneas de todos los demas que comprende[n] la ley. En este único, como en raíz, se contiene[n] todos*".²⁵ A tradição havia acumulado não poucas maneiras de expressar a mesma ideia. Uma das mais célebres, procedente de Baldo, exigia dos juiz dois *sais*: *ciência e consciência* para que não fosse diabólico.²⁶ Na consciência se localizava o conjunto de dispositivos que inclinavam à justiça e favoreciam sua reta administração (associada como estava às ordens transcendentais da *aequitas* e do *ius naturale*). Uma obra prática muito difundida nos finais dos Setecentos hispânicos tratava do *temor de Deus* (que podemos traduzir como adesão à ordem) como o tesouro que todo *alcaide*

²⁴ VALLEJO, Jesús. *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid: CEPC, 1992 (cap. II); GARRIGA, Carlos. *La audiencia y las chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*. Madrid: CEPC, 1994 (cap. III); BARBAS HO-MEM, António. *Judex perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 605.

²⁵ [Antonio de Porlier] marquês de Bajamar. *Discursos al Consejo de Indias*. Edição e estudo preliminar de M. Soledad Campos Díez. Madrid: CEPC, 2002, p. 70 (discurso de 1797).

²⁶ Por exemplo, CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos* [...]. Madrid: Imprenta Real de la Gazeta, lib. V, cap. I, nº 159, II, 1775, p. 539.

perfeito deveria guardar;²⁷ outra, destinada ao foro português, recordava: "só quem confia em Deus, sai à luz com administração da Justiça & governo".²⁸

Sobre este alicerce, a cultura do *ius commune* levantou um arquétipo de juiz, o *iudex perfectus* que, por fiel tradução da antropologia católica compartilhada, projetava sua sombra sobre todo o espaço ibérico (a ambos os lados do Atlântico) e cobriu todo o tempo largo que costumamos chamar Antigo Regime.²⁹ Em sua vertente mais erudita, foi amplamente cultivado por uma elaborada literatura de *iudice perfectus* que, invariavelmente, apresentava o magistrado como *sacerdote da justiça (iustitiae antistes)* e o dotava de atributos imaginados por Aulo Gelli, em um texto célebre: grave, inatacável, severo, incorruptível, inacessível à adulação, inexorável com os malvados e os criminosos, firme, potente, terrível pela força e majestade que lhe fornecem a equidade e a verdade.³⁰ No nosso âmbito ibérico, esta tradição teria seu auge na monumental obra que Gabriel Álvarez de Velasco, ouvidor da Audiência de Nova Granada, dedicou ao *iudex perfectus*, cujo (inalcançável) modelo era Cristo, *unice perfectus*.³¹ Era essa a contundente resposta que aquela cultura dava à pergunta sobre o significado de *ser juiz*; mas, com ou sem estes tópicos, a imagem do "perfeito juiz" estava onipresente em um universo jurídico que concebia e institucionalizava a justiça como *justiça de juízes*. Como arquétipo, ele não era somente um *modelo para* o juiz, mas também um *modelo de* juiz que se impunha a quem tivesse a responsabilidade de organizar o governo da justiça, disciplinando axiologicamente tanto a regulamentação do ofício, como a seleção e o comportamento de seus titulares.

Ainda quando cada juiz estava facultado para declarar o direito por si mesmo e impor coercivamente suas decisões, a integração de todos eles em um aparato hierarquizado pelos recursos judiciais facilitava a prevalência de consensos jurisprudenciais e a imposição de um padrão de juridicidade.

²⁷ MARTÍNEZ, Manuel Silvestre. *Librería de jueces, utilísima y universal para abogados [...]*, III, Madri, 1791, cap. I.

²⁸ CABRAL, Antonio Vanguerve. *Pratica judicial, muyto util, e necessaria para os que principiaõ os officios de julgar, & advogar...*. Coimbra: Officina de Simoens Ferreyra, 1730, parte I, cap. 7, § 3, p. 8-9.

²⁹ VALLEJO, Jesús. Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *ius commune*. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, 1998, p. 19-46; BARBAS HOMEM, Antonio, *Judex perfectus*, op. cit., 2003, p. 595-607; GARRIGA, Carlos. Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII). *Revista de Historia del Derecho*, nº 24, 2006, p. 67-160; AZNAR I. GARCIA, Ramón. La bondad del juez: la mejor garantía de justicia. Un discurso de Sancho de Llamas y Molina (1797). *AHDE*, nº 80, 2010, p. 547-587.

³⁰ GELLII, A. *Noctivm Atticarvm libri XX*, XIV, 4.

³¹ VELASCO, Gabriel Álvarez de. *Ivdex perfectvs sev de ivdice perfectus Christo [...]*. Editio secunda. Lausonii & Coloniae Allobrogum: Marci-Michaelis Bousquet, 1740.

Certamente se admitia por princípio, prescindindo agora de maiores matizes, que os juízes deveriam atuar *conforme o direito*; mas naquela ordem pluralista e constitutivamente jurisprudencial, pouca importância poderia ter o ato de motivar ou não as sentenças – de explicitar o fundamento jurídico da decisão –, e nenhuma para a qualificação de um modelo judicial que localizava a justiça, em qualquer caso, na consciência dos juízes – e não na letra da lei.⁵² Por essa razão, a regra comum de direito – produzida obviamente pelos mesmos juristas – era contrária à expressão da *causa* da decisão (*exprimere causam in sententia*); mas ainda assim sua obrigação teria sido imposta em alguns direitos próprios, mesmo como resposta a circunstâncias políticas particulares.⁵³ Nosso âmbito de análise se constituiu, a este respeito, em um exemplo paradigmático: se olharmos para a monarquia católica quando esta englobava todos os territórios ibéricos, veremos que a Coroa de Castilha (com suas Índias) seguia tacitamente a regra geral, considerando o segredo a *"alma de las resoluciones judiciales"*;⁵⁴ enquanto que nos reinos da Coroa de Aragão (Aragão, Catalunha, Valência, Malorca), se havia imposto legalmente, ao longo do século XVI, a obrigação de motivar; solução esta igualmente estabelecida pela Coroa de Portugal pelo menos desde o domínio de Filipe I. Era assim que, nas *Ordenações Filipinas*, todos os *juízes*, fossem ou não letrados, estavam obrigados a declarar "specificadamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso de appellação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar".⁵⁵ No entanto, muito longe de fazer do juiz a "boca da lei", a motivação funcionava aqui como um dispositivo de controle endógeno ao aparato, funcional para a disciplina de uma justiça judicial: "para as partes saberem – se diz – se lhes convém appellar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir con embargos a ellas, e os Juizes da mor alçada

⁵² CARBASSE Jean-Marie e DEBAMPOUR-TARRIDE, Laurence (dirs.). *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*. Paris: PUF 1999; BARBAS HOMEM. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁵³ GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 – España, 1855). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997, p. 97-142: 101-113; MANCUSO, Fulvio. "Exprimere causam in sententia". *Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*. Milão: Giuffrè, 1999.

⁵⁴ Real decreto de 24/02/1701, apud ELIZONDO, Francisco A. de. *Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias* [...]. V. Madri, 1794, parte I, cap. IX (V, p. 144-145).

⁵⁵ *Ordenações Filipinas* [daqui em diante OF] III, 66, 7.

entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver".³⁶

Portanto, sendo a justiça fundamentalmente um produto dos juizes, quais eram então as garantias da justiça na cultura do *ius commune*?³⁷ Em seu momento já avançado, meados do século XVII, um jurista de peso como Crespí de Valdaura respondia, embasado por autoridades na matéria: "Dois são os recursos contra o mau julgamento. Antes da sentença, a recusação. Depois da sentença, a apelação".³⁸ Ainda que diferentes em função do momento processual em que eram utilizadas, a recusação do juiz e a apelação da sentença eram equiparáveis, em sua condição, a remédios contra o mau julgamento (digamos, a injustiça). Para compreendemos sua complementariedade é preciso não perder de vista a razão da última, em dois sentidos ao menos: em primeiro lugar, que a apelação é simplesmente o recurso anterior e melhor formalizado a partir da primogênita *querela contra agravos*, que se manteve sempre sumamente ativa em sua forma básica (*simple querela*), quer dizer, como recurso à autoridade superior contra quaisquer agravos em busca de amparo e reparação.³⁹ Em segundo lugar, a intrínseca vinculação entre o recurso de apelação e a responsabilidade comum (civil e penal) do *iudex iniuste iudicans* (o juiz que julga mal), que consistia na sua obrigação de reparar o dano indevidamente causado no exercício do ofício, tanto no plano substantivo (em função da repercussão negativa que poderia ter a anulação da sentença para o juiz que a ditou), como processual (dadas as delicadas relações entre apelação e convenção do *iudex iniuste iudicans*, ou "*demanda de mal juzgado*", como se dizia em castelhano).⁴⁰

³⁶ Idem.

³⁷ GARRIGA, Carlos. *Contra iudicii improbitatem remedia*. La recusación judicial como garantía de la justicia en la Corona de Castilla. *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, nº 11, 2006, p. 157-382; BERNABÉ, Boris. *La récusation des juges. Étude médiévale, moderne et contemporaine*. Paris: LGDJ, 2009.

³⁸ "*Duo sunt contra iudicij improbitatem remedia. Ante sententiam recusatio. Post sententiam appellatio [...] Atque haec duo aequiparari solent*". *Observationes illustratae decisionibus [...]*. Lugduni: Typ. Hvgonis Denovally, parte I, obs. X, § II, § 83, 1677, p. 147-160: 155.

³⁹ E, além disso, foi dando lugar a outros recursos para os casos não cobertos pela apelação (nulidade, suplicação, injustiça notória). GARRIGA, Carlos. *Gobierno y justicia: el gobierno de la justicia*. In: LORENTE, Marta (coord.). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 45-113.

⁴⁰ LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milão: Giuffrè, 1975, p. 91; GARRIGA, Carlos. *Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la visita del Ordenamiento de Toledo (1480)*. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 61, 1991, p. 215-390, *in princ.*

Ambas, recusação e apelação, devem ser compreendidas a partir da marcada e, já sabemos, decisiva distinção *pessoa pública-pessoa privada*: pois se tratava, antes de tudo, de evitar (na recusa, o juiz) ou corrigir e sancionar (mediante exigência de sua responsabilidade) que a potestade de fazer justiça conferida ao magistrado fosse usurpada em benefício de sua pessoa privada. As principais regras de direito que sustentavam as garantias da justiça eram bem explícitas. Por um lado, *nemo potest esse iudex in propria causa* (ninguém pode ser juiz em causa própria), considerando-se própria – e bastante para recusar – qualquer causa (pleito) que tocasse ao juiz como *privado* (*ut privatus*). Por outro, o juiz que por motivo privado usasse indevidamente da potestade pública causando *agravo*, fazia *sua* a lide (*litem suam facit*), ou seja, tornava-se *parte* para todos os efeitos: perdia ele sua posição como mediador da justiça, passando a ser considerado como *pessoa privada* e ficando, em consequência, obrigado a ressarcir o dano causado ao pleiteante agravado, basicamente conforme as regras comuns de responsabilidade civil e penal.⁴¹

Recusação e apelação eram consideradas pertencentes ao *direito natural* e, enquanto tais, escapavam à capacidade de disposição do poder político, ainda que fossem positivamente reguladas pelos distintos direitos próprios, cada qual a seu modo. No entanto, muito importa destacar que, por baixo das suas mil e uma particularidades, as regulações legais daí deduzidas margeavam os seus aspectos mais substanciais e seriam objeto de um muito intenso tratamento jurisprudencial. Por um lado, legalmente indeterminadas, as causas de recusação ficavam ao arbítrio dos juízes chamados a decidir em atenção aos usos e relações sociais predominantes na localidade. A doutrina rapidamente identificaria as cinco principais causas de suspeita e, progressivamente, tenderia a considerar suficientes para recusar quaisquer comportamentos e atitudes do juiz que pudessem revelar a presença perturbadora do *amor*, do *ódio*, do *temor* e do *interesse*, além da *ignorância*, em seu ânimo, inclinando-o a uma das partes (até formar uma contra imagem do *iudex perfectus*). Por outro lado, estes motivos eram os mesmos pelos quais o juiz teria feito *seu* um pleito, ficando obrigado a responder, fosse por sua negligência ou imperícia (*ex quasi-maleficio*), fosse por fazer um uso malicioso do ofício (*ex maleficio*), tal como estabelecido pelos direitos próprios. As intervenções legislativas posteriores se centrariam principalmente na articulação de procedimentos *ad hoc* para proceder à responsabilidade judicial (como

⁴¹ BARBAS HOMEM, António. *Judex perfectus*, op. cit., 2003, p. 607–661; GARRIGA, Carlos. *Gobierno y justicia*, op. cit., 2009.

no caso dos juízos de residência), mas deixariam indeterminada a complexa problemática das relações entre apelação e responsabilidade judicial que, à vista da doutrina e dos estilos judiciais, se projetava de maneira diversa segundo o grau jurisdicional: nos inferiores, pelas consequências que a anulação da sentença poderia ter para o *iudex iniuste iudicans*; e nos superiores, devido às mutações induzidas no regime comum de responsabilidade judicial pela impossibilidade de se apelar característica às instâncias supremas.⁴²

Tudo somado poder-se-ia concluir que, concentradas na pessoa – e não na decisão – dos juízes, as garantias da justiça se moviam em um meio fortemente *endojurisprudential*:⁴³ eram os mesmos juristas, na sua dupla condição de magistrados e tratadistas, aqueles que produziam e reproduziam, doutrinaria e judicialmente, o arquétipo do juiz no qual depositavam retoricamente a “alma da justiça”, especialmente aqueles que, por serem supremos, representavam o rei *in iudicando*.⁴⁴ Naquele mundo pluralista, estes tribunais ocupavam o único espaço jurisdicional diretamente governado pelo *princeps* e estavam abaixo de seu imediato controle institucional; mas, em sua condição de *supremos*, bem podiam inclinar-se a julgar *tanquam Deus*, vinculados, antes e mais, à ordem que às leis reais.⁴⁵ Este foi o principal motivo de crítica à justiça feita pelos homens da Ilustração, ainda que fosse seu campo um dos menos afetados pelas reformas de seus governantes.

Num contexto de reafirmação sem precedentes do poder real, que bem se poderia qualificar de *dinâmica estatal* ao implicarem meios e fins inéditos, a mais aparente novidade do *reformismo* no final do século XVIII foi um esforço pela *administratização* dos aparelhos institucionais que operavam como exceção ao modelo tradicional de governo (judicial), em busca de uma interven-

⁴² O que conduziu a uma progressiva intensificação da disciplina nestes graus supremos, evidente na articulação de dispositivos de controle do comportamento de seus titulares, como a castelhana *visita*. GARRIGA, Carlos. La expansión de la visita castellana a Indias: presupuestos, alcance y significado. XI CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, III, p. 51-79.

⁴³ AJELLO, Raffaele. La rivolta contra el formalismo. In: *Arcana juris. Diritto e politica nel settecento italiano*. Nápoles: Jovene, 1976, p. 275-358; LOMBARDI, Luigi. *Saggio*, op. cit., 1975, p. 169 ss.; HESPANHA, A. *História das instituições. Épocas medieval e moderna*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 416-421; DONATO, Francesco di. *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*. Bolonha: Il Mulino, 2010, *maxime* p. 53-101.

⁴⁴ Conforme citado pelo magistrado castelhano Juan Bautista Larrea, apud VOLPINI, Paola. *Lo spazio politico del “letrado”. Juan Bautista Larrea magistrato e giurista nella monarchia di Filippo IV*. Bolonha: Il Mulino, 2004, p. 297-298.

⁴⁵ MONTI, Annamaria. *“Iudicare tamquam Deus”. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*. Milão: Giuffrè, 2003, cap. II.

ção mais direta sobre o território e suas gentes.⁴⁶ Se algo o caracteriza é seu caráter agregativo ou acumulativo do *novo* e do *velho* aparato de governo, este último encastelado nos procedimentos judiciais, aquele primeiro voltado ao exercício de poder, sem ajustar-se às exigências processuais da *iurisdictio*; o que, simplificando muito as coisas, representa propriamente as possibilidades e os limites da política reformista.⁴⁷ Muito mais atenta àquelas do que a estes, como afirmamos ao princípio, a historiografia tende a enfatizar as novidades, sem prestar a devida atenção ao contexto tradicional – intrinsecamente limitativo – em que se desenvolviam. Junto a regras que impediam a extirpação do *governo da justiça* (impedindo qualquer possibilidade de separação de poderes) e propiciavam a intensificação da trama corporativa (com a multiplicação conseguinte das jurisdições especiais), a linha da *restauração da justiça* em sua configuração mais tradicional foi a mais constante e sustentada em meio à crescente produção legislativa, especialmente visível na América ibérica. Por debaixo de reformas orgânicas várias, que certamente tendem a desenhar um aparato judicial mais uniforme e racionalizado em ambos os lados do Atlântico, são muitas e significativas as medidas de restauração nos pontos mais substantivos do que aqui focalizamos no arquétipo do juiz como chave para a justiça. Na América espanhola, a supressão do *benefício* de ofícios com jurisdição, a política de seleção dos magistrados ou a introdução da figura do regente nas audiências (que também seriam agora desdobradas), iam explicitamente nessa direção; na portuguesa, o visível adensamento do transplante do aparelho judicial peninsular para o Brasil, mimetizado pela criação do Tribunal da Relação no Rio de Janeiro, em 1751, da mesma forma.⁴⁸ Um texto tão característico do pensamento reformista

⁴⁶ LEMPÉRIÈRE, Annick. *Entre Dieu et le roi, la république. Mexico, XVIe-XVIIe siècles*. Paris: Les Belles Lettres, 2004, cap. VII; FRADERA. *Colonias para después de un imperio*, op. cit., 2005; GARRIGA, Carlos. *Patrias criollas, plazas militares*, op. cit., 2006. Um apanhado dessas medidas para a América vê-se em CHIARAMONTE, José. *Pensamiento de la Ilustración. Economía y sociedad iberoamericanas en el siglo XVIII*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, s/d; também NOVAIS, Fernando. *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*. 4ª ed. São Paulo: Hucitec, 1986.

⁴⁷ GARRIGA, Carlos. Los límites del *reformismo borbónico*: a propósito de la administración de la justicia em Indias. In: BARRIOS PINTADO, F. (coord.). *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, I, p. 781-82; SUBTIL, José. *Actores, territorios e redes de poder, entre o Antigo Regime e o liberalismo*. Curitiba: Juruá, 2011.

⁴⁸ WEHLING, Arno e WEHLING, Maria J. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2004; CAMARINHAS, Nuno. *Juízes e administração da justiça no Antigo Regime: Portugal e o império colonial, séculos XVII e XVIII*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

como o *Nuevo sistema de gobierno económico* de Campillo y Cossío (1789) não deixa lugar a dúvidas: para a reforma do governo político "no se necesita mas que reducir las cosas á su primitivo instituto en los mas de los puntos, quitando los abusos, que ha introducido el tiempo; y proporcionando nuestro sistema al estado presente de las cosas, segun el tiempo en que vivimos".⁴⁹ Exemplos semelhantes e tão contundentes quanto poderiam ser citados entre os portugueses. As leis são perfeitas, logo basta que sejam observadas: *reforma* como *restauração*, se pôde dizer e se disse.

Restauração como redução da justiça à ordem – ou a ordens jurídicas – que sem deixar de mudar manteve, desde logo, suas características tradicionais, não apenas porque seus respectivos intentos de reforma legislativa se diluíram pelo caminho ou se revelavam como um rotundo fracasso (como a *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, de 1805). Nestas condições, fazer coincidentes, como se quis, o direito romano e o direito natural racionalista com o direito tradicional e o direito moderno respectivamente, compondo um quadro em que as contundentes críticas ao primeiro e a adoção mais ou menos entusiasta do segundo se apresentam como signos de *modernização*, é uma visível simplificação, nada plausível à vista da experiência ibérica em ambos os lados do Atlântico. O prolongado debate que se desenvolveu na monarquia católica mostra bem como as críticas ao direito romano e aos seus intérpretes (o *ius commune*), em benefício do *direito pátrio*, acabaram por reforçar a própria tradição e chegariam a recuperar e tentar ordenar algumas de suas formas mais arcaicas (os *fueros* medievais, dando-lhes relevância constitucional).⁵⁰ A lei portuguesa que ficaria conhecida como da *Boa Razão* (de 18/08/1769) ilustra bem como as inovações supostamente racionalistas diante das *irracionais* tradições, longe de reduzirem, introduziriam maiores fatores de incerteza: sobretudo, ao substituir as velhas regras de interpretação por vagas orientações propedêuticas, e ao ampliar o escopo das fontes jurídicas para todos os direitos que passassem pelo crivo de uma pretensa *boa razão*, e que poderiam (e deveriam) ser utilizados como direito suple-

⁴⁹ CAMPILLO Y COSSÍO, José del. *Nuevo sistema de gobierno económico para la América* [...]. Madri: Imprenta de Benito Cano, 1789, cap. I, § 8, p. 4.

⁵⁰ VALLEJO, Jesús. De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio. In: ALBALADEJO, Pablo Fernández (ed.). *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*. Madri: Casa de Velázquez-Marcial Pons, 2001, p. 425-484; GARRIGA, Carlos. Sobre la autoridad de los fueros municipales en el siglo XVIII. Una lectura regalista de la primera ley de Toro. In: *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*. València: Universitat de València, 2007, p. 681-695.

tório.⁵¹ No fim, em ambos os casos português e espanhol, a intensificação da legislação real e a conseguinte proliferação normativa, contra o que às vezes se diz, acentuou o peso e a relevância da jurisprudência (doutrinal e judicial), como bem viam – e sentiam – os pensadores ilustrados. No entanto, apesar das constantes invocações à lei, a crítica ilustrada à justiça não produziu nenhum projeto apreciável de reforma do aparato judicial: ordem jurídica tradicional e aparato de justiça judicial eram consubstanciais.⁵²

Considerado globalmente, pode-se dizer que, desde meados dos Setecentos e em meio às tensões institucionais provocadas pela crescente *administratização* das monarquias, se adotaram medidas concretas para uma *estatização* dos juízes; mas nada apontava em direção à efetiva *legalização* da justiça. Ao contrário, o intenso e conflitivo debate constitucional que ocupou o final do século e que desembocaria na crise das monarquias daria espaço à constitucionalização da velha justiça judicial.

Constitucionalismo e justiça: os dispositivos de garantia

As primeiras décadas do século XIX presenciariam um vertiginoso movimento político que destruiria a unidade dos domínios espanhol e português na América. Já é por demais sabido que a investida napoleônica sobre a península Ibérica foi uma das causas mais imediatas do agravamento da crise vivida em ambas as monarquias, desencadeando os movimentos constitucionais que seriam a base para as independências.⁵³ Apesar da convergência nos problemas que envolveram sua deflagração, suas temporalidades foram distintas. No caso espanhol, a situação de acefalia de poder causada pelo impedimento ao governo de Carlos IV, e logo de seu filho Fernando VII,

⁵¹ HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia - Síntese de um milénio*. Madri: Almedina, 2012; WEHLING, Arno e WEHLING, Maria J. *Sem embargo da ordenação em contrário: a adaptação da norma portuguesa à circunstância colonial*. In: VENANCIO, R. et. alli. *Administrando impérios. Portugal e Brasil nos séculos XVIII e XIX*. Belo Horizonte: Fino Traço, 2012, p. 45–60.

⁵² ALONSO ROMERO, M. Paz. *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*. Madri: CEPC, 2008.

⁵³ Para todo o processo, deve-se consultar, ao menos: GUERRA, François-Xavier. *Modernidad y independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. México: FCE-Mapfre, 1992; ALEXANDRE, Valentim. *Os sentidos do império. Questão nacional e questão colonial na crise do Antigo Regime português*. Porto: Afrontamento, 1995; PORTILLO VALDÉS, José. *Crisis atlântica. Autonomia e independência en la crisis de la monarquía hispana*. Madri: Fundación Carolina-Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos, 2006; LORENTE, Marta e PORTILLO, José (dirs.). *El momento gaditano*, op. cit., 2011. Para uma síntese que integra as Américas espanhola e portuguesa: SLEMAIN, Andréa e PIMENTA, J. *1808 Uma história do ano em que a família real portuguesa chegou ao Brasil*. São Paulo: Alameda, 2010.

vivido desde 1808 com a invasão dos franceses, teve efeitos devastadores com guerra civil na península e a emergência de movimentos locais e formação de juntas de governo em nome da autoridade real que em seguida chegaria à América. Rapidamente, os esforços para sua superação materializaram-se na tentativa de reformulação da monarquia católica por meio de um regime constitucional que fosse capaz de integrar, na chave de uma unidade nacional, todos os seus dispersos territórios. As Cortes, instaladas em 1810 na cidade de Cádiz, foram o principal instrumento de projeção dessas transformações, não sem uma contundente evocação do passado e da tradição jurídica espanhola. O endêmico processo de disputas políticas a elas subjacentes ganharia especiais e diversos matizes nos domínios americanos, onde a reivindicação por autonomia em nome dos povos, por mais que estivesse num primeiro momento vinculada ao monarca, abria espaço para formação de juntas de governo e para os primeiros ensaios constitucionais.⁵⁴ Ao longo dessa década de profunda efervescência política e de conflitos, a alternativa da independência já sairia vitoriosa em certas localidades, o que agravava as disputas diante do problema da desagregação dos territórios e inexistência de novas unidades constitucionais que ainda teriam que ser localmente pactuadas.⁵⁵

No mundo português, apenas aparentemente o processo teria sido mais pacífico. É fato que a decisão de vinda da família real para o Rio de Janeiro teve alguma eficácia em preservar a inviolabilidade das pessoas reais e mesmo em reforçar os vínculos que uniam o monarca aos seus povos.⁵⁶ Os desdobramentos que então se seguiriam fortaleceriam a consolidação de um centro político na América, cuja elevação do Brasil a reino em 1815, com a mesma estatura política que Portugal e Algarves, seria sintomática, confirmando a decisão do rei em permanecer no Novo Mundo mesmo após a derrota de Napoleão na Europa. Em função disso, muito embora a crise tenha adquirido contornos constitucionais apenas uma década após a espanhola, as contradições que lhe eram inerentes informaram sua própria deflagração e contundência. Nesse sentido, a criação da nova corte americana geraria reações contrárias tanto em outras partes dos antigos domínios, como em Portugal, onde um amplo movimento pela regeneração do reino e volta do

⁵⁴ CHUST, Manuel (coord.). *1808. La eclosión juntera en el mundo hispano*. México: FCE-El Colegio del México, 2007.

⁵⁵ Para uma síntese dos processos de independência, ver RODRÍGUEZ, Jaime. *La independencia de la América española*. México: FCE-El Colegio del México, 2000.

⁵⁶ SLEMIAN, A. *Vida política em tempo de crise: Rio de Janeiro (1808-1824)*. São Paulo: Hucitec, 2006.

monarca exigiu a adoção de um sistema constitucional em 1820. As Cortes Constituintes da Nação Portuguesa, instaladas em janeiro do ano seguinte, também chamariam a si a responsabilidade de construção de um novo regime.⁵⁷ No entanto, da mesma forma que nos domínios americanos vizinhos, esse processo desencadearia uma série de demandas, expectativas e projetos locais que, apesar do projeto da alternativa da independência obter inicial apoio em grande parte das províncias no ano de 1822, colocavam à mostra a falta de unidade e consenso quanto a um novo Estado independente.

De qualquer modo, é fundamental marcar que as independências políticas não conduziram, em nenhum caso, à descontinuidade jurídica: aqui e ali, antes e depois, rompeu-se com a metrópole, mas não com a tradição compartilhada. É impossível compreendê-las bem se não temos presente que a fragmentação dos antigos domínios ibero-americanos, materializada por meio dos violentos conflitos que marcaram a formação de novos governos tanto no caso das repúblicas como da monarquia no Brasil, não supôs uma ruptura com a ordem jurídica tradicional que, desde seus próprios pressupostos culturais, era irredutível, como bem sabemos, ao controle político. Ao contrário, conforme se enunciou anteriormente, se algo caracteriza o constitucionalismo ibero-americano em seu conjunto, durante as primeiras décadas do século XIX, é sua intenção de *reconstituir* sem *desconstruir*, valendo a imagem da sobreposição de uma moderna cabeça constitucional, forjada *ah hoc* ao gótico corpo jurídico formado no correr dos séculos.

Movendo-se no plano político, as independências não rompem o trato normativo tradicional, como se vê nas leis espanholas ou portuguesas que os novos regimes vieram a sancionar oficialmente desde seu primeiro momento – no caso, a Constituição colombiana de 1811.⁵⁸ No Brasil, uma das apenas seis leis aprovadas pela Assembleia de 1823, declarava “em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo senhor d. Pedro, como regente e imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes portuguesas que são especificados”, segundo ela mesma, “enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas”.⁵⁹ Não se trata de dizer que a continuidade

⁵⁷ ALEXANDRE, Valentim. *Os sentidos do império*, op. cit., 1993; BERBEL, Márcia. *A nação como artefato. Deputados do Brasil nas Cortes portuguesas 1821-1822*. São Paulo: Hucitec-Fapesp, 1999.

⁵⁸ GARRIGA, Carlos. Continuidad y cambio del orden jurídico, op. cit., 2010, p. 73-74.

⁵⁹ Lei de 20/10/1823. *Collecção das Leis do Império do Brasil* (daqui para frente: CLIB). Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1887.

jurídica se daria por causa de semelhantes declarações que teriam determinado o alcance jurídico das mudanças políticas, mas que elas vieram a *estatizar* a ordem jurídica tradicional, com toda sua carga de incertezas e as limitações diretamente impostas às transformações políticas. Evidencia-se, além disso, que o horizonte de expectativas intrínseco ao seu projeto de futuro passava, no plano jurídico, necessariamente pela construção de códigos. Sendo assim, os insuperáveis problemas de identificação do direito em uma ordem pluralista como a existente ver-se-iam multiplicados pelo impacto das novas leis, com as constituições à frente.

Além de carecer de cláusulas derogatórias explícitas, todas estas constituições tinham, juntamente à sua evidente relevância política, um explícito valor normativo que abria a possibilidade de que a atividade de quaisquer autoridades fosse avaliada e mesmo julgada na chave da responsabilidade.⁶⁰ Isto aparece desde o início no caso do procedimento de *infrações* previsto na Constituição de Cádiz quando atribuiu a "todo" espanhol o "*derecho de representar á las Cortes ó al Rey para reclamar la observancia de la Constitucion*", solicitando às primeiras fazer "*efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido á ella*".⁶¹ Definido passo a passo, o procedimento das infrações explica como se determinavam os efeitos da Constituição sobre a ordem jurídica e a forma como avançaria a depuração do direito existente: constatada a incompatibilidade entre a regra constitucional e a disciplina tradicional, tudo o que não fosse derrogação tácita, haveria de ser necessariamente infração expressa à Constituição, o que dava lugar à responsabilidade dos seus infratores (visando o disciplinamento dos empregados públicos) e fazia das Cortes uma espécie de *argos* constitucional.⁶² Fosse qual fosse sua matriz, algo similar se dispôs na Constituição brasileira, no seu artigo 179, § XXX (Das disposições gerais), que previa que todos os cidadãos poderiam encaminhar qualquer *infração* aos seus princípios às autoridades instituídas.⁶³

⁶⁰ Numa mesma linha em relação ao funcionamento do tradicional binômio *agravo-querela*, HESPANHA, A. *Guiando a mão invisível*, op. cit., 2004, p. 112-125; GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. *Cádiz, 1812*, op. cit., 2007; GARRIGA, Carlos. *Cabeza moderna, cuerpo gótico*, op. cit., 2011, p. 146-151.

⁶¹ LORENTE, Marta. *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*. Madri: CEPC, 1988.

⁶² GARRIGA, Carlos. *Constitución política y orden jurídico en España: el efecto derogatorio de la Constitución de Cádiz*. In: GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. *Cádiz, 1812*, op. cit., 2007, p. 119-168.

⁶³ Posteriormente, o Código Criminal referendaria esse caráter no capítulo II, Dos crimes contra a Constituição do Império e forma de seu governo, artigos 85 e 86.

Da mesma forma que seria equivocado pensar que a Constituição era um documento meramente político, também seria excessivo supor que os códigos invariavelmente previstos estariam animados, como o *Code* francês, por uma vocação para fazer tábula rasa do passado. O problema que então se colocava para os incipientes ordenamentos pátrios dos novos estados independentes consistia na identificação do direito válido (as *leis vivas*, com terminologia ainda em uso), e se concretizava na tarefa de determinar o que derogava o quê e com quais efeitos, diante da imensa massa normativa acumulada, e dia a dia acrescida. Um problema remetido tacitamente à jurisprudência (doutrinal e judicial), pois a derrogação serviria, nas mãos da autoridade legislativa, como instrumento para ajustar contas políticas com o passado, não sendo metodicamente utilizada para construir sistemas legais até aproximadamente meados do século quando da eclosão do movimento codificador na América ibérica.

A este respeito, é extraordinariamente significativo o caso dos pioneiros Códigos Criminal (1830) e do Processo Criminal de Primeira Instância (1832) brasileiros. Ambos possuíam um tipo de derrogação muito habitual, especificando que ficavam revogadas todas as leis em contrário.⁶⁴ Cláusula que, aparentemente de ruptura, possuía na realidade um caráter bastante débil se entendido na cultura jurídica da época. Em primeiro lugar, porque ela respondia a uma regra interpretativa habitual dos juristas, de que a lei posterior derogaria a anterior, do que ninguém duvidaria mesmo anteriormente. E, sobretudo, porque eram os operadores do direito (juristas) que deveriam determinar o alcance derogatório das regras do código, posto que os legisladores não o faziam, reiterando o papel interpretativo dos primeiros (mesmo que a Carta de 1824 marcasse que caberia ao legislativo a interpretação das leis, no título VIII, artigo 14^o). A situação era clara: os códigos chegavam em um campo marcado por normas já existentes e deveriam competir com elas para prevalecer. Nesse sentido, o do processo era ainda mais evidente, pois que a citada cláusula era evocada apenas para as disposições transitórias referentes ao processo civil; sem derrogação nenhuma para as disposições em matéria de processo criminal que seguiria convivendo com a tradição prevalecte. A questão era um pouco mais complexa para o criminal de 1830: seu artigo 310 estabelecia a exclusividade do código para matérias criminais (ou seja, sua sobreposição sobre a norma anterior), mas mantinha a possi-

⁶⁴ Art. 313 do Código Criminal e art. 27 (Da disposição provisória acerca da administração da justiça civil) do Código do Processo.

bilidade de outras "multas e penas" para condutas que não puramente criminais, deixando espaço para outras formas de punição. Ou seja, ainda que seu texto definisse e se ocupasse do criminal – com a expressa afirmação de que não lhe caberia crimes de responsabilidade de ministros, de militares, do comércio, e contra a polícia e economia das povoações –, este não deveria esgotar a capacidade repressiva do Estado.

Isso posto, saber quais seriam as regras de direito válidas dependia *grasso modo* de uma combinação entre as complexas relações internas ao direito tradicional, a determinação – conflitual e casuística – do efeito derogatório da Constituição e o impacto das novas disposições sobre os velhos corpos legais. A capacidade de se manter todas as regras possíveis numa chave integradora era, como bem sabemos, característica da cultura do *ius commune*, com a consequente centralidade dos intérpretes na decodificação do direito, ou seja, dos tratadistas e magistrados ou juízes.⁶⁵

Os resultados deste processo se fizeram prontamente visíveis por todas as Américas, primeiramente sob a forma de obras doutrinárias, mas posteriormente também por meio de recopilações de velhas e novas disposições normativas. Juntamente às edições devidamente atualizadas dos velhos corpos legais (como as *Siete partidas* castelhanas), não faltaram aqui e acolá recopilações legislativas de iniciativa particular, marcadas por uma *mélange* entre o direito velho e as novas disposições, como as *Pandectas hispano-mejicanas* de Rodríguez de San Miguel⁶⁶ e as *Ordenações Filipinas* de Candido Mendes,⁶⁷ cujas respectivas introduções ilustram bem as aporias em que devia mover-se o trabalho jurisprudencial.⁶⁸ O mesmo espírito animava as obras doutrinárias que procuravam uma adaptação básica da velha ordem com a nova situação política. Se na América espanhola assim foram as *Instituciones* de Juan Sala (1803), papel semelhante coube no Brasil às *Primeiras linhas* de Pereira e Sou-

⁶⁵ KOERNER, Andrei. *A figura do juiz no pensamento jurídico do Segundo Reinado* (inédito). Texto apresentado no II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA E DIREITO UFF-Niterói, de 9 a 11 de maio de 2012, que trata da ambiguidade existente no Império do Brasil entre, por um lado, a manutenção do poder individual de julgar dos juízes e, por outro lado, da sua não independência em relação ao poder político.

⁶⁶ SAN MIGUEL, Rodríguez de. *Pandectas hispano-mejicanas*. México: Librería de J. F. Rosa, 1852, 3 v. (1ª ed. 1839-1840) (ed. facs. com Estudio introductorio de M. del Refugio González. México: Unam, 1991).

⁶⁷ *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'el rey d. Philippe I.* [...]. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870 (ed. facs., Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1985).

⁶⁸ Muito mais modesto, o *Digesto brasileiro ou extracto e commentario das Ordenações e leis posteriores até o anno de 1841*[...]. Rio de Janeiro: Em Casa de Eduardo e Henrique Laemmert, 1845.

sa (1810-1814), primeiramente em sua versão original (portuguesa),⁶⁹ depois adaptada (no Brasil)⁷⁰ e logo pretensamente substituída por uma *Praxe forense brasileira*.⁷¹ Não faltaram obras que pretendessem abarcar todo o espaço hispano-americano, como o *Manual del abogado americano* (1827), concebido, como dizia, para aliviar os problemas que padeciam "los estados nacientes de la América, hasta que llegue la época de formar códigos que estén mas en armonia con las necesidades del pueblo, con el espíritu del siglo y con el progreso de las luces".⁷² Esta foi a função que cumpriu o *Diccionario* do espanhol Joaquín Escriche, que veio à luz em Paris, em 1831, e teve um tremendo êxito, conhecendo não menos que 28 edições ao longo do século, em ambos os lados do Atlântico, com notas e adições destinadas ao público hispano-americano em seu conjunto.⁷³ É notório como a forma dicionário respondia bem a essa crescente desarticulação da ordem jurídica tradicional que avançava em ritmos e abrangências diversos.

Não se pense, contudo, que este trajeto ocorreria de forma linear e inexorável. Seu caminho foi errático e apontava estarem intrinsecamente enlaçados, em todos esses processos, a construção de uma cultura jurídica nacional⁷⁴ e os problemas colocados na emergência de uma cultura legal, ao fim e ao cabo, uma cultura de código.⁷⁵ Ele prolongava-se enquanto se movia todavia no marco da *tradição*: não somente se mantiveram as velhas fontes

⁶⁹ SOUSA, Joaquim J. C. Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Lisboa, 1854.

⁷⁰ PINTO, José M. F. de Souza. *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*, I. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850. Ainda na década de 1870, vê-se a mais tardia e melhorada edição por FREITAS, Augusto Teixeira de. *Primeiras linhas sobre o processo civil por Joaquim José Caetano Pereira e Souza*. Rio de Janeiro: Typ. Perseverança, 1879.

⁷¹ CARVALHO, Alberto A. de Moraes. *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro conforme a actual legislação do Imperio*, I. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850. Segundo advertem os editores, "será Pereira e Sousa, sim; mas com melhor metodo, menos longuras, e sobretudo **em trajos brasileiros**" (p. iii, grifos nossos).

⁷² *Manual del abogado americano*. Paris: En la Librería de Jules Renouard, (2 tomos.), 1827. p. v-xiv.

⁷³ ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal comercial y forense* [...]. México: Juan Rodríguez de San Miguel, 1837 (ed. facs., com estudio introductorio de M. del Refugio González, México: Unam, 1998).

⁷⁴ FONSECA, Ricardo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 35, 2006, p. 339-371; LOPES, José Reinaldo de L. *O oráculos de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷⁵ Como uma projeção normativa e abstrata baseada, por um lado, na ficção da generalidade do indivíduo e, por outro, na sua descontinuidade em relação ao passado mediante a aposta na criação de uma nova legislação. CLAVERO, Bartolomé. Ley del código. Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América. In: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico Moderno*, nº 23, 1994, p. 81-194; CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Milão: Giuffrè, 2002.

jurídicas, como o direito respondeu, em seu conjunto, a uma lógica jurisprudencial, desenvolvendo-se "numa situação de extrema indecisão sobre o corpo normativo do direito".⁷⁶ Nestas circunstâncias, a nova legislação pátria seria absorvida em todos os lugares pela ordem tradicional e ficaria sujeita aos princípios, regras e práticas que lhe eram inerentes. Dito de outro modo, as novas disposições ficavam reduzidas a um esquema geral de ordenamento que integrava o *novo* no *velho* e não o contrário. Por maior que fosse sua vocação legal e estivessem compostas por leis morfológicamente modernas, seus ordenamentos seguiam sendo tradicionais e vinham moldados pela jurisprudência no duplo sentido (doutrinal e judicial) do termo.⁷⁷

Como se sabe, a reconstituição da justiça exigida pela mais consequente crítica ilustrada foi efetivamente colocada em prática pelo constitucionalismo revolucionário francês, contundente na ideação de dispositivos judiciais que a implantação do *règne de la loi* requeria (em especial, pela criação de um sistema para motivação e cassação de sentenças, bem como de *référé législatif*).⁷⁸ Mas ela mereceu uma atenção muito discreta por parte do constitucionalismo ibérico em ambos os lados do Atlântico. Os constituintes *gaditanos* renunciaram expressamente a *reformular* a justiça naquele momento, mantendo a configuração histórica do aparato judicial em seus aspectos mais substantivos. Dependente das qualidades dos juízes e da retidão dos juízos, aquela reforçada agora com os critérios de "adesão política" à ordem constitucional (em certo sentido, equivalente ao tradicional temor à Deus), a justiça projetada pelas Cortes de Cádiz era – ou não deixou de ser – uma *justiça de juízes*; isso porque continuava resultando do comportamento *justo* (o que agora significava, à primeira vista, constitucional) e procedimental-

⁷⁶ HESPANHA, A. Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 39, 2010, p. 109-151: 149.

⁷⁷ Neste sentido, AGÜERO, Alejandro. La justicia penal en tiempos de transición. La República de Córdoba, 1785-1750. In: GARRIGA, Carlos (ed.). *Historia y Constitución*, op. cit., 2010, p. 267-305; e AGÜERO, Alejandro. Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX. *Nuevo Mundo, Mundos Nuevos*, 2010. Disponível em: <http://nuevomundo.revues.org/59352> Acesso em: 05/10/2013.

⁷⁸ FRATE, Paolo Alvazzi del. *Giurisprudenzia e référé législatif in Francia nel período rivoluzionario e napoleônico*. Turim: Giappichelli Editore, 2005.

mente *ajustado* dos magistrados, não da reta aplicação das leis.⁷⁹ Situação semelhante se vivera nas Cortes de Lisboa, uma década depois.⁸⁰

Ainda que mínimas, as necessidades metropolitanas de reforma da justiça se viram reduplicadas nas outrora colônias em função das independências, o que obrigava o estabelecimento das condições básicas dos juízes e dos juízos que agora deveriam, respectivamente, ser cidadãos e ocorrer dentro das fronteiras das novas unidades políticas. Era esta a razão mais imediata para as consequentes reformas no aparato judicial, as quais, muito longe de alterar, vieram a reforçar os dispositivos tradicionais configuradores de uma *justiça de juízes*, como bem se pode comprovar pela atenção dada à normalização das garantias jurisdicionais: recusação e responsabilidade de juízes.

Conforme vimos antes, as causas da recusação se mantinham legalmente indeterminadas por todas as partes, por detrás e quase sempre à margem das diferentes regulações próprias, dependentes dos consensos jurisprudenciais, que não se limitavam às fronteiras políticas, mas que concordavam em priorizar os usos locais (e, conseqüentemente, a expressão jurídica das relações sociais dominantes) que a máquina do arbítrio judicial estava programada para metabolizar. Sobre este fundo normativo comum, trançado por regras jurisprudenciais, disposições políticas e estilos ou usos do foro, operavam novas legislações pátrias, a princípio, para corrigir aspectos pontuais, embora decisivos, no calor da implementação dos correspondentes aparatos de justiça, ou seja, não necessariamente como parte de códigos processuais, senão como reformas institucionais implicadas no processo de construção estatal após as independências. O ponto é importante: não se tratava de regular globalmente a recusação para consolidar ou alterar o regime tradicional, mas de introduzir aquelas *correções* consideradas necessárias para a implantação de novos aparatos de justiça, em função das diferentes opções políticas existentes.⁸¹ Se vale a comparação, na Espanha e, ao que tudo indi-

⁷⁹ O que fica inequivocamente claro na expressa proibição de se motivar as sentenças e na conseqüente ausência de expedientes nomofiláticos à francesa. MARTINEZ PEREZ, Fernando. *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*. Madrid: CEPC, 1999; ALONSO ROMERO, M^a P., *Orden processual y garantías entre...*, op. cit., 2008.

⁸⁰ VIEIRA, Benedita. *A justiça civil na transição para o Estado liberal*. Lisboa: Edições João Sá da Costa, 1992; HESPANHA, A. Um poder pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: FONSECA, R. e SEELAENDER, A. (eds.). *História do direito em perspectiva. Do Antigo Regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁸¹ GARRIGA, Carlos. La recusación judicial: del derecho indiano al derecho mexicano. In: REFUGIO, M. (ed.). *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*. México: Unam, 1998, p. 203-239.

ca, também em Portugal (que carece de estudos específicos sobre a questão), as correspondentes reformas no aparato judicial não alteraram – deve-se entender, não consideraram necessário alterar – o regime de recusação.⁸² Na América, sim. E mesmo sendo impossível nos ocuparmos com detalhes de todo o espaço ibero-americano, também pela falta de investigações, os dados que temos sugerem que a recusação foi amplamente instrumentalizada para facilitar a implantação de reformas judiciais, como bem ilustram os casos do México e do Brasil.

Sem nenhuma dúvida, a novidade mais significativa, em si mesma e por afetar os graus jurisdicionais mais altos, foi a adoção da assim chamada recusação *peremptória*, deduzida sem expressão da causa (ou motivos), porém com plenitude de efeitos (o afastamento do juiz). Mesmo que provavelmente esta tenha surgido do *jury* anglo-saxão, a recusação *peremptória* foi uma medida revolucionária adotada na França em 1795 – para benefício dos cidadãos em pleitos que fossem por uma ou outra razão inapeláveis – e abandonada em 1806, como um regime atentatório à *dignité de la magistrature*.⁸³ Dado que se exigia apenas o juramento por parte de quem a tentava, esta modalidade de recusação viria a funcionar como uma espécie de eleição negativa do juiz, obrigando à institucionalização de procedimentos de suplência e operando no favorecimento da confiança dos pleiteantes na justiça. No México, esta forma de recusação judicial se introduziu logo após a Independência, primeiro nas leis que instituíram a Suprema Corte de Justiça, e logo estendida a toda à justiça federal.⁸⁴ Conforme estas disposições, as partes podiam, em qualquer pleito, recusar um ou dois juízes em cada instância, com o único requisito de prestar juramento e o efeito da inibição *ipso iure* do juiz (ou juízes) recusados no processo. Em função disso, seria fixado um preciso regime de suplências e também estabelecido que, uma vez esgotadas as recusações *peremptórias* permitidas, qualquer outra que se tentasse estaria sujeita ao regime comum. Esta mesma solução, que após diversas alternativas ficaria finalmente circunscrita à justiça da primeira instância (1858), foi adotada também por outros estados americanos, e, desde o início, pelo Império bra-

⁸² CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. La recusación judicial en el Derecho histórico español. *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 52, 1982, p. 511-615. VIEIRA, Portugal, op. cit.; e SUBTIL, José. *Actores, territórios e redes de poder*, op. cit., 2011.

⁸³ O decreto de 23 *vendémiaire* an IV (15/9/1795) fala expressamente em *récusation péremptoire*. BERNABÉ, Boris. *La récusation des juges. Étude médiévale, moderne et contemporaine*. Paris: LGDJ, 2009, p. 299-305.

⁸⁴ GARRIGA, Carlos. La recusación judicial, op. cit., 1998, p. 228-235.

sileiro.⁸⁵ Aqui a lei de criação do Supremo Tribunal, de 1828, instituía o caso de recusa para seus ministros em alto grau, fixando que o réu poderia recusar dois juízes e o acusador, um, sem darem os motivos expressos. Chegava a detalhar que se fossem dois os réus, cada um recusaria seu juiz e, sendo mais, deveriam concordar entre si ou decidir pela sorte.⁸⁶ Cinco anos mais tarde, o regulamento dos tribunais da relação fixava o dispositivo da recusa, prescrevendo como se deveria proceder com os juízes desembargadores colocados sob suspeita e utilizando idênticos critérios aos adotados na norma que criava o Supremo.⁸⁷

A recusação peremptória nunca foi pensada para substituir a recusação motivada, a qual sempre foi a via ordinariamente estabelecida para canalizar as suspeitas dos pleiteantes. E assim continuou sendo nos novos estados americanos.⁸⁸ A despeito das várias reformas procedimentais, o mais destacável a esse respeito foi a aceitação da generosa doutrina tradicional das justas causas de suspeita, fosse por omissão, fosse mediante a expressa legalização (ou estatização) das regras jurisprudenciais, sem a imposição de recortes ou limites substantivos. Esta tarefa foi levada a cabo tardiamente no México pelos legisladores "centralistas" que, a partir de meados do século, operaram uma consolidação da disciplina tradicional, por ocasião de estender o regime previsto para os juízes superiores a toda escala jurisdicional.⁸⁹ Então obrigou-se a expressão da "*causa justa, especial y determinada*", encomendando-se aos juízes da recusação um duplo juízo – sobre a qualificação (ou suficiência) e sobre a prova.⁹⁰ A lei de 1858 acolhia em seu elenco de *justas causas de recusação* a maior parte, se não todas, as decantadas casuisticamente pela jurisprudência do *ius commune*, terminando com uma cláusula geral que autorizava os juízes e os tribunais a "*admitir como legítima toda recusación que se funde en causas análogas y de igual ó mayor entidad*" que as explicitamente referidas.⁹¹

⁸⁵ Para Argentina, CASTRO, Manuel Antonio. [1832] *Prontuario de práctica forense* [...]. Buenos Aires: Imprenta de la Nación Argentina, trat. 1º, 1865, cap. XII. Para outros casos, sucintamente, LEVAGGI, Abeardo. Principios decimonónicos del proceso civil en el extremo sur de Hispanoamérica. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 18, 1996, p. 211-251: 214.

⁸⁶ Lei de 18/09/1828. *Collecção de leis do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Typ. Imperial, 1878.

⁸⁷ Decreto de 03/01/1835. *Collecção de decisões do Império do Brasil* (daqui para frente: *CDIB*). Rio de Janeiro: Typ. Imperial, 1875.

⁸⁸ ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario*, op. cit., 1837. ("Recusación")

⁸⁹ GARRIGA, Carlos. *La recusación*, op. cit., 1998, p. 233-235.

⁹⁰ Lei de 29/11/1858, art. 202.

⁹¹ Lei de 29/11/1858, arts. 205-207.

No Império do Brasil, além do que foi dito sobre a recusação peremptória, a principal inovação se limitou à justiça criminal de primeira instância.⁹² Segundo seu Código do Processo Criminal, poderiam ser recusados "os juízes [que] forem inimigos capitais, ou íntimos amigos, parentes consanguíneos, ou afins até segundo grau de alguma das partes, seus amos, senhores, tutores ou curadores; ou que tiverem com alguma delas demandas, ou forem particularmente interessados na decisão da causa" (art. 61). A capacidade expansiva deste elenco (e, em particular, do seu último inciso), se via reduplicada pelo fato de que os mesmos juízes eram obrigados a se darem por "suspeitos, ainda quando não sejam recusados"; se assim não o fizessem, poderiam continuar o processo, com pena de prisão se fosse julgada justa a suspeição (art. 65). Diante de semelhante ameaça, não é surpreendente que no foro se interpretasse que "sempre que por qualquer motivo justo se reconhecer em sua consciencia parcial, e incapaz de administrar recta justiça, [o juiz] espontaneamente se declarará suspeito".⁹³ Assim, e como sempre, qualquer causa de suspeita poderia ser justa causa de recusação.⁹⁴

Por último, ainda que seja somente por indícios, não há dúvida acerca do uso intenso da recusação no foro, como se depreende dos mesmos autores citados, confirmando a atenção legislativa prestada a um meio "de tão transcendente importância".⁹⁵ Com efeito, limitando-se ao caso brasileiro, que mais nos interessa aqui, a utilização desse dispositivo faz-se evidente nos vários casos de dúvidas encaminhadas ao governo sobre a matéria. Mais do que problemas quanto à forma da alegação das provas e causas de suspeita, era o *como* e *por quem* se daria a substituição daqueles julgadores considerados impedidos, um constante arsenal de questionamentos. Sobretudo na primeira instância, o que implicava largas distâncias e uma sensível falta de quadros, em que os "inconvenientes que tem experimentado o público no retardamento de suas causas" era alegado para tratar da espera pela de-

⁹² Por exemplo, PINTO, José M. F. de Souza. *Primeiras linhas*, tit. V, cap. VIII, §§ 907-952 (II, p. 105-112), op. cit., 1850; LAEMMERT, Alberto Antonio de M. Carvalho. *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique, 1850, I, p. 37 ss. e 157 ss.; FREITAS, Teixeira de. *Primeiras linhas*, I, op. cit., 1879, p. 14 ss. e 138 ss.

⁹³ Assim, PINTO, Souza. *Primeiras linhas*, § 908 (em que cita os mesmos princípios nas *OF*, I, 3, tit. 21, § 18; para o Cod. do Proc. Crim., art. 61; e para o Regulamento citado de 31/01/1842, art. 247) (II, p. 105).

⁹⁴ Como nos já tardios, LEAL, Luiz F. de Camara. *Apontamentos sobre sospeições e recusações* [...]. Curitiba: Typ. de Candido Martins Lopes, 1863; RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil* [...]. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879 (2 vols.).

⁹⁵ PINTO, Souza. *Primeiras linhas*, § 907 (II, p. 105), op. cit., 1850.

cição dos substitutos aos juízes municipais, de direito, de órfãos, e mesmo de paz.⁹⁶ Não era incomum a evocação do que já estava previsto, inclusive nas *Ordenações*, para resoluções dos casos de suspeição, especialmente àquelas postas aos casos cíveis. A permanente legalização, bem como a recorrente solicitação de esclarecimento das compatibilidades entre os cargos, muitas vezes para que se fizessem as substituições de julgadores por impedimentos e suspeições, era outra prova do intenso uso de tão antigo instrumento.

Que a estatização da justiça imediatamente provocada pelos processos de independência levou ao reforço da recusação, não há nada de surpreendente. Por ser uma *justiça de juízes*, todo o andaime judicial estava construído sobre a *confiança* dos pleiteantes na idoneidade dos magistrados (considerada em sentido bem amplo), sendo a recusação o meio mais diretamente arbitrado pelo direito para propiciá-la. Não era o único. Valiam igualmente para o mesmo fim todos os dispositivos concebidos para favorecer o consenso das partes em torno a "quem" e "como" da justiça, desde a capacidade reconhecida ao autor para eleger juiz entre os legalmente competentes (regras de foro, jurisdição prorrogada), até os meios de resolução não processuais dos conflitos (arbitragem, conciliação), passando pelas novas formas de justiça cidadã (cuja máxima expressão era o júri, ou jurados). Nos lugares onde estas comprovações sequer ligeiramente foram possíveis, como no México, salta aos olhos a confluência de todas após independência, quase sempre mediante a simples intensificação de velhas regras.⁹⁷ Todas estas passavam pela *confiança* na justiça, atributo que apareceria como essencial para a implantação de seus aparatos. Assim, em 1821, um ouvidor no Brasil escrevia que muitos magistrados teriam perdido a "confiança pública", sua "reputação" e "bom nome", desacreditando assim a "classe da magistratura": "poderão [...] estes Magistrados merecer a confiança publica, que a Lei lhes impõe? Poderão desempenhar com exactidão, e imparcialidade, os deveres sagrados, que lhes serão confiados? Poderão ser incorruptiveis, probos, justos e inteiros?"⁹⁸ O

⁹⁶ Decreto de 18/02/1837. *CLIB*, 1861.

⁹⁷ GARRIGA, Carlos. La recusación, op. cit., 1998, p. 236–237. Sobre os jurados, ver MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. De la potestad jurisdiccional a la administración de justicia. In: GARRIGA, Carlos. *Historia y Constitución*, op. cit., 2010, p. 235–266; FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial. Control social y estabilidad política del nuevo Estado*. México: FCE, 1986; e LOPES, José Reinaldo de. Governo misto e abolição de privilégios: criando o Judiciário imperial. In: OLIVEIRA et alli (orgs.). *Soberania e conflito*. São Paulo: Hucitec/Fapesp, 2010, p. 149–184.

⁹⁸ MIRANDA, José A. de. *Memoria constitucional e política sobre o estado presente de Portugal e de Brasil* [...]. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1821.

peso reconhecido à confiança pública era evidente. Alguns anos mais tarde, o magistrado mexicano Peña y Peña – e os testamentos podem multiplicar-se sem dificuldade – dizia, a propósito dos requisitos e qualidades que deveriam concorrer aos juízes, que “*una de las cosas que mas se requieren en un juez [...] es la popularidad, esto es, la confianza ó el buen concepto público*”.⁹⁹

Justiça e confiança nos juízes confundiam-se e mesmo identificavam-se, como sabemos, em um sistema que fazia a “boa administração da justiça” depender do “bom juiz”. Assim era na ordem tradicional e assim resultou constitucionalizado nas próprias Cortes de Cádiz, responsáveis por articular normativamente – na chave da responsabilidade – um modelo de justiça que, por sua perfeita adequação ao meio jurídico e institucional – serviria de referência em todo o espaço ibero-americano.

A responsabilidade judicial foi igualmente constitucionalizada e resultou normativamente articulada, em termos substancialmente homogêneos (quando não idênticos), por vir a consolidar concepções comuns a uma tradição compartilhada.¹⁰⁰ Sua melhor expressão, em nosso âmbito, provavelmente foram as “*Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos*” (decreto de 24/03/1813), ponto auge da abundante normativa que, desde antes e até bastante depois, as Cortes espanholas dedicaram à responsabilidade dos empregados públicos em geral e, muito especialmente, dos magistrados e juízes.¹⁰¹ A chave deste modelo, que radicava a tradicional justiça de juízes na trama constitucional, poder-se-ia resumir a partir das duas pessoas que concorriam em cada um deles, afirmando se tratar de disciplinar a *pessoa* pública do magistrado e de sancioná-lo como *pessoa* privada quando usasse indevidamente o poder de seu ofício. No final das contas, este duplo regime vinha consolidar uma distinção que, mesmo deficientemente formulada, era operativa há séculos e *grosso modo* coincidente com as depois chamadas responsabilidade disciplinária e responsabilidade comum do juiz, que agora apareciam apresentar-se como espécie de gênero de responsabili-

⁹⁹ PEÑA Y PEÑA, Manuel. *Lecciones de práctica forense mejicana, escritas a beneficio de la Academia Nacional de Derecho Público y Privado de Méjico* [...]. México: Imprenta a cargo de Juan Ojeda, 1835-1839, 3 v., II, p. 127.

¹⁰⁰ Constituição de Cádiz, arts. 254-255; Constituição do Império do Brasil, arts. 156 e 157; LORENTE, Marta. Las resistencias a la ley en el primer constitucionalismo mexicano. In: GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. *Cádiz, 1812*, op. cit., 2007, p. 393-420; HESPANHA, A. *Guiando a mão invisível*, op. cit., 2004, p. 111 ss.

¹⁰¹ GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. El juez y la ley, op. cit., 1997, p. 305-309.

dade *penal* (no Império do Brasil, finalmente articuladas sob o nome genérico de "crimes de responsabilidade").¹⁰²

Não é possível, nem tampouco necessário, reconstruir este trajeto e suas múltiplas conexões. Basta dizer que o decreto de 1813 teve na América espanhola uma enorme transcendência e, todavia, era, até a metade do século no México, a lei básica de "*responsabilidad de magistrados, jueces y empleados públicos*".¹⁰⁵ Serviria ele igualmente de base para a matéria do efêmero Código Penal espanhol de 1822,¹⁰⁴ o qual parece ter sido um dos modelos para o brasileiro de 1830 a este respeito. No Brasil, já em 1825, decretava-se que, diante da falta de "lei regulamentar", deveriam ser utilizadas as "existentes" para responsabilizar todos os empregados públicos.¹⁰⁵ É verdade que uma lei de responsabilidade, aprovada dois anos depois, valeria apenas para os ministros, secretários e conselheiros de Estado e não para todos os empregados conforme alguns deputados a haviam proposto inicialmente.¹⁰⁶

Mas a responsabilidade judicial não deixava de ter a transcendência em terras brasileiras. O ministro da justiça Diogo Antonio Feijó afirmava, em 1831, a importância de que ela se fizesse efetiva; e, segundo suas próprias palavras, que os maiores inconvenientes à justiça, em grande parte, se deveriam "à minuciosidade do processo que tantos recursos oferece à trapaça dos litigantes, não se pode, contudo, dissimular que os desleixos das autoridades, retardando os despachos, concedendo dilações desnecessárias, admitindo cotas e incidentes impertinentes, tolerando a negligência dos escrivães [...] aumenta sobremaneira o mal, sendo por isso mesmo responsáveis perante a nação e a Lei que lhes conferiu o honroso emprego de administrar a justiça".¹⁰⁷ Para além da sua associação aos atos negligentes ou prevaricadores, a responsabilidade deveria ser cobrada pelos erros cometidos pelos juízes e magistrados, ou seja, facilitando os recursos "contra arbitrariedades, vexames, ou faltas de pronta justiça que possam experimentar da parte dos

¹⁰² Aviso de 27/08/1855 (CDIB, 1855). Cfr. SOLLA SASTRE, M^a Julia. *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2011.

¹⁰⁵ RIVERA, Mariano Galván (publ.). *Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos [...]*, III. México: Imprenta de Santiago Pérez, 1851, p. 259 ss.

¹⁰⁴ GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. Responsabilidad de los empleados públicos y contenidos de la administración (1812-1845). In: Idem. *Cádiz 1812*, op. cit., 2007, p. 313-372.

¹⁰⁵ Decreto de 17/02/1825, CLIB, 1886.

¹⁰⁶ O que demonstrava o caráter político que a mesma poderia vir a ter na criminalização da ação desses cargos executivos. Lei de 15/10/1827. CLIB, 1878.

¹⁰⁷ Decisão de 08/07/1831, CDIB, 1876.

magistrados".¹⁰⁸ Assim viria a consolidar-se no Código Criminal de 1830, que especificaria no título V, "crimes, contra a boa ordem, e administração pública", as prevaricações, abusos e omissões dos empregados públicos (cap. 1) e, em particular, dos juízes.

Como se articularia, então, nesse amplo e abrangente espaço, aquela dupla forma (disciplinar e comum) de responsabilidade judicial? Por um lado, todo o conjunto de disposições relativas à conduta moral, ao comportamento social e à atitude profissional do juiz, acumuladas durante séculos, poderiam ver-se claramente condensadas (não substituídas) no citado decreto de 1813, reproduzido substancialmente no Código Penal espanhol de 1822, e no Criminal brasileiro de 1830, segundo os quais, a "incontinência pública", a "embriaguez repetida" e toda sorte de "imoralidade escandalosa", assim como a "conhecida inaptidão" para o desempenho de suas funções, deveriam ser sancionadas com pena de privação de emprego.¹⁰⁹ Por outro lado, a tradicional responsabilidade pelo *mau julgamento* do magistrado, que sempre englobou negligência (ignorância, imperícia), juntamente com condutas judiciais tipicamente delitivas (prevaricação, suborno), ficava consolidada, aqui e ali, como responsabilidade comum (civil e penal) do juiz com resultados essencialmente uniformes. Para nosso caso, veja-se como o Código Criminal brasileiro se ocuparia da responsabilidade dos juízes, fixando penas para aqueles que, por peita ou suborno, dessem sentenças; também para os que na "falta da execução no cumprimento dos deveres": não empregassem castigos aos malfeitores (art. 158), se negassem à administração da justiça (art.159), julgassem ou procedessem contra lei expressa (art.160), impusessem maior pena (art.161), e mesmo infringissem leis que regulassem a ordem do processo (art. 162). Marcava igualmente penas para os que julgassem causas tendo sido declarados suspensos (art. 163), ou nelas prevaricassem por "afeição, ódio ou contemplação, ou para promover interesse pessoal", "contra a literal disposição da lei" (art. 129). As penas eram variadas, de suspensão, multas e, para alguns casos, perda de emprego.

Lembrado isso, nos perguntamos sobre se o regime de exigência de responsabilidade vale não somente porque dele dependa a efetividade das regras substantivas citadas, senão também porque ele indica claramente a configuração mais íntima daquela justiça de juízes e contribui para expli-

¹⁰⁸ Decisão de 06/12/1827, CDIB, 1878.

¹⁰⁹ Compare em sua literalidade: art. VI do Decreto de 24/03/1813; art. 495 do Código Penal espanhol de 1822; art. 166 do Código Criminal brasileiro de 1830.

car o aparecimento de novos dispositivos institucionais após as independências. Dito sinteticamente, este modelo de justiça situava a categoria de "responsabilidade do juiz" *ao lado e imbricada* com o de recursos judiciais.¹¹⁰ Como ficou muito claramente estabelecida no decreto espanhol de 1813 (que, recordemos, esteve vigente no México até 1850), a responsabilidade do juiz poderia fazer-se efetiva no tempo e em ocasião do recurso processual contra sua sentença, ou direta e imediatamente pela instância superior, ou mediante o traslado ao tribunal competente (que era o Supremo) para que se conhecessem os agravos apreciados.¹¹¹ Além disso, a regulação *gaditana* do chamado "recurso de nulidade" serviria indistintamente para proteger as formas processuais legalmente estabelecidas e fazer efetiva a responsabilidade do juiz que as violassem.¹¹² Em um e no outro, o juiz e seus atos podiam obviamente distinguir-se, mas não separar-se: daí a conexão entre a ação de responsabilidade e o recurso judicial, que iam respectivamente dirigidos contra um e outros. Era isso que estava na lógica deste modelo de justiça, e que se verificou claramente no Brasil quando, em 1833, ordenava-se ao Supremo Tribunal que informasse se, nos casos de concessão do direito de revisão da sentença, os juízes que cometeram erros teriam sido ou não responsabilizados.¹¹³ A explicação para tal medida era que "só o remédio da concessão de revistas", que não suspende a execução das sentenças, seria "improficuo se não fosse acompanhado da responsabilidade dos juízes, que fizeram a injustiça, ou causaram a nulidade".¹¹⁴

Ali onde se impôs, o próprio dispositivo da motivação de sentenças, longe de ter servido para garantir a vinculação do juiz à lei, era funcional ao regime de responsabilidade proposto. Diferentemente do mundo hispânico, conforme já citado, ele havia sido consolidado pelo direito português, e seria igualmente reconhecido pelo Império do Brasil como um típico elemento da tradição que muito bem se coadunava com as "vantagens prometidas na sábia Constituição". Com base neste pressuposto, em 1824, ordenou-se que "os Juízes de mór alçada, de qualquer qualidade, natureza e graduação, declar[ass]em nas sentenças que proferirem, circunstanciada e especificamen-

¹¹⁰ Assim, o *Nuevo Febrero Mexicano*, liv. 3, tít. 20, cap. IV, § 10, trata do "recurso de responsabilidad" no capítulo dedicado à nulidade das sentenças (III, p. 259).

¹¹¹ Decreto CCXLIV (24/03/1813), cap. I, arts. 7-10, 20. *Nuevo Febrero Mexicano*, tit. 20, cap. III, §§ 1, 8, 9 (III, p. 256-259).

¹¹² MARTÍNEZ PÉREZ, F. *Entre confianza y responsabilidad*, op. cit., 1999, p. 179-233.

¹¹³ Decreto de 11/10/1833 (CDIB, 1873).

¹¹⁴ Decreto de 24/10/1833 (CDIB, 1873).

te, as razões e fundamentos das mesmas, não só por ser isto expressamente determinado no par. 7º. da Ord. do Liv. 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal sistema ora abraçado".¹¹⁵ A velha lei das *Ordenações Filipinas* (1603) viria a ficar assim constitucionalizada para coadjuvar "a extirpação dos abusos inveterados no foro". Mesmo sem tais apoios históricos, medidas similares se adotaram durante as décadas seguintes nos restantes estados americanos. No México, um decreto do governo impôs, em 1841, a todos os tribunais e julgados de qualquer classe e categoria a obrigação de "*expresar la ley, cánon ó doctrina en que funden sus sentencias definitivas*".¹¹⁶ Como estes preceitos sugerem e as respectivas práticas judiciais demonstram amplamente, naqueles ordenamentos, a motivação não podia responder – ainda não – a um princípio de *legalidade* simplesmente inexistente, senão "a fim de conhecerem as partes – como dispôs o citado decreto brasileiro – as razões em que fundaram os julgadores as suas decisões; alcançando por este modo ou seu socego, ou novas bases para ulteriores recursos, a que se acreditarem com direito";¹¹⁷ ou seja, facilitando indistintamente o recurso contra o mau julgamento e ação de responsabilidade contra o juiz injusto.¹¹⁸ Esta e não outra era a lógica da motivação na velha ordem, que assim também se perpetuava.

Além de reforçar esta característica básica da *justiça judicial*, foram adotadas, no tempo e no espaço aqui considerados, uma série de medidas jurídicas, judiciais e institucionais para favorecer a efetiva exigência de responsabilidade dos juízes. Entre elas estavam as ações de responsabilidade contra o juiz como uma ação popular e a frequente previsão de procedimentos *ad hoc*, diversamente formalizados, que podiam incluir intervenções cautelares e mais ou menos discricionais de instâncias extrajudiciais (como, no Brasil, o imperador e a Assembleia Legislativa). No modelo constitucional *gaditano*, a exigência de responsabilidade girava em torno das *infrações* à Constituição, mas em alguns estados hispano-americanos, um procedimento tão tradicio-

¹¹⁵ Decisão de 31/03/1824, *CDIB*, 1886.

¹¹⁶ Decreto de 18/10/1841, citado por GARRIGA, Carlos. *Continuidad y cambio*, op. cit., 2010, p. 83 (e também p. 93-96). Para outros casos, p. ex., TAU ANZOÁTEGUI, V. Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina. *Revista de Historia del Derecho*, nº 10, 1982, p. 267-371; GARRIGA, Carlos e LORENTE, Marta. *El juez y la ley*, op. cit., 1997.

¹¹⁷ Para as práticas referidas, além dos trabalhos citados na nota anterior, SLEMIAN, Andréa e PAYAR, André. *Las monarquías constitucionales y la justicia, de Cádiz al Nuevo Mundo: el caso de la motivación de las sentencias en el Imperio de Brasil (1822-1850)* (inédito).

¹¹⁸ Assim, p. ex., segundo o decreto de 25/11/1850, que "determina a ordem do Juízo no Processo Commercial", os juízes deviam motivar "com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou stylo em que se funda".

nal como o *juicio de residencia* (abolido na Espanha em 1822) seria reformulado e perseveraria largamente após as independências.¹¹⁹ No Brasil, o Código do Processo Criminal, de 1832, se ocuparia expressamente de fixar as regras "da denuncia dos crimes de responsabilidade dos Empregados Publicos, e forma do Processo respectivo", complementadas pelo regulamento de 31 de janeiro de 1842 com outras relativas ao "processo de responsabilidade dos Empregados não privilegiados" – em ambos os casos, para dar entrada a formas de sumarização processual e fixar as regras de competência ajustadas à nova estrutura do aparato judicial.¹²⁰ Neste último campo, sem dúvida o mais cheio de fissuras, as novidades mais destacadas resultaram na ereção de tribunais supremos em cada uma das unidades políticas independentes, justificados na economia institucional dos novos estados, fossem na qualidade de terceiras instâncias, fossem enquanto centros de autoridade para revisão das sentenças (como foi exatamente o caso para o Império do Brasil).¹²¹

Excede a nossa possibilidade considerar aqui a eficácia de todas estas disposições e conseguinte efetividade dos dispositivos tratados, o que só seria possível mediante investigações documentais bem delimitadas que levassem em consideração as variáveis políticas em jogo. Mas, nesse sentido, não é casual que no Império do Brasil, no início da década de 1830, se possa observar um movimento no sentido de exigência de responsabilidade de juízes que coincide também com um momento de maior instabilidade política e radicalização na projeção das alternativas de futuro com a abdicação do imperador.¹²² Não era raro encontrar manifestações favoráveis a um maior controle sobre os juízes e magistrados, o que se coadunava com o programa constitucional em voga. No entanto, o reforço que se observa na evocação

¹¹⁹GARRIGA, Carlos. Constitución política y orden jurídico en España: el efecto derogatorio, op. cit., 2007, p. 147-152; LORENTE, Marta e PORTILLO, José (dirs.). *El momento gaditano*, op. cit., 2011, p. 337-383.

¹²⁰Parte do título III (Do processo sumario), arts. 150-174.

¹²¹HESPAÑA, A. Nos origens do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. Governo da lei ou governo dos juízes? In: LACCHÈ, L. e MECCARELLI, M. *Storia della giustizia e storia del diritto. Prospettive europee di ricerca*. Macerata: EUM, 2012, p. 115-158; ARNOLD, Linda. *Política y justicia. La Suprema Corte Mexicana (1824-1855)*. México: Unam, 1996; GÁVEZ, José Francisco. *Los magistrados y la sociedad limeña en el siglo XIX (1821-1860)*. Lima: Instituto Riva-Agüero, 1999; MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. *Entre confianza y responsabilidad*, op. cit., 1999; PUGLIESE, María R. La administración de justicia. In: *Nueva Historia de la Nación Argentina. La configuración de la República independiente, 1810-c.1914*. Buenos Aires: Planeta, 2000, p. 405-458; LOPES, José Reinaldo (org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império, 1828-1889*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²²SLEMIAN, A. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: LOPES, José R. de. *O Supremo Tribunal de Justiça do Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.

da responsabilidade deve ser visto tendo em mente a inexistência de um exposto conflito entre as leis novas e antigas, e a conseqüente permanência dos juízes como seus decodificadores, o que dificultava sua aplicação para além de sua forma tradicional, herdada de um mundo baseado não em poderes, mas em jurisdições.

* * *

Ao propor como fundamental a dimensão institucional para compreensão da formação dos estados ibero-americanos após as independências, a análise rapidamente desenvolvida nessas páginas permite-nos tocar em alguns problemas históricos e historiográficos de fundo. Primeiramente, o de que falar em continuidades/rupturas para o período, bem como para qualquer outro, além de carregar consigo certa obviedade, pode conduzir ao equívoco de se operar, de alguma forma, com a pergunta sobre o quanto de "moderno" ou o quanto de "tradicional" estariam presentes nesse processo, numa história já tão marcada pelo senso comum da incompletude/ineficácia constitucional como a da América Latina. Nesse sentido, tomar a tradição jurídica como instrumento de análise, não como algo estático ou monolítico, mas como um fruto de sua permanente recriação em meio a um ambiente de disputas, conflitos e de profunda instabilidade, como foram os vividos nas primeiras décadas do XIX em toda América ibérica, significa ter em mente uma *ação* para sua reprodução. Especificamente no nosso caso, significa observar como os antigos dispositivos para garantia da justiça foram reforçados, não simplesmente herdados, na ordem constitucional à medida que, amplamente regulamentados nas leis a partir de então, continuariam a balizar as práticas jurídicas mesmo num mundo em que seria equivocadamente continuar a conceber como simplesmente *d'Ancien Regime*.

A transcendência dessa operação histórica ao mundo ibero-americano está na prevalência da opção pela tradição jurídica própria num momento em que, especialmente na América, a formação de novas unidades políticas fez-se marcada por intestinos conflitos e pela valorização cultural do passado *crioulo* como uma arma contra a radicalização política e a anarquia, confirmando, assim, ser o campo jurídico um espaço legítima e reiteradamente construído em nome da conservação da ordem. Em termos gerais, a periodização desse processo se situa *grosso modo* entre meados do século XVIII e as primeiras décadas do XIX, em sintonia com a concepção que subjaz ao nosso argumento central: a de que, sem códigos, não há uma *justiça de leis*, mas, sim, o reforço de dispositivos tradicionais para estatização da justiça. Mesmo assim, a emergência de um movimento amplo pela codificação observado na segunda metade dos Oitocentos não pode ignorar os ritmos distintos de

cada um dos seus estados e mesmo novos e inegáveis posteriores reforços de características tradicionais. De tudo, fora o Brasil muito menos *exceção* que parte de sua mesma história.

Do ponto de vista da construção de um sistema jurídico, o problema era grave: mantendo-se as formas de garantias da justiça em dispositivos que incidiam sobre a pessoa, era impossível estabelecer os limites da autonomia judicial, tal qual a projeção liberal previa para o universo da justiça. Ou seja, não estando o magistrado vinculado a um sistema de leis coerentes, que lhe permitisse independência na sua aplicação – mediante a existência de instrumentos que controlariam essa sua ação –, mas sim à ordem que, de feições essencialmente pluralistas, deixava a ele a solução jurídica para estabelecimento do que seria o direito, e igualmente as únicas garantias para uma boa administração da justiça. Somado à grande permeabilidade da carreira dos julgadores com outros cargos administrativos, seu atrelamento aos poderes políticos (não apenas locais) e mesmo o funcionamento de uma lógica de sobreposição de jurisdições podia dar espaço a um aparente, nada mais do que aparente, quadro esquizofrênico em que se retrataria, com cores vivas e brilhantes, a independência da justiça. Para que se evite tal distorção, há que saber ler os discursos *vis a vis* os dispositivos institucionais existentes.

Recebido: 23/05/2013 – Aprovado: 09/10/2013

