

O CARÁTER PRISMÁTICO DO OFÍCIO DE JULGAR NO BRASIL DO ANTIGO REGIME

ARNO WEHLING

*Professor Titular de História do Direito da Universidade Federal do Estado
do Rio de Janeiro (UNIRIO) e da Universidade Gama Filho*

MARIA JOSÉ WEHLING

*Professora Emérita de Teoria e Metodologia da História da Universidade Federal
do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
e Titular de História do Direito da Universidade Gama Filho*

RESUMEN

La presente investigación propone un análisis del oficio de juzgar en el Antiguo Régimen luso-brasileño. Dado que no existe la tripartición de las funciones del Estado, se estudian las atribuciones extra-judiciales *de jure* y *de facto* de los jueces y, en sentido contrario, las atribuciones judiciales de otros detentores de oficios en la administración. Se ha planteado, como hipótesis, el carácter “prismático” de tales actividades, tanto cronológicamente, con la introducción en el siglo XVIII de elementos “modernos” o burocráticos en la estructura tradicional, como de modo transversal, cuando ocurre con la sobreposición recíproca de funciones de magistrados y otros oficiales.

Palabras claves: *atribuciones - administración - magistrados - oficios*

ABSTRACT

The present investigation proposes an analysis of the duty of judging in the luso-brazilian Ancient Regime. Because of the tripartite division of the functions of the State does not exist, the extra-judicial attributions *de jure* and *de facto* of the judges are studied, and, in a contrary sense, the judicial attributions of other office holders in the administration. It has been postulated, as a hypothesis, the “prismatic” character of such activities, chronologically, alongside with the introduction, in the XVIII century of “modern” or bureaucratic elements in the traditional structure, and also in a transversal way, as it happens with the reciprocal superposition of magistrates and other officials.

Key words: *attributions - administration - magistrates - offices*

1. OBSERVAÇÃO CONCEITUAL PRELIMINAR

O conceito de “administração prismática” pode ser com proveito aplicado ao Brasil do Antigo Regime, em particular no que se refere ao século XVIII.

No livro “Administração colonial no Brasil, 1777-1808”, de 1986, afirmou-se que o traço característico dessa administração era justamente o seu caráter prismático, isto é, um misto de instituições, normas e práticas e mentalidades “modernas” ou sistêmicas que conviviam, freqüentemente de forma harmoniosa, como o modelo “tradicional” ou empírico¹.

¹ WEHLING, ARNO, *Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808*, Brasília, Funcep, 1986, p. 10 y ss.

Aplicou-se, assim, a matriz weberiana de análise das sociedades estamentais/tradicionais e racionais/modernas a uma época –o século XVIII– que, no mundo euro-atlântico, evidenciava a emergência do novo (indústria, racionalismo, direitos humanos) no contexto do velho² - “vinho novo em odres velhos”.

Recurso metodológico semelhante foi empregado por alguns sociólogos e formuladores de políticas administrativas a países em desenvolvimento, constatando a simultaneidade de situações empíricas/tradicionais e racionais/modernas nos diferentes escalões da administração pública e, também, privada³.

No estudo sobre o ofício de julgar no Antigo Regime, o procedimento pode revelar-se fecundo.

A questão da justiça e do seu funcionamento é dos problemas históricos mais difíceis. Há muito tempo Marcel Marion dizia a este respeito que “não há no estudo do Antigo Regime questão mais vasta e mais importante que a da justiça, e também mais complicada”⁴.

A introdução da categoria “prismática” pode auxiliar no enfrentamento da questão. Ela é deduzida, embora não reproduzida, de Weber, que não a empregou. Admiti-la poderá dar mais flexibilidade à tipologia das “dominações” legal, tradicional e carismática. Ela revelou-se fecunda em diferentes análises, inclusive naquela feita a propósito da ambivalência dos elementos que compunham o estado metropolitano e colonial, em particular no século XVIII.⁵

Nessa aplicação, ficou muito evidente a coexistência de dois universos institucionais, sociais, culturais e normativos, o primeiro atendendo a realidade de uma sociedade estamental, agrária, predominantemente analfabeta, oscilando entre a magia e a religião; o segundo, correspondendo ao desenvolvimento da “crise da consciência européia”, desenhando a sociedade de classes, a revolução industrial, o racionalismo filosófico. Sem deixar de perceber nuances que desaconselhem uma rígida bipolaridade, o modelo descreve com certa verossimilhança, as situações, conflitos e ações singulares que lemos nos documentos da época.

Será possível aplicar o procedimento com sucesso ao ofício de julgar no Antigo Regime ibérico e em seu mundo Colonial?

Há dois aspectos a considerar.

O primeiro é o da sucessão cronológica. À medida que chegamos ao século XVIII e nele avançamos, distingue-se no setor profissional da justiça o dos magistrados, que fizeram um

² Na tipologia weberiana, admite-se que no âmbito da “dominação tradicional”, à qual pertence a sociedade estamental (quer na sua versão *patrimonialista*, quer na *feudal*, a administração pública possui um caráter *concentrado*, com poucos órgãos executando um grande número de funções, o que limita ou mesmo inviabiliza a existência de funcionários profissionais, regidos por normas e critérios técnicos. Ao contrário, na “dominação legal”, a administração pública passa a ser burocratizada com especialização de funções, carreiras e normas de acesso e atuação; adquire, assim, um caráter *difratado*. As situações típicas do Antigo Regime quer pela impossibilidade metodológica de um modelo sociológico puro adequar-se plenamente a uma situação histórica concreta, quer por se caracterizarem como um misto das duas dominações da matriz weberiana, configuram um terceiro modelo. Elas não são, no que diz respeito ao governo e à administração, nem plenamente concentradas nem difratadas, mas obedecem a um outro tipo que possui traços de ambos: o modelo prismático, no qual convivem o acúmulo e a especialização de funções, às vezes, –como nos tribunais– na mesma instituição. WEBER, Max, *Economia y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, v. IV, p. 130 y ss.

³ RIGGS, Fred, *A administração nos países em desenvolvimento*, Rio de Janeiro, FGV, 1970, p. 5 y ss.

⁴ MARION, Marcel, *Dictionnaire des institutions de la France, xviiie.-xviiiie. s.*, Paris, A. J. Picard, 1993, p. 314.

⁵ WEHLING, *Administração...*, op. cit. (n. 1), p. 142 y ss. WEHLING, Arno; WEHLING, María José, *Direito e justiça no Brasil Colonial- o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 302 y ss.

“cursus honorum”, passando da Universidade de Coimbra ao serviço do rei por meio de exames organizados pelo Desembargo do Paço, as “leituras de bacharéis”. No serviço real galgavam postos hierarquicamente estabelecidos. Esses magistrados, acompanhando uma tendência que nesse século estender-se-ia a outras áreas da administração, tornaram-se cada vez mais *professionais*, obedientes a estatutos específicos e inserindo-se em carreiras pré-definidas. Tal perfil da magistratura oficial, que já vinha de antes do século XVIII, só fez reforçar-se à luz dos argumentos iluministas a favor da racionalização do estado.

A atuação desses magistrados, não obstante, completava-se pela de outros oficiais da administração judicial que continuaram sendo selecionados pelos critérios tradicionais – prebendas reais, compra dos ofícios, inexistência de qualificação prévia.

Assim, tratava-se de um modelo prismático em funcionamento: a elite profissional de magistrados exercia a justiça com funcionários prebendariamente instituídos. Constatamos esse funcionamento no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro entre 1752 e 1808⁶, mas ele se reproduzia pelos tribunais, ouvidorias e juzizados de fora do mundo português – e também espanhol⁷.

Não devemos esquecer o fato primordial: o contexto em que esse processo evolui é o de uma sociedade patrimonialista, em que os traços inovadores vinculados ao racionalismo ilustrado caldeiam-se num movimento geral (ou “estrutural”) predominantemente “tradicional”, na sua versão patrimonialista. Este, aliás, ultrapassa o Antigo Regime e adentra, vitoriosamente, no caso brasileiro e hispano-americano, a era constitucional⁸.

O segundo aspecto é o que pretendemos desenvolver neste trabalho. O carácter prismático de uma estrutura de poder não se revela, apenas, por sua sucessão cronológica – no caso, a transição (na tipologia weberiana) entre uma sociedade e um estado “estamentais” ou de ordens e uma sociedade de classes e um estado racionalmente ordenado.

Ele se revela, também, pela coexistência, nas estruturas de poder, de uma *transversalidade funcional*: o ofício de julgar não era, no Antigo Regime, exclusivo de magistrados (entendidos aqui no sentido de *juízes*), mas podia ser exercido, conforme situações legalmente determinadas, por outras autoridades, para o atendimento de situações específicas. A recíproca também era verdadeira: os juízes (e ouvidores, e desembargadores) exerciam funções de administração e de governo que nada tinham a ver com a judicatura.

A explicação dessa *transversalidade funcional, prismática*, da administração do Antigo Regime estava no modelo concentrado de exercício de poder pelo rei e sua administração ou, na terminologia da época, do governo.

As funções executivas, judiciais e legislativas estavam concentradas em quem exercia o poder. Na Idade Média, isso compreendia também os senhorios leigos e eclesiásticos e as cidades, aos quais se sobrepuseram – não sem conflitos e tensões – os esforços centralizadores reais⁹. Essa concentração de funções, tão distante da tripartição de poderes de Montesquieu

⁶ *Ibid.*, *Direito...*, p. 456 y ss.

⁷ Assinalando o fato mas sem trabalhar a categoria weberiana, BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Guia prosopográfica de la judicatura letrada indiana (1503-1898)*, in José Andrés-Gallego, “Nuevas aportaciones a la historia jurídica de Iberoamérica”, Madri, FHT - FHL, 2000, CD-Rom; MARILUZ URQUIJO, José María, *El agente de la administración pública em Índias*, Buenos Aires, IIHDI-IIHD, 1998, p. 151 y ss. BRAVO LIRA, Bernardino, “Oficio y oficina. Dos etapas em la historia del Estado indiano”, en: *Anuário Histórico Jurídico Equatoriano*, Quito, tomo V, 1980; CASSAN, Michel (coord.), *Lês officiers “moyens” à l’époque moderne - France, Angleterre, Espagne*, Limoges, Pulim, 1998, p. v.

⁸ VELÉZ RODRIGUEZ, Ricardo, *Patrimonialismo e a realidade latino-americana*, Rio de Janeiro: DHE, 2006, p. 38 y ss.

⁹ BRUNNER, Otto, *Estrutura interna de Occidente*, Madri, Alianza, 1991, p. 102. LE ROY LADURIE, Emmanuel, *O estado monárquico*, São Paulo: Cia. Das Letras, 1994, p. 9 y ss.

e das concepções do racionalismo ilustrado, revelou-se cada vez mais inadequada. Isso se evidenciou à medida que as transformações materiais e intelectuais dos séculos XVI, XVII e XVIII foram mostrando a necessidade de estruturas organizacionais, tanto públicas, quanto privadas, mais elaboradas e mesmo sofisticadas, especialmente nos terrenos escorregadios e complexos da guerra e das finanças.

O caráter empírico e casuístico desse modelo de administração e de exercício de poder gerou, sobretudo ao final do processo, no século XVIII, tensões e conflitos de competência que enchem os arquivos.

O propósito desde trabalho é analisar como isso ocorreu no âmbito da justiça colonial, e *por quê*.

2. O ATO DE JULGAR NO ANTIGO REGIME E A JURISDIÇÃO REAL

O ato de julgar, no mundo ocidental, sempre foi um dos atributos majestáticos, mesmo quando o conceito de soberania ainda não estava solidamente estabelecido. O jurista francês La Roche Flavin, nos primeiros anos do século XVII, o considerava um dos cinco atos de suprema soberania, ao lado da elaboração das leis, da criação de ofícios, da declaração da paz e da guerra e da emissão de moeda¹⁰.

A justiça foi considerada, aliás, usualmente, o atributo mais importante, pois, nela atuando, o rei não apenas zelava pelo equilíbrio e harmonia da sociedade como exercia, no plano humano, o mesmo papel atribuído a Deus no Antigo e no Novo Testamento¹¹.

No preâmbulo das Ordenações Afonsinas, o rei Afonso VI, em 1443 afirma ser

“[C]onhecida cousa... que o principal bem, que se requer para ministrar justiça, assim é sabedoria, porque... é por ela que reinam os reis e são poderosos para ousadamente com louvor e exalçamento do seu Real Estado reger e ministrar justiça”¹².

O discurso permanece o mesmo nas Ordenações Manuelinas, em 1521:

“[P]orque assim como a justiça é a causa mais principal, porque com a graça de Deus por ela reinamos e a ela sobre todas as coisas deste mundo tenhamos por isso maior obrigação, para com equidade sempre a guardarmos a todos...”¹³.

Em 1595 repete-se na lei em que se determina a elevação das Ordenações Filipinas:

“[C]onsiderando nós quão necessária é em todo o tempo a justiça, assim na paz como na guerra, para boa governança e conservação da República e do Estado Real, a qual aos reis convém como virtude principal e sobre todas mais excedente...”¹⁴.

O exercício da justiça pelo soberano confere-lhe, com base na preeminência moral de ser o regulador da sociedade e o corretor de seus desequilíbrios, um notável poder interventor, por intermédio de seus magistrados. Não surpreende, portanto, o fortalecimento da centralização

¹⁰ LAPEIRE, Henri, *Le xvie. Siècle - les forces internationales*, Paris, PUF: 1967, p. 232.

¹¹ Eram, alias, comuns as referências bíblicas na documentação coeva, especialmente nas acepções de *retribuição* (dar a cada um o que lhe é devido), como em Sab. 5, 6-9.; Is. 5, 16, 56; Dn. 9; *retidão do julgador*, Sl. 9,9; 95, 10; Is. 11, 3; At. 17, 31; Apoc. 19, 11; e *equidade*, Rs 3,6; Prov. 2,8; 8, 20.

¹² *Ordenações Afonsinas*, FCG, Lisboa, 1998, v. I, p. 4.

¹³ *Ordenações Manuelinas*, FCG, Lisboa, 1984, v. I, p. 2.

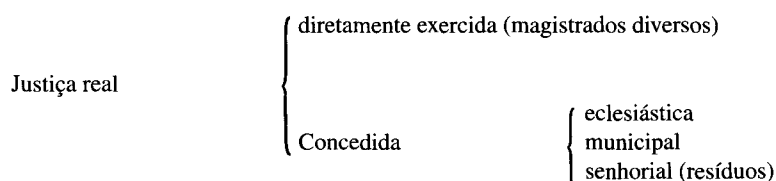
¹⁴ *Ordenações Filipinas*, FCG, Lisboa, 1985, v. I, p. LXXVIII.

ter sido acompanhado pelo espraiamento da justiça real para campos onde anteriormente não se exercia (na França, a partir da subtração de elementos do direito material ou processual à justiça senhorial e eclesiástica, com os “cas royaux”, desde o século XII; em Portugal, pela ação sistemática dos corregedores, também na Idade Média). Ou, ainda, quando o poder real já se consolidava, a caracterização de uma justiça real diretamente exercida e uma justiça concedida¹⁵, que visava compreender as anteriormente autônomas – ou mesmo independentes, no caso da ausência ou debilidade extrema do poder central - justiças senhorial, eclesiástica e municipal.

Essa caracterização implica na adoção de uma tipologia na qual temos trabalhado para o estudo do Brasil colonial.

A grande bipartição ocorria entre a *justiça real diretamente exercida* pelos magistrados e outros delegados do poder real e a *justiça concedida*. No caso da primeira, ela compreendia a justiça ordinária (tribunais da relação, ouvidorias de comarca e juizados de fora) e a justiça especializada (justiça militar, juizes especializados na área fiscal, de águas e matas, de defuntos e ausentes). As nuances da questão e as interações entre as duas justiças foram estudadas em outro local¹⁶.

No caso da *justiça concedida*, ela compreendia a justiça eclesiástica, a justiça municipal e os vestígios (no caso da Europa) da justiça senhorial; desta última houve traços em algumas das atribuições dos donatários de capitânias.



Fica evidente que se considera aqui um processo adiantado de centralização, ainda que não de “absolutismo”¹⁷. Somente este fato justifica a categorização de “justiça concedida” para a eclesiástica, a municipal e a senhorial, que na época plena do feudalismo / regime senhorial eram efetivamente independentes, na ausência ou fragilidade extrema do poder real.

3. PRIMEIRA SITUAÇÃO PRISMÁTICA: FUNÇÕES EXTRAJUDICIAIS DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA REAL DIRETAMENTE EXERCIDA

Os magistrados da justiça real diretamente exercida, no Brasil colonial, eram os ouvidores gerais dos estados do Brasil e do Maranhão (aqueles, antes do estabelecimento do primeiro tribunal

¹⁵ SUEUR, Philippe, *Histoire du droit public français, xve.-xviii. Siècles*, Paris, PUF, 1989, v. II, p. 163 y ss. LEBRIGE, Arlette, *La justice du Roi – la vie judiciaire dans l’ancienne France*, Paris, Complexe, 1995, p. 24 y ss.

¹⁶ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, “Atribuições e limites da justiça colonial”, in NIZZA DA SILVA, Maria Beatriz (coord.), *De cabral a Pedro I – aspectos da colonização portuguesa no Brasil*, Lisboa, Universidade Portucalense, 2001, p. 247. Republicado com alterações em *Direito e justiça...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷ Estamos considerando as profundas diferenças entre a “monarquia clássica” absoluta dos séculos XVI e XVII e o “absolutismo” de fins do século XVII e século XVIII. Cf. discussões em diferentes historiografias nacionais, por exemplo, COSANDEY, F.; DESCIMON, R., *L’absolutisme em France*, Paris, Seuil, 2002; ROOT, H. L., *La construction de l’état moderne em Europe – La France et l’Angleterre*, Paris, PUF, 1994, p. 239; BONNEY, R., *O absolutismo*, Lisboa, PEN, 1991, p. 37 y ss.; ASCH, R.; DURCHHARDT, H. (eds.), *El absolutismo: um mito ?*, Barcelon, Idean, 2000, p. 43 y ss.

da Relação na Bahia), os ouvidores de capitânias da Coroa, os juizes de fora, os ouvidores de comarcas e os desembargadores dos tribunais da Bahia e do Rio de Janeiro. Todos, sem exceção, exerciam atividades extrajudiciais, além das funções típicas da magistratura.

Essas funções podem ser classificadas em funções de governo (supervisão, assessoria, substituição eventual de governantes) e funções de administração (fomento e supervisão de atividades econômicas, supervisão da gestão de aldeamentos indígenas, ações policiais em relação a contrabando e descaminhos)¹⁸.

Alguns exemplos podem esclarecer melhor a questão, a começar pelas próprias Ordenações: o item 68 do Livro I, que trata dos corregedores de comarcas, atribui um extenso papel judicial e extrajudicial (inclusive quanto à redação dos forais e preservação dos interesses políticos e fiscais do monarca) aos ouvidores, no que foi interpretado pela historiografia desde o liberalismo como a pedra de toque da política centralizadora da realeza¹⁹.

No Brasil o quadro não foi distinto.

Na ausência do regimento do primeiro ouvidor, Pero de Góis, a solução encontrada pelos pesquisadores, desde Varnhagen, foi trabalhar com inferências, a partir dos regimentos dados em 1628 ao ouvidor geral Paulo Leitão de Abreu, antigo desembargador da relação do Porto e em 1630 ao bacharel Jorge da Silva Mascarenhas²⁰.

Ao ouvidor geral determinava-se, em 1628, entre outras atribuições extrajudiciais, a supervisão dos capitães de capitania e das câmaras municipais²¹. Em 1630 reiterava-se a supervisão aos governadores de capitânias e acrescentava-se competência ao ouvidor para receber agravos interpostos a decisões da justiça eclesiástica²².

No caso do ouvidor geral do Rio de Janeiro, dava-se a ele a mesma atribuição de corregedor de que dispunham os ouvidores portugueses, mas estendida à supervisão dos titulares das capitânias privadas, a fim de verificar “se os donatários usam de mais poder e jurisdição do que lhes são concedidos por suas doações, provisões minhas e forma da Ordenação”²³. Além dessa atribuição de governo, era também incumbido de visitar as minas de São Paulo, “ordenando que delas se tire ouro e se freqüentem, e ponham em boa arrecadação os direitos de minha fazenda”²⁴. No caso de defuntos, ausentes e órfãos, em algumas circunstâncias, como a da ausência do respectivo provedor, era ele o encarregado não apenas das atuações de natureza judicial, como da própria gestão dos bens.

A prevenção do conflito entre o ouvidor geral e o provedor mor da fazenda, “querendo cada qual aumentar a sua jurisdição”²⁵ era fato bem conhecido do governo. Para evitá-lo, recomendava-se no regimento do ouvidor que as causas especificamente fazendárias seriam

¹⁸ Atribuições semelhantes ocorriam na América espanhola. WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, “Audiências e relações: atividades judiciais, políticas e administrativas”, in *Direito e justiça, op cit*, p.343 y ss. ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, *La organización judicial argentina em el período hispánico*, Buenos Aires, Perrot, 1959, p. 24 y ss.

¹⁹ MEREIA, Paulo, *Estudos de história do direito*, Coimbra, CE, 1923, p. 50 y ss. LACOMBE, Américo Jacobina, “O estado português no Brasil”, in *Digesto Econômico*, 1958, sep., p. 5.

²⁰ VARNHAGEN, Francisco Adolfo de, *História geral do Brasil*, São Paulo, CEN, 1975, v. II, p. 202.

²¹ DE ANDRADE E SILVA, JUSTINO, *Collecção chronologica da legislação portuguesa*, Lisboa, F. X. Sousa, 1855, v. IV, pp. 124-127.

²² *Ibid.*, v. IV, pp. 167-171.

²³ Regimento do ouvidor geral João de Abreu e Silva, in MENDONÇA, Marcos Carneiro de, *Raízes da formação administrativa do Brasil*, Rio de Janeiro, CFC-IHGB, 1972, v. I, p. 83.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, v. I, p. 85.

da competência do provedor e não da ouvidoria. Dava-se a solução, assim, para resolver pragmaticamente conflitos frequentes e não em nome de uma racionalização ou planejamento de natureza sistêmica.

Ao ouvidor de comarca e ao juiz de fora, quando foram sendo consolidados esses cargos ao longo da história colonial, coube atribuições de natureza semelhante

O ouvidor de comarca, sobretudo no século XVIII, foi um efetivo governante, de direito e de fato, das extensas áreas sob sua jurisdição. São diversos os exemplos de sua atuação, inclusive, nas atividades de fomento econômico determinadas pelo governo português em diferentes capitanias²⁶.

Papel não menor coube ao juiz de fora, que frequentemente atuou como administrador de bens de defuntos, ausentes e órfãos e como autoridade civil em diferentes situações, presidindo a câmara municipal –sua principal atribuição fora das judiciais– e atuando em ocasiões críticas, como na ocupação francesa do Rio de Janeiro, em 1711.

Os desembargadores dos tribunais da Relação da Bahia e do Rio de Janeiro tiveram responsabilidades semelhantes e até mais amplas, quer definidas expressamente nos regimentos das casas, quer implementadas na prática institucional por meio de interpretações extensivas geralmente dadas pelos governadores-gerais e vice-reis.

Na Relação da Bahia, o regimento de 1652 determinava que as residências trienais de funcionários coubessem a um desembargador “de muita confiança”, não apenas dos ofícios de justiça, mas também nos da fazenda²⁷. O desembargador promotor da justiça era o mesmo procurador dos feitos da Coroa, fazenda e fisco, cabendo-lhe assim funções de ministério público e advogado dos interesses régios²⁸.

Ao governador geral ou vice-rei do estado, na sua condição de presidente da Relação caberia zelar pela proteção dos indígenas amigos e da preservação das matas. A inserção desses dois quesitos nas atribuições do governante na qualidade de dirigente máximo do tribunal faz supor que caberia a este órgão, por seus membros, a responsabilidade executiva ou governativa do assunto, pelo menos sempre que acionado pelo governante.

Mais tarde, na Bahia e também nas Relações do Rio de Janeiro, criada em 1751 e de São Luís, em 1812²⁹, além da reiteração daqueles aspectos, determinou-se que a eleição dos membros das câmaras municipais das capitais caberia aos tribunais, o mesmo ocorrendo nas cidades com os juizes de fora, quando existissem. Esse fato foi interpretado na historiografia, corretamente pelas evidências disponíveis, como meio para acentuar a centralização política e o controle da burocracia real sobre os “homens bons”, em algumas vilas notoriamente refratários à ingerência estatal nos assuntos municipais.

Ainda no âmbito expresso dos regimentos, determinava-se nos das Relações do Rio de Janeiro e de São Luís que ao desembargador juiz dos feitos da Coroa e Fazenda caberia, além das funções judiciais, a de almotacel-mor das respectivas capitais “para fazer prover a cidade, ou outro lugar sobredito, de mantimentos, expedindo por seus oficiais as diligências precisas”³⁰. Embora não fosse atribuição do mesmo magistrado pelo regimento da Bahia, é de supor-se que esta responsabilidade foi-lhe acrescida em algum momento posterior, já que no regimento fluminense basicamente repetiram-se estruturas e funções daquele.

Outros exemplos de atuação administrativa e política dos desembargadores são as numerosas assessorias por eles dadas aos vice-reis e governadores gerais, as ações diretas de

²⁶ O assunto foi estudado em WEHLING, *op. cit.*, p. 142 y ss.

²⁷ Regimento do Tribunal da Relação da Bahia, tít. I, it. 17, in ALMEIDA, Cândido Mendes de, *Auxiliar Jurídico*, Lisboa, FCG, v. I, p. 15.

²⁸ *Ibid*, tít. VI.

²⁹ Títulos IV e IX dos respectivos regimentos.

³⁰ Regimento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, *op. cit.*, tít. VIII, it. 98.

natureza policial (por exemplo, a repressão ao contrabando em navios surtos no porto) e os trabalhos de demarcação de limites entre capitanias. Tudo isso, sem ignorar a sucessão do próprio governador ou vice-rei em caso de vacância do cargo, em geral em conjunto com o bispo e o militar mais graduado, como aconteceu no Rio de Janeiro, em 1763.

4. SEGUNDA SITUAÇÃO PRISMÁTICA: FUNÇÕES JUDICIAIS EXERCIDAS POR FUNCIONÁRIOS ADMINISTRATIVOS

No regimento dado ao primeiro provedor-mor do estado do Brasil, Antonio Cardoso de Barros, de 1548, determinava-se que a ele e não ao ouvidor geral caberia o conhecimento de todas as apelações e agravos de decisões dos provedores e mais oficiais de fazenda, tanto da Bahia quanto das demais capitanias. Caberia, também, o conhecimento das ações novas no lugar em que estivesse e num raio de cinco léguas. Em ambos os casos sua alçada iria até dez mil réis. Ultrapassando-os, deveria julgá-los na Bahia, devendo para isso o governador Tomé de Sousa fornecer-lhe dois letrados “e não os havendo será com duas pessoas quais lhe a ele bem parecer”³¹. Garantia-se, assim, para as causas de maior valor, o princípio da colegialidade, não obstante a preeminência do provedor.

É de observar, também, que pelo mesmo regimento o juízo privativo dos assuntos referentes às sesmarias e outras doações de terras e águas cabia ao provedor-mor e não ao ouvidor geral³².

No caso dos provedores de capitanias, que até 1548 ainda não haviam recebido regimento, o princípio foi o mesmo. Cabia-lhes conhecer por ação nova “todos os feitos, causas e dúvidas que se moverem sobre coisas que toquem à minha fazenda”³³, quer entre os respectivos oficiais, quer entre eles e os contribuintes. Mesmo nas situações em que não mais estivessem em causa os rendimentos reais, os provedores constituíam-se no juízo competente, de cujas decisões não caberiam mais apelação ou agravo até a alçada de dez mil réis. Nos casos excedentes, caberia recurso ao provedor-mor³⁴.

Como as provedorias de fazenda estenderam-se até o século XVIII, pode-se considerar a existência, prolongada, de uma jurisdição fazendária específica por um longo período, a maior parte da época colonial.

Esse princípio reproduz³⁵ia-se em outros setores. No regimento das terras minerais do Brasil, de 1603, determinou-se que havendo concorrência de descobridores de betas de metal, receberia a concessão aquele que primeiro chegasse ao provedor das minas ou, na ausência deste, ao “juiz da terra”, atribuindo-se a este, portanto, função administrativa, ainda que supletiva. Inversamente, o item 58 do mesmo regimento atribuía ao provedor decisão irrecurável sobre causas até 60 mil réis, com apelação e agravo em valores superiores para o provedor-mor da fazenda. Se a sentença do provedor das minas de alguma forma embaraçasse a extração, sendo as causas superiores a 60 mil réis, deveria providenciar para que não se interrompesse a produção, promovendo os ajustes pecuniários quando da decisão final³⁶.

Em 1618 o segundo regimento das minas brasileiras tornou mais explícita a função judicial do provedor. No item 9 do regimento definia-se o provedor como

³¹ Regimento do Provedor-Mor, in MENDONÇA, Marcos *op cit.*, (n. 23), v. I, p. 93.

³² *Ibid*, v. I, p. 94.

³³ Regimento... in MENDONÇA, *op. cit.*, (n. 23), v. I, p. 102.

³⁴ *Ibid*, v. I, p. 103.

³⁵ I. Regimento das Terras Minerais do Brasil, in MENDONÇA, *op. cit.*, (n. 23), v. I, p. 300.

³⁶ *Ibid*, v. I, p. 310.

“[P]essoa de muita confiança... e conhecerá somente das causas tocantes às ditas minas, nas quais procederá breve e sumariamente; e das sentenças que der, dará apelação e agravo para a Relação da Bahia, passando a quantia de cem cruzados em bens móveis e de cinquenta nas de raiz, que só terá alçada”³⁷.

Semestralmente, também lhe cabia instituir devassas para identificar e punir descaminhos e contrabando procedendo “contra eles na forma das minhas Ordenações e Regimentos”, vale dizer, administrativa e judicialmente³⁸.

Na área militar houve igualmente um número significativo de atribuições judiciais, enquanto não se caracterizou expressamente um foro ou justiça militar. Assim, o regimento das Ordenanças, de 1574, dava jurisdição aos capitães de companhias para punir com multas aos soldados faltosos, dando disso ciência ao juiz de fora (o que não se aplicava ao Brasil até o início do século XVIII)³⁹. O chefe da bandeira tinha também poder de julgar os componentes da expedição, inclusive até a pena capital, como se verificou no caso do filho de Fernão Dias Pais⁴⁰. O parâmetro para isso era o próprio livro V das Ordenações, embora sejam conhecidos alguns regimentos em que expressamente se atribui esta jurisdição⁴¹.

Quando do estabelecimento do regimento dos governadores das armas, de 1678, mais tarde modificado pela legislação de 1763, definiram-se as funções de auditores de guerra e delineou-se uma jurisdição especificamente militar, retirando-lhe o caráter prismático ou misto.

Cabe também lembrar, no âmbito de funções administrativas e governativas com expressão jurisdicional, o papel dos capitães de aldeias indígenas. Na lei de 1611 que reiterou o direito dos índios à liberdade, sempre que não hostilizassem os portugueses, o item 5 determinava a competência do capitão da aldeia para ser “o juiz das causas dos ditos gentios, assim das que eles moverem uns contra os outros, como das que moverem contra outras quaisquer pessoas, ou as tais pessoas contra eles”⁴². Teria alçada nos casos cíveis até 10 cruzados e nos crimes até trinta dias de prisão. Excedida esta alçada, daria apelação ou agravo para o ouvidor da capitania; nos casos em que não fosse sua a competência, declinaria para o provedor-mor dos defuntos da Relação da Bahia.

Finalmente, o tribunal da bula da cruzada teve bem definida sua competência exclusiva para atuar administrativa e judicialmente no regimento que lhe foi dado em 1621. Nele deveria ser tomado o conhecimento

“[D]e todas as causas e negócios que diretamente ou por qualquer modo tocarem à expedição da bula”, sublinhando-se que “em nenhum outro juízo ou tribunal se tomará conhecimento do sobredito”⁴³.

Entidade meramente administrativa, com o objetivo de recolher contribuições voluntárias, embora proporcionais ao patrimônio e rendimento dos contribuintes, o tribunal da bula da Cruzada conseguiu, assim, um espaço institucional que o isentava de qualquer supervisão jurisdicional. Estruturado num comissariado geral e comissariados e juízos setoriais, o tribunal admitia apelação e agravo dos interessados, porém das decisões dos escalões inferiores para

³⁷ 2. Regimento das Terras Minerais do Brasil, in MENDONÇA, *op. cit.*, (n. 23), v. I, p. 317.

³⁸ *Ibid.*, v. I, p. 320.

³⁹ Regimento de Ordenanças, in MENDONÇA, *op. cit.*, (n. 23), v. I, p. 175.

⁴⁰ FERREIRA, Waldemar, *História do direito brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1956, v. IV, p. 63.

⁴¹ CIDADE, Hernani, *O bandeirismo paulista na expansão territorial do Brasil*, Lisboa, ENP, s/d.

⁴² Lei sobre a liberdade dos índios, de 1611, in MENDONÇA, Marcos Carneiro de, *op. cit.*, v. I, p. 327.

⁴³ Regimento do Tribunal da Bula da Cruzada, in MENDONÇA, Marcos Carneiro de, *op. cit.*, v. I, p. 528.

o Comissário geral e não para a justiça comum, o que lhe dava um caráter de ente simultaneamente administrativo e judicial, fechado sobre si próprio⁴⁴. Como não dispunha de grande máquina administrativa, o regimento de 1621 determinava que, nas execuções e diligências os comissários do tribunal pudessem acionar meirinhos, alcaides, escrivães ou outros oficiais de justiça de quaisquer órgãos, sem que estes pudessem escusar-se à convocação⁴⁵. O simples recolhimento das contribuições, após a publicação da bula, era feito nas casas paroquiais, o que por sua vez implicava em acionar a administração eclesiástica.

O exercício de funções judiciais por outros órgãos da administração foi denominado, pela historiografia francesa, “justiça de exceção”:

“Ao lado dos tribunais aplicando a justiça ordinária no cível e no crime, o hábito constante de armar cada administração de poderes judiciários, no que concernia aos objetos desta administração... levaram ao estabelecimento de tribunais muito numerosos... A multiplicidade extrema destes tribunais, muitas vezes inúteis, complicava singularmente a administração da justiça...”.

A descrição do fenômeno certamente guarda notável semelhança com o que ocorria no mundo ibérico e por extensão no Brasil. O conceito, porém, que se buscou para caracterizá-lo, “justiça de exceção”, não parece feliz por pelo menos duas razões: considera “exceção” um processo diuturno, sem interrupções e juridicamente institucionalizado; e se admite “exceção” entende (ou subentende) que a regra é um modelo definido e perfeitamente circunscrito de justiça, quase (ou como) um poder à Montesquieu. Ora, o que se percebe é a atribuição de prerrogativas judiciais a diferentes órgãos, fossem da justiça *stricto sensu*, fossem administrativos, mas com potencial para gerar situações jurígenas em seu âmbito – e para nele resolvê-las.

Poder-se-ia invocar, em boa lógica, que este procedimento visaria a uma economia processual, permitindo decisões mais rápidas (sem o recurso à justiça comum) e mais objetivas (decisões emanadas de conhecedores diretos do assunto).

À “exceção” preferimos, assim, considerar a *transversalidade* do modelo prismático.

5. A QUESTÃO PRISMÁTICA NO CASO DA JUSTIÇA REAL CONCEDIDA

No caso da justiça real concedida –a municipal e a eclesiástica– existe uma diferença substancial em relação ao modelo misto que até aqui temos examinado?

Parece-nos que não. O aspecto específico da justiça municipal e da justiça eclesiástica não lhes retira o caráter tradicional, *interna corporis*.

A justiça municipal exercia-se nos quadros da câmara municipal, quase sempre por dois juízes eleitos⁴⁶, embora o número tenha variado na prática do Brasil colonial. Eles administravam a vila ou cidade juntamente com os demais oficiais eleitos da câmara, os vereadores e o procurador.

As funções desses cinco magistrados tinham características definidas pelas Ordenações do reino. Sem dúvida aos juízes ordinários cabia a função precípua de julgar, mas também possuíam responsabilidades administrativas, fiscais, de ministério público (quando represen-

⁴⁴ *Ibid.*, v. 1, p. 528 e 531.

⁴⁵ *Ibid.*, v. 1, p. 533.

⁴⁶ WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José, “Atividade judiciária das câmaras municipais na colônia - nota prévia”, in *Anais do I Colóquio de Estudos Históricos Brasil-Portugal*, Belo Horizonte, PUC, 1994, p. 163.

tavam contra alguém em nome do interesse comum) e de elaboração legislativa, pois eram co-autores das posturas e bandos municipais.

Inversamente, o conjunto da câmara poderia pronunciar-se em uma sentença, quando funcionava como conselho ou junta, mas decidindo em primeira instância e não como instância recursal à decisão do juiz ordinário⁴⁷.

Nas atividades administrativas das câmaras municipais, exercidas por funcionários específicos, eleitos ou remunerados, a mistura de elementos judiciais e administrativos poderia ocorrer, sem maior dificuldade. Assim, quando o almotacel, encarregado, entre outras atividades, do controle de pesos e medidas do comércio, impunha determinada multa, de sua decisão previa-se recurso para o juiz ordinário. Não caberia, nesse modelo jurídico-administrativo, perguntar se este o fazia como instância administrativa ou como primeira instância judicial, já que se confundiam as atribuições.

A justiça eclesiástica, por sua vez, fazia-se nos quadros de uma organização administrativa fortemente hierarquizada, que ia do arcebispado à paróquia, passando pelos bispados. Às funções religiosas e administrativas dos sacerdotes (fossem arcebispos, bispos ou vigários paroquiais) acrescentavam-se as judiciais, exercidas quer individualmente, pelos vigários que prolatavam suas sentenças, quer colegialmente, quando havia câmaras em bispados ou tribunais de relação eclesiástica (neste caso, somente em Salvador).

Ao contrário da justiça municipal, exercida por leigos, a justiça eclesiástica em seu escalão superior normalmente era exercida por um bacharel em Cânones, que não se isentava de outras funções religiosas e administrativas. O fato em geral não se repetia nos níveis inferiores, nos quais os vigários paroquiais sem esta formação atuavam em todas as atribuições do governo paroquial, inclusive a justiça. Em ambos os casos, portanto, confundiam-se as funções religiosas, administrativas e judiciais.

Que motivos explicariam a razão de ser desse processo prismático?

Em primeiro lugar, o caráter casuístico da administração, que fluía de padrões gerais de governo e administração derivados dos princípios cristãos, do direito romano e de alguns preceitos e máximas da Antiguidade clássica relativos à filosofia política e, sobretudo, à prática política.

Esses padrões atribuíam singular importância ao ato de julgar, pelo seu caráter intrínseco de corrigir a injustiça e repor a comunidade em seu equilíbrio natural. Toda uma sanção teológica, no Antigo Testamento, no pensamento grego, no direito romano e no cristianismo contribuía para isso e foi recolhida como tal pelos juristas reais desde a Idade Média.

Por esse motivo a função de julgar foi privativa do monarca e este, quanto pode, procurou drena-la das instituições concorrentes – senhores, Igreja, cidades. A imagem de Luís IX distribuindo ele próprio a justiça sob o carvalho de Vincennes é emblemática dessa perspectiva – que não deve ser entendida ao pé da letra, pois desde cedo os monarcas delegaram a seus magistrados a função julgadora, mas sempre em seu nome e, em última análise, em nome de Deus, o supremo e último julgador. Não por outro motivo as sessões dos tribunais, em Portugal como no Brasil, principiavam pela invocação religiosa, com a celebração da missa.

Um ato tão nobre e tão digno, aliás, que no Ocidente cristão os cargos da magistratura em geral ficavam de fora da venalidade dos ofícios públicos, pois a sua venda poderia ser associada à simonia. O mesmo não se aplicava aos funcionários judiciais, dos tribunais e dos juízos monocráticos, que incorriam na regra geral da venalidade.

Entretanto, ademais do casuismo, havia o carácter empírico da administração. Um *bom governante* considerava-se o administrador ativo e bem intencionado, com idéias gerais e obje-

⁴⁷ *Ibid.*, p. 172.

tivos relativamente claros, ou mesmo aquele apenas reativo, mas que reagisse positivamente aos estímulos que lhe chegavam. Não se conhecia a figura do planejador, nem havia a percepção de uma ação sistêmica, integrada e projetada no tempo por meio de metas, como no estado ou na empresa contemporâneos. Por extensão, as funções públicas –executivas, judiciais, legislativas– emanavam do monarca, o que explica haver dois tipos/conceitos de magistratura: a judicial propriamente dita e a dos demais cargos. Resquício longínquo desse procedimento empírico na arte de governar é o título de “primeiro magistrado” que tem o presidente da república em vários países, não obstante ser ele o titular de apenas um dos poderes do estado.

Embutida no *múnus* desses magistrados *lato sensu* –administradores fazendários e eclesiásticos, comandantes militares, governantes municipais– estava normalmente, além de suas funções precípua de governo e administrativas (“executivas”), a atribuição de julgar. No modelo casuístico e empírico do Antigo Regime, assim como o julgador (o magistrado *stricto sensu*) julgava e executava as decisões de seu julgamento (exceto no caso da justiça eclesiástica, em que se encaminhava a execução ao “braço secular”), também o administrador exercia os atos de específicos de suas funções de governo e julgava, sempre no âmbito de suas atribuições governativas.

Tais situações desenhavam-se no quadro da monarquia tradicional “patrimonialista” do modelo weberiano. Mas quando falamos dos três séculos “modernos”, particularmente do século XVIII, nesses patrimonialismo, casuismo e empirismo já se insinua a especialização de funções em três frações importantes do estado – a justiça, a guerra e a fazenda.