

ALGUNS TÓPICOS SOBRE A JUSTIÇA BRASILEIRA E A TUTELA JURÍDICA EM FACE DOS ATOS GOVERNAMENTAIS, DO DESCOBRIMENTO AO IMPÉRIO

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

A) Evolução da organização da justiça brasileira

a) Do Descobrimento à Independência

Antes da Independência, a organização da Justiça, em nosso País, atravessou várias fases.

Na primeira, das feitorias (1501-1532), não havia qualquer regime legal de organização política, imperando a vontade do feitor e a própria sorte, ante as surpresas da terra desconhecida.

Já na seguinte, das capitanias hereditárias (1532-1549), as “cartas forais” de doação, outorgadas por El-Rei, estabeleciam os direitos e deveres dos Capitães-mores, dos donatários e dos colonos. Nestas cartas, eram concedidos aos donatários, entre outros privilégios, o de alçada no crime, sem apelação nem agravo, até a pena de morte, para os peões, escravos e gentios, e até dez anos de degredo e multa de cem cruzados, para as pessoas de melhor condição social; e, nas causas cíveis, com apelação e agravo, somente quando o seu valor excedesse de cem mil réis, e, sem recurso algum, nas causas de menor valor.

Havia, sob o regime de Justiça senhorial, Juízes Almotacés, Juízes de órfãos, além de funcionários, Oficiais de Justiça e Alcaldes.

Era, como não podia deixar de ser, uma Justiça local, própria de cada capitania.

No período dos Governos Gerais (1549-1572) adveio o “Regimento dos Governos Gerais”, em que eram declarados os poderes e atribuições do Go-

vernador-Geral, sem prejuízo dos Capitães-mores, dentro de suas capitânias. O “Regimento” foi completado por ordenações avulsas, como cartas régias, alvarás e provisões, consolidadas, posteriormente, em um outro “Regimento”.

Nos casos omissos, em matéria cível e criminal, vigoraram as “Ordenações do Reino”: Manuelinas (1514), que substituíram as Afonsinas (1446); e as Filipinas (1603).

Segundo o molde tirado das disposições do Livro I das Ordenações Filipinas, a organização judiciária da Colônia passou a contar com os Ouvidores-Gerais (escolhidos entre bacharéis formados em Coimbra), Ouvidores de Comarca, Juizes de Fora, Juizes Ordinários, Corregedores de Comarca, os Provedores, os Juizes de Vintena, os Juizes Almotacés, os Vereadores, os Juizes de Órfãos e os Alcaldes.

Sobre este ponto, cabe ressaltar que o *Juiz colonial* — seja o de Fora, o Ordinário o Almotacé ou o Vintenário —, exercia, além das funções de nossos juizes modernos, julgando e resolvendo litígios, o papel de agentes meramente administrativos, executando medidas de administração.¹

Criou-se, também, o Tribunal de Relação do Brasil, na Bahia, em 1609, o qual foi suprimido em 1626 (para outros, 1636), e restabelecido em 1652 (segundo outros, 1662), sendo, posteriormente criada a Relação do Rio de Janeiro, em 1751. Eram Tribunais de segunda instância, compostos de um Governador, dois Ouvidores-Gerais e cinco Desembargadores.

Em casos especiais, admitia-se, como terceira instância, a Casa de Suplicação de Lisboa. O Desembargo do Paço, presidido pelo Rei, era o Supremo Tribunal de Justiça, contenciosa e administrativa, do País.

No período do Vice-Reino (1640-1808), não ocorreu modificação substancial, havendo mudado os nomes de Governador-Geral para Vice-Rei, de Capitão-Mor para Governador e Capitão-General de Capitania.

Os serviços da Justiça desenvolveram-se. E com o aludido restabelecimento da Relação da Bahia, em 1652 (ou 1662), e a posterior criação da do Rio de Janeiro, em 1751, a divisão judiciária territorial do Brasil passou a ser a seguinte: dois distritos de Relação — o da Relação da Bahia e o daquela do Rio de Janeiro; distritos esses que eram divididos em Comarcas e Circunscrições, nas quais funcionavam os Corregedores e Ouvidores; em municípios, em que funcionavam os Juizes ordinários; e em aldeias, em que atendiam os Juizes de vintena.

Por outro lado, deve observar-se ainda, que, sob o ponto de vista da administração metropolitana, o Brasil não constituía, à época, uma unidade, apesar de o ser geograficamente. Basta mencionar, como exemplo, o fato da Casa de Suplicação de Lisboa funcionar como Tribunal de segunda instância

para as Capitanias do Pará e do Maranhão, enquanto, para as demais capitanias, funcionavam as Relações da Bahia e do Rio de Janeiro².

Já no período do Reino Unido (1808-1822), houve transformações radicais.

A Relação do Rio de Janeiro, por Alvará de 14 de maio de 1808, foi elevado à categoria de “Casa de Suplicação”, como Supremo Tribunal de Justiça do País, e com igual competência da de Lisboa.

No mesmo período, foram criados o Supremo Conselho Militar e de Justiça, o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, a Intendência Geral de Polícia, os Juízes privativos do crime, no Rio de Janeiro, e mais duas Relações, a do Maranhão, em 1812, e a de Pernambuco em 1821.

Em síntese, como bem retrata Caio Prado Júnior³, a administração colonial, implementada por Portugal, no Brasil, entre os séculos XVI e XIX, se caracterizava pela unificação das funções administrativa e jurisdicional na pessoa, primeiramente, do donatário e, depois, na do Governador. Fato que se explica por ser o sistema, aqui instituído pela Metrópole, mero reflexo da organização existente no Estado português, concentrado nas mãos do Monarca, e que se apresentava como “*unidade inteiriça que funciona num todo único, e abrange o indivíduo, conjuntamente, em todos seus aspectos e manifestações*”⁴. Basta lembrar que, dentro da organização das capitanias, maior unidade administrativa da colônia⁵, seu chefe supremo, que era o Governador⁶, possuía diversas funções, entre as quais destacavam-se: a militar, a administrativa e ainda a jurisdicional, uma vez que ocupava, em algumas localidades, em razão do cargo, a presidência das Relações.

A confusão entre essas funções estatais, que hoje nos parecem substancialmente distintas, era quase total. Neste sentido, leciona Caio Prado Júnior, em trecho lapidar:

“Na aplicação da lei não se distinguia quando era caso de simples ação administrativa dos agentes do poder, ou quando se tratava do restabelecimento de direitos entre partes em litígio. Se qualquer ato de autoridade, fosse qual ela fosse, envolvesse ofensa de direitos ou interesse (no funcionamento da administração não se distinguia um caso do outro), não cabia ao ofendido instaurar uma ação, mas unicamente recorrer do ato à autoridade superior competente. Quando não se tratava de atos de autoridade, mas de simples particulares, cabia então ao ofendido provocar a ação daquelas: estaríamos então no caso típico da ação judiciária em nosso processo atual. Mas percebe-se que enter as duas hipóteses não há distinção substancial alguma, pelo menos no que diz respeito ao funcionamento da administração, que é o que nos interessa aqui.”

Dentro deste contexto merecem destaque as Câmaras (*órgãos da administração local, que tinham sua sede nas vilas ou cidades*), que eram compostas por um Juiz presidente, que poderia ser formado em direito, chamado *Juiz de Fora*, ou um cidadão leigo, *Juiz Ordinário*, bem como por Vereadores e um Procurador. Entre as atribuições da Câmara estavam, além das nomeações do Juiz de almotacel (*responsável pela higiene e limpeza públicas*), do Juiz Vintenário (*com jurisdição nas freguesias e atribuições iguais aos do juiz-de-fora, mas de alçada menor*) editar posturas e julgar infrações penais⁷.

Após tecer algumas observações sobre a administração colonial, afirma Caio Prado Júnior:

*“Negligencia-se tudo que não seja percepção de tributos; e a ganância da coroa, tão crua e cinicamente afirmada, a mercantilização brutal dos objetivos da colonização, contaminará todo mundo. Será o arrojo então geral para o lucro, para as migalhas que sobravam do banquete real. O construtivo da administração é relegado para um segundo plano obscuro em que só idealistas deslocados debateram em vão.”*⁸

Nesta linha, reconhecendo que, em nossa História Colonial, a personagem principal foi o Real Erário, aduz ainda o referido autor:

“...Portugal no entanto sempre interpretou mesquinamente este objetivo primordial e latente [enriquecer a metrópole] em todas as colonizações de caráter oficial. Suas vistas raramente foram além dos proveitos imediatos que sob a forma de tributos podia auferir da colônia. Um governador do Rio Grande do Sul, aliás um dos mais notáveis, Silva Gama, resumia em 1805 este pensamento numa confissão crua e nua: “Nada me interessa com mais fervor, escrevia ele ao governo do Reino, do que a fiscalização da Real Fazenda. Diminuir as suas despesas o que é possível, fazer arrecadar ansiosamente tudo que possa pertencer-lhe sem dano dos vassalos, e esquadriñar novos recursos para aumentá-la, são os objetivos do meu maior desvelo”.

b) Na Monarquia

No Império (1822-1889), a nossa organização judiciária passou por profunda e radical modificação, apesar de terem sido mantidos em vigor, pelo Decreto de 20 de outubro de 1823, da Assembléia Geral Constituinte, as leis vigentes à época da proclamação da Independência.

A Constituição de 25 de março de 1824 erigiu o Poder Judicial como um dos quatro Poderes do Estado, delegado, como os demais, pela Nação (arts. 10, 12 e 151 a 164).

O Poder Judicial era, segundo o art. 151, “independente”, mas de forma bem relativa, pois, embora os juizes de direito fossem “perpétuos” (art. 153) e somente demissíveis por sentença (art. 155), podiam ser suspensos pelo Imperador (art. 154).

A Justiça, que era una, tal como o processo, por ser unitária a forma de Estado, era integrada por Juizes de Direito, de nomeação livre do Imperador, dentre pessoas habilitadas; e por Juizes de Paz (art. 162; Lei de 15-10-1827), que eram eleitos e aos quais competia função reconciliadora, exercida em etapa que constituía condição para o ingresso no juízo contencioso (art. 161). Havia, também, os jurados (artigos 151 e 152), no cível e no crime, que se pronunciavam sobre o fato, sendo escolhidos por sorteio.

Na Capital do Império, além da Relação, havia o Supremo Tribunal de Justiça (art. 163; Lei de 18-9-1828), composto de Juizes letrados, tirados das Relações, por sua antiguidade, e cuja competência era objeto do art. 164 da Constituição Imperial.

O art. 158 estabelecia que para julgar as causas em segunda e última instância, haveria nas Províncias, os Tribunais de Relação.

Existiam os Juizes de Comarcas (classificadas em 1ª, 2ª e 3ª entrâncias) e de Municípios, assessorados pelos júri), e, ao lado destes, os Juizes de Paz.

Posteriormente, modificações surgiram nessa estrutura.

O Ato Adicional, de 12 de agosto de 1834, estabeleceu, em seu art. 11, § 7º, que às Assembléias Legislativas provinciais competia decretar a suspensão e, até mesmo, a demissão do Magistrado contra quem houvesse queixa de responsabilidade, sendo ele ouvido, e dando-se-lhe lugar à defesa.

A Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, que interpretou dispositivos do Ato Adicional, declarou, em seu art. 4º, que, na palavra “magistrado”, empregada pelo art. 11, § 7º, do Ato Adicional, não se compreendiam os Membros das Relações e Tribunais Superiores, o que, *a contrario sensu*, reafirmava o poder em questão, com referência aos Juizes inferiores. Os arts. 5º e 6º também dispunham sobre a esdrúxula suspensão ou demissão.

Dentro da sistemática existente à época, os Juizes podiam ser removidos da sua Comarca, sem que o pedissem, e mesmo sem serem ouvidos, sendo que, se não aceitassem o novo cargo, seriam considerados avulsos, sem direito à percepção de vencimentos. Era a mesma situação do Desembargador que não aceitasse a sua promoção para o Supremo Tribunal.

Por outro lado, Desembargadores e Juizes de Direito eram passíveis de nomeação como Presidentes de Província ou Chefes de Polícia, o que os fazia cair nas malhas da política.

A remuneração era a mais exígua possível, e praticamente livre a nomeação para os cargos iniciais, se bem que as promoções a Desembargador se fizessem por escolha entre os dez Juizes mais antigos. Era Presidente das Relações o Desembargador escolhido pelo Imperador, podendo ser mantido indefinidamente, no posto, por esse, o que acontecia, também, com a Presidência do Supremo Tribunal de Justiça.

Em face dessa organização, não se poderá dizer que fosse a Justiça Imperial realmente independente.

Além do mais, com o advento da Lei de 3 de dezembro de 1841, regulamentada, na parte cível, pelo Decreto de 15 de março de 1842 e, na parte criminal, pelo Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842, agravou-se, na opinião dos estudiosos, a situação que só veio a ser modificada pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

No Brasil, as origens do Ministério Público encontram-se nas Ordenações Manuêlinas. O Alvará de 7 de março de 1609, que criou o Tribunal da Relação da Bahia, com o nome de Relação do Brasil, é tido por muitos como “a primeira lei relativa ao Ministério Público neste País”. Aludia ao Procurador dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, depois, também, Promotor da Justiça. Tais funções, com a criação da Relação do Rio de Janeiro — a partir de 1808, Casa de Suplicação do Brasil —, passaram a ser exercidas também junto a esta, bem assim perante as Relações do Maranhão e de Pernambuco, quando de sua instituição.

B) Mecanismos de controle dos atos governamentais

Reitere-se que, no período das capitânias hereditárias, tidas como experiência feudalista, a Carta de doação ou foral, outorgada pelo Rei, estabelecia o estatuto do Capitão-mor, governador de sua donatária. Nas terras de capitania, inalienável e indivisível, os donatários tinham jurisdição civil e criminal, podendo, inclusive, impor a condenação à morte, e o poder de fundar vilas, conceder sesmarias e nomear ouvidores e tabeliães.

Não tendo atingido o regime dos donatários as finalidades previstas, mormente a de povoação e defesa da Colônia, D. João III, após a morte do donatário da Capitania da Bahia, comprou-a de seu herdeiro e nela instalou o Governo Geral, sendo certo que as capitânias não desapareceram. O Regimento de 17.12.1548, que trouxe Tomé de Souza (aliás, excelente administrador), delineou o regime, tendo sido criados, além do cargo de Governador-Geral, o de Ouvidor-geral, Provedor-mor da Fazenda e Capitão-mor da Costa, compondo a estrutura de nossa primitiva organização administrativa.

Durante o período até agora focalizado, vigoraram, em nosso País, lembre-se, as Ordenações do Reino, sendo as Afonsinas, de 1446; as Manuelinas, de 1514; e as Filipinas, de 1603, editadas durante o domínio espanhol sobre Portugal e, conseqüentemente, sobre o Brasil (1580-1640).

As Ordenações Filipinas, em seu Livro 2º, Título 35, § 21, assim dispunham: “*Nenhuma lei, pelo Rei feita, o obriga, senão enquanto ele, fundado em razão e igualdade, quiser a ela submeter o seu poder real*”. Era a consagração do absolutismo, onde o súdito, como a própria etimologia do vocábulo indica, estava submetido, sujeito ao arbítrio do soberano. Tratava-se de verdadeiro Estado de Polícia, porquanto o soberano tinha sua vontade acima das leis e era imune a julgamento pelos juízes. Impossível, portanto, o surgimento, à época, de um Direito Administrativo, como regime jurídico da Administração Pública. Havia a função, a organização, a regra administrativa, mas não, o Direito Administrativo⁹.

Dois máximas traduziam a filosofia e a realidade do poder absoluto: *princeps legibus ac magistratum imperio solutus* (o soberano é imune às leis e ao poder dos juízes); *quod princeps voluit legis habet vigorem* (o desejo do soberano tem força de lei).

Em tal ambiência política, não havia que se falar em controle jurisdicional da Administração Pública, apesar de estudiosos da matéria identificarem certas formas de impugnação de atos públicos lesivos aos direitos e à lei.

Nesta linha, as próprias Ordenações Filipinas previam embargos, para obtenção de anulação de alvarás, cartas, provisões, privilégios, contrários ao direito ou à utilidade pública (Livro II, tít. 44).

Por seu turno, no Livro III, Título 78, § 5º, aparecia a ação de força imanente:

“*Se alguém se temer de outro, ou lhe queria, sem razão ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao Juiz que segure a ele e as suas coisas do outro que o quiser ofender.*”

Regulavam, também, a anulação por erro de fato, sendo qualquer Juiz ou Comissário competente para decretar a anulação (Livro II, Tít. 43º).

Como o advento, porém, do Alvará de 30.10.1751, do Marquês de Pombal, foram os Tribunais, do foro comum, privados da competência do contencioso administrativo, reservando-o aos Tribunais Régios (mesas, conselhos, juntas etc.) e que tinham a seu cargo a Administração Central¹⁰. Se esses Tribunais entendessem que a matéria, objeto dos embargos, exigia a disputa contenciosa, remetiam-nos ao Juízo da Coroa, para que fossem ouvidas as partes.

Além dos recursos contra os diplomas régios e as resoluções dos Tribunais, era possível recorrer dos atos das Câmaras ou dos Conselhos, inclusive, em alguns casos, para o Tribunal do Desembargo do Paço (cf. Ordenações Filipinas, Livro I, Tít. 65º, § 28)¹¹.

Por Lei de 22.12.1761, foi organizado, ainda à época do Marquês de Pombal, o Conselho da Fazenda, ao qual foi entregue toda a jurisdição contenciosa, em matéria de cobrança e arrecadação de rendas e de dívida ativa. O que dizia respeito à dívida passiva, ficou pertencendo aos Tribunais Judiciais, mesmo se os créditos fossem privilegiados ou privativos da Fazenda.

Permaneceu tal organização no Brasil, ainda depois da Independência, até 1831.

Durante este período, entretanto, a transmigração da Família Real Portuguesa para o Brasil acarretou, para este, radicais alterações em sua organização político-administrativa.

Assim, ao chegar a Salvador, em janeiro de 1808, foi editada, em 28 daquele mesmo mês, a Carta Régia que franqueou os portos brasileiros ao comércio direto com outras Nações. A 7 de março, aportou ao Rio de Janeiro onde, no dia 10 seguinte, criou as três Secretarias do Estado que aqui deveriam funcionar, nomeando, outrossim, seus titulares: esses Ministérios eram o dos Negócios do Reino, o da Marinha e Ultramar e o da Guerra e Estrangeiros. A partir daí, foi-se montando a nova organização político-administrativa, criando-se, ou sendo transferidos, de Lisboa para o Rio de Janeiro órgãos como o Conselho de Estado, o Desembargo do Paço, a Mesa da Consciência e Ordens, o Conselho da Fazenda, o Conselho Supremo Militar.

Posteriormente, a Constituição de 25-3-1824, embora outorgada, fez com que o Brasil ingressasse na era do constitucionalismo, em contraste com a monarquia absoluta, à qual estivemos sujeitos até a Independência. É certo, porém, que, *“pela sua forma de governo, absorvia o Executivo em si todos os poderes, ou, para melhor dizer, havia um só”*¹².

Reservou, a Carta Imperial, ao Imperador a titularidade de dois Poderes Políticos: o Moderador, *“chave de toda a organização política”* (art. 98), e que lhe conferia atribuições político-administrativas, como a nomeação e exoneração dos Ministros de Estado (art. 101, 6º); e o Executivo, por ele exercitado através destes últimos (art. 102), e que lhe assegurava a competência para *“nomear bispos, e prover os benefícios eclesiásticos”* (item 2º) *“nomear magistrados”* (4); *“prover os mais empregos civis e políticos”* (5º); e *“expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis”* (item 12).

Previa, ainda, um Conselho de Estado (arts. 137 a 144), órgão político-administrativo consultivo, mas também auxiliar dos Poderes Moderador e Executivo, e que teve como antecedente próximo o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias, criado pelo Príncipe-Regente D. Pedro, através de Decreto de 16-2-1822, e extinto em 20-10-1823, pela Assembléia Constituinte; e um anterior Conselho de Estado, instituído, pelo Imperador, por Decreto de 13-11-1823. O art. 142 da Carta Política determinava que os Conselheiros de Estado seriam ouvidos em todos os negócios graves, e sobre medidas gerais da pública administração, assim como em todas as ocasiões em que o Imperador se propusesse a exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador, com exceção das de livre nomeação e exoneração dos Ministros de Estado. Extinto pelo art. 32 do Ato Adicional de 1834, restabeleceu-o a Lei nº 234, de 23-11-1841, complementada sua estruturação pelo Regulamento nº 124, de 5-2-1842.

No regime português pré-Independência, *“podia o Rei avocar as causas que pendiam perante juízes e tribunais judiciais, e prover como entendesse convenientes. Nem qualquer autoridade ia ou podia ir de encontro ao que o Governo julgasse de interesse público..... Eram os juízes seus delegados e instrumentos e não havia divisão entre o poder judicial e o administrativo, que jaziam confundidos”*.¹³ A Carta de 24 assegurava, nos arts. 151 e 179, nº 12, a independência do Poder Judicial, prescrevendo o último dispositivo citado que nenhuma autoridade poderia avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos. Não obstante, o art. 151 situava a competência desse Poder na matéria cível e criminal. Daí, a separação entre as autoridades administrativas e as judiciárias, inclusive em matérias contenciosas: *“Para que o poder administrativo possa cumprir sua missão de defender os interesses coletivos da sociedade, é sem dúvida de mister que ele possa conhecer e julgar das reclamações opostas às suas determinações”*¹⁴.

Segundo o princípio, prevalecente no Império, da separação entre as autoridades administrativas e judiciárias, os arts. 24 e seguintes do citado Regulamento nº 124, de 1842, estatuíam que, se o Presidente da Província ou o Procurador-Geral da Coroa junto ao Governo Imperial e à Província do Rio de Janeiro tivesse informações de que a autoridade judiciária conheceria de matéria administrativa, exigir-lhe-ia esclarecimentos precisos a respeito. Considerado que houvera intromissão indevida, ordenariam à autoridade judiciária que cessasse o curso do processo, abrindo-se prazo para os interessados deduzirem seu direito. Em seguida, aquelas autoridades transmitiam ao Ministério da Justiça sua decisão, caso a conclusão fosse no sentido da competência administrativa; se favorável à competência jurisdicional, o processo era devolvido à autoridade judicial, declarando que não tinha lugar o conflito, e que o

processo deveria prosseguir no foro judicial. O Ministro da Justiça, para decidir o conflito que lhe fosse suscitado, submetia seu exame ao Conselho de Estado, o qual, depois de ouvidas as partes, prolataria o seu parecer.

Em caso de conflito negativo de atribuições, o Conselho de Estado exarava seu opinamento, ouvidas a autoridade administrativa e a judiciária.

O Conselho teve ocasião de manifestar-se, em várias oportunidades, sobre o campo de ação das autoridades administrativas e das judiciais, do que é exemplo o célebre pronunciamento de 20.11.1872. Decidiu-se que a autoridade judiciária comum só decidia em casos concretos, que tivessem por objeto a execução de leis civis, em casos individuais.

Pelo art. 7º da Lei nº 234, de 1841, incumbia ao Conselho, a par das atribuições consultivas, dar parecer sobre “conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas, e entre estas e as judiciárias” (item 4º).

O Conselheiro Ribas sustentava, com base no princípio da separação de poderes, (art. 98 da Constituição de 1824), que o Poder Judiciário era constituído de juízes e jurados (os primeiros aplicando a lei; os segundo, pronunciando-se sobre os fatos: art. 152 da Carta Imperial), que funcionavam nos Tribunais civis e criminais, sendo incompetente em matéria administrativa¹⁵.

Em 24.10.1845, o Conselho decidiu que os processos relativos a indenizações, contratos e créditos do Estado eram da competência administrativa, o que se explicou, historicamente, pelo fato de ter havido uma séria de decisões judiciárias condenatórias do Poder Público. Com efeito, Lei de 4.10.1831, que organizou o Tesouro Público Nacional, estatuiu, em seu art. 91, que a jurisdição do extinto Conselho da Fazenda, já citado, ficava pertencendo aos Juízes Territoriais, com recurso para a Relação do Distrito. Daí, decorreram decisões condenatórias da Administração Pública, de grande vulto e em grande número. Em consequência, a Lei de 24.10.1832, em seu art. 31, sujeitava o pagamento de indenizações à autorização da Assembléia-Geral. O art. 7º, item 3, da Lei nº 234, de 1841, dispunha que o Conselho se manifestava “*sobre questões de presas e indenizações*”. Algumas decisões reconheceram, no entanto, a jurisdição do Poder Judicial, em matéria, por exemplo, da rescisão de contratos de serviços públicos¹⁶.

A distinção entre “atos de império” e “atos de gestão” serviu, igualmente, de orientação para a fixação, pelo Conselho de Estado do Império, da competência das autoridades administrativas ou do Poder Judicial, respectivamente. Em decisão de 22.12.1866, decidiu o Conselho que o Estado, quando atuava como pessoa civil, contratando com um particular, ficava submetido ao Poder Judicial¹⁷.

Com o surgimento do *habeas corpus*, também ele ficou sujeito à jurisdição do Poder Judicial.

O Conselho igualmente se manifestava nos conflitos de atribuições entre autoridades administrativas (art. 28 do Regulamento nº 124, de 1842).

Salienta J. GUILHERME DE ARAGÃO¹⁸ que, nessa fase, “*a autoridade administrativa aparece em situação de superioridade em relação à autoridade judiciária. É ela que proclama a competência administrativa e judiciária; ao mesmo tempo determina ao juiz comum que se abstenha de examinar litígios que lhe forem submetidos*”.

Havia, portanto, um contencioso administrativo rudimentar, compreendendo órgãos que integravam, ao mesmo tempo, a chamada Administração ativa, o que sempre torna periclitante a garantia dos direitos individuais. Compunham esse contencioso, dentre outros órgãos e autoridades, os Ministros de Estado, o Conselho de Estado, os Presidentes de Província, o Tesouro, as Recebedorias, Mesas de Rendas e as Coletorias; as Tesourarias, os Inspectores das Alfândegas; o Provedor da Casa da Moeda; os Administradores dos Consulados; o Inspetor-Geral dos Diamantes; as Capitania dos Portos; a Auditoria da Marinha; os Administradores dos Correios; os Juizes Comissários, na medição de sesmarias e outras concessões do Governo; as Congregações dos Lentes nas Faculdades de Direito e Medicina; os Tribunais de Comércio, na parte administrativa.

Os membros do Conselho de Estado eram vitalícios; os dos demais órgãos citados, funcionários nomeados pelo Governo, dele dependentes e por ele amovíveis. Suas decisões dependiam de homologação do Governo.

O já mencionado Regulamento nº 124, de 1842, dividiu o Conselho de Estado em 4 Seções (Negócios do Império; da Justiça, e dos Estrangeiros; da Fazenda; da Guerra, e Marinha), cada uma composta de 3 Conselheiros, sendo que, em razão da “importância e da complicação dos negócios” podiam reunir-se 2 ou 3 Seções. As Seções eram presididas pelos Ministros de Estado competentes, em razão do objeto da reunião, os quais não votavam, nem mesmo em caso de empate.

O Conselho podia reunir-se em plenário, sob a presidência do Imperador, para emitir consultas (as Seções prolatavam pareceres).

O Regulamento em pauta distinguia entre os objetos não contenciosos (arts. 21 a 23) e os contenciosos (arts. 24 e seguintes). Mesmo nessa última área, o Conselho tinha função consultiva.

O art. 31, por sua vez, dispunha que, no processo administrativo, vigoravam as disposições que contribuíssem para o descobrimento da verdade, “sem prejuízo da celeridade indispensável à marcha administrativa”.

Os arts. 33 e seguintes previam tramitação do processo administrativo, deflagrado pela parte interessada, perante a Secretaria de Estado competente, através de petição devidamente instruída, sendo o caso encaminhado à Seção do Conselho, que processava o feito, inclusive procedendo a avaliações, inquirições de testemunhas, depoimentos e quaisquer outras diligências. Ultimada a instrução, a Seção apresentava o seu relatório.

A decisão era por decreto do Imperador (Resolução Imperial), que era livre de ouvir, ou não, o Conselho (arts. 46 e 47).

O Governo decidia em primeira e única instância nas questões relativas a presas marítimas (art. 32).

Por outro lado, cabia recurso para ele das resoluções dos Presidentes das Províncias, através da Secretaria de Estado competente (art. 45), e das decisões dos Ministros de Estado em matéria contenciosa (art. 46).

As próprias Resoluções Imperiais podiam ser embargadas (art. 47), nas hipóteses “*de não ter sido intimado algum dos prejudicados*” (item i), ou “*de ter corrido o processo à revelia*”, que não pudesse ser imputada ao condenado.

Os embargos eram apresentados pelo Ministro competente ao Conselho, o qual se manifestava pelo respectivo atendimento, ou não; ou mesmo pela volta do caso à Seção, para novo exame (art. 49). Nessa última hipótese, a execução da Resolução Imperial podia ser suspensa, quando, “*na demora*”, não houvesse perigo, e, ao contrário, da não-suspensão pudesse resultar dano irreparável.

No caso de ser condenada a Administração, a execução se faria administrativamente (art. 51). Na hipótese inversa, a Resolução era executada “*como qualquer sentença judiciária*”, pelos mesmos juízes e forma, pelas quais essas o eram.

Pelo art. 30, os Presidentes das Províncias conheciam dos abusos das autoridades eclesiásticas, cabendo ao Conselho, segundo o disposto no art. 7º, item 5º, da Lei nº 234, de 1841, manifestar-se sobre tais abusos¹⁹. Lembre-se, a propósito, a famosa Questão Religiosa de 1872 e 1875.

Perante o Conselho, funcionava um conjunto fechado de advogados, em número não superior a 10, e somente a eles era permitido assinar as petições, alegações e arrazoados, bem como assistir aos depoimentos (art. 37).

Deve observar-se que a Carta de 24 continha sua Declaração de Direitos, nos 35 itens do art. 179.

Os chamados direitos civis e políticos, invioláveis (*caput* do art. 179), que tinham por base “a liberdade, a segurança individual e a propriedade”, englobavam alguns ligados ao exercício da função jurisdicional: “*ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e*

na forma por ela prescrita” (item 11); “será mantida a independência do poder judicial. Nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos” (item 12); “à exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízes particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes” (item 17).

Diz-se que, se havia direitos civis e políticos, inexistiam, porém, constitucionalmente, as ações correspondentes.

Pelo art. 99 da Constituição de 1824, a pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, não estando “*sujeito a responsabilidade alguma*”²⁰. Mas os Ministros de Estado (arts. 133 a 135) e os Conselheiros de Estado (art. 143) tinham sua responsabilidade. O art. 135 dizia: “*Não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador, vocal ou por escrito*”.

O art. 179, § 29, estabelecia que os empregados públicos eram responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos. O art. 156 dispunha que todos os Juízes de Direito e os servidores de Justiça eram responsáveis pelos abusos de poder e prevaricações que cometessem no exercício de seus empregos.

Embora os textos normativos aludissem à responsabilidade pessoal, o entendimento é que “*o Brasil nunca pré-excluiu a responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos absolutos*”²¹.

Em a “*Culpa Civil das Administrações Públicas*” (Rio, 1898), RUI BARBOSA assim se expressou: “Na jurisprudência brasileira nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos de seus empregados. Sempre se professou em nossos cursos, e nos nossos auditórios se proclamou sempre a noção de imputabilidade das pessoas morais pela culpa contratual ou aquiliana dos seus pensamentos... Pelo dano causado ao direito de particulares não hesitaram jamais as justiças brasileiras em responsabilizar municipalidades, províncias, estados, o governo do império, o da república, tendo por idéia inconcussa a de que no ministro, no presidente, no governador, no prefeito, em todos os que administram, ou servem a uma função administrativa, conta a administração pública verdadeiros prepostos, cuja identidade, pelo princípio da representação, desaparece na do proponente.”

Como acentuou Amaro Cavalcanti, se não havia “uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da *responsabilidade civil* do Estado, nem por isso é menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e a julgar do teor das suas disposições consagradas e dos numerosos julgados dos Tribunais

de Justiça, e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existia, é de razão concluir que a teoria, aceita no País, tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para freqüentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum.”

Fato relevante, no capítulo do controle da Administração Pública, foi a introdução do *habeas corpus* no Direito Brasileiro, através do Código do Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832, arts. 340 e seguintes. Em 1871, a Lei nº 2033, de 20 de setembro, em seu art. 18, § 1º, passou a admitir, igualmente, o pedido de *habeas corpus* no caso de simples ameaça (*habeas corpus preventivo*).

É de ver-se que, com a Lei nº 261, de 3.12.1841, e respectivo Regulamento, de nº 120, de 31.1.1842, o processo penal brasileiro experimentou período de acentuado reacionarismo, que só se superou com a Lei de 1871.

Com fundamento no regime instituído pela Magna Carta inglesa de 1215, cujo nº 48 estabeleceu que ninguém poderia ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares, segundo as leis do País, o *habeas corpus* teve seu surgimento na prática jurisprudencial, para garantia do direito de liberdade: os juízes expediam *writs* de apresentação do paciente (*corpus*). Pelo *writ* de *habeas corpus ad subiiciendum* a Corte determinava ao carcereiro que, dando os motivos da prisão, viesse apresentar o preso em juízo, “para fazer, consentir com submissão e receber *ad faciendum, subiiciendum et recipiendum*, tudo aquilo que a respeito fosse decidido.”

Tornaram-se, contudo, necessárias providências legislativas, reguladoras da matéria processual pertinente, do que resultou a edição, ainda na Inglaterra, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, de CARLOS II, tido como ainda imperfeito.

A configuração definitiva do instituto sobreveio, tão-somente, com o *Habeas Corpus Act* de 1816, pois que apenas com esse é que o *writ* passou a proteger a pessoa também contra a prisão por outras acusações ou pretextos, que não as de caráter criminal.

Cabe lembrar que, no Direito Romano, havia o *interdictum de homine libero exhibendo*, cujo uso objetivava a recuperação da liberdade física, mas cabível contra particulares.

O Código de Processo Criminal do Império tratou da ordem de *habeas corpus*, em seu Título VI, arts. 340 a 355, prescrevendo que todo cidadão que entendesse que ele ou outrem sofria prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tinha direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor, a

qual seria expedida por qualquer Juiz de Direito, Juiz Municipal ou Tribunal de Justiça, dentro dos limites de sua jurisdição, no período máximo de duas horas, “*salvo constando evidentemente que a parte nem pode obter fiança, nem por outra alguma maneira ser aliviada da prisão.*”

O art. 349 previa o *habeas corpus* de ofício, que seria passado por qualquer juízo, todas as vezes que, no curso de um processo, chegasse ao seu conhecimento “que algum cidadão, oficial de justiça ou autoridade pública” tinha ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.

O art. 355 previa que, se possível, o Juiz ou Tribunal requisitaria da autoridade que ordenara a prisão todos os esclarecimentos que provassem sua legalidade, por escrito, antes de resolver a soltura do preso.

A Lei 2.033, de 1871, em seu art. 18, ofereceu novas disposições acerca do *habeas corpus*. O respectivo § 1º estatuiu:

“*Tem lugar o pedido a concessão da ordem de habeas corpus, ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado*”²².

A Carta Imperial de 1824 não cuidou do Ministério Público, mas, em seu regime, passou a existir o cargo de Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional.

O Código de Processo Criminal de 1832, reformado em 1841, colocou o *Parquet* em posição subalterna, bastando dizer que ocorria o seguinte, à época: os eleitores podiam ser jurados; os jurados podiam ser promotores; um analfabeto, que podia ser eleitor e jurado, estava apto, portanto, a ser promotor.

É certo, porém, que o art. 36 do Código dava preferência às pessoas que fossem instruídas nas leis (v. Lei nº 2.033, de 20-09-1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22-22.1871; Lei nº 261, de 3-12-1841, regulamentada pelo Reg. nº 120, de 31-01-1842, que tratava dos Promotores).

Aponta-se o Decreto nº 5.618, de 02-05-1874 (art. 18), como o diploma que empregou, pela primeira vez entre nós, a expressão *Ministério Público*. Mas o primeiro diploma legal que, no Brasil, realmente tratou o Ministério Público como instituição foi o Decreto Federal nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, já na República, contudo CAMPOS SALLES, considerado o *Patrono do Ministério Público do Brasil*, quando Ministro da Justiça do Governo Provisório da República, foi o autor dessas primeiras normas legislativas que estruturaram a Instituição.

Encerremos com as palavras do grande Rui Barbosa, em sua Oração dos Magos:

“Não vos mistureis com os togados, que contrairam a doença de achar sempre razão ao Estado, ao Governo, à Fazenda; por onde os condecora o povo

com o título de 'fazendeiros'. Essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo, ou ao Estado.

Antes, se admissível fosse aí qualquer presunção, havia de ser em sentido contrário; pois essas entidades são as mais irresponsáveis, as que mais abundam em meios de corromper, as que exercem as perseguições, administrativas, políticas e policiais, as que, demitindo funcionários indemissíveis, rasgando contratos solenes, consumando lesões de toda a ordem (por não serem os perpetradores de tais atentados os que os pagam), acumulam, continuamente, sobre o tesouro público terríveis responsabilidades.

No Brasil, durante o Império, os liberais tinham por artigo do seu programa cercar os privilégios, já espantosos, da Fazenda Nacional. Pasmoso é que eles, sob a República, se cem-dobrem ainda, conculcando-se, até, a Constituição, em pontos de alto melindre, para assegurar ao Fisco esta situação monstruosa, e que ainda haja quem, sobre todas essas conquistas, lhe queira granjear a de um lugar de predileções e vantagens na consciência judiciária, no foro íntimo de cada magistrado.

Magistrados futuros, não vos deixeis contagiar de contágio não maligno. Não negueis jamais ao Erário, à Administração, à União, os seus direitos. São tão invioláveis, como quaisquer outros. Mas o direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. Antes, como os mais miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta, e redobrar de escrúpulo; porque são os mais mal defendidos, os que suscitam menos interesse, e os contra cujo direito conspiram a inferioridade na condição com a língua nos recursos."

NOTAS

* Este trabalho foi realizado em colaboração com Fernando Galvão de Andréa Ferreira. Professor de Direito (PUC/RJ e FSJ). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito (UERJ). Doutorando em Direito (USP). Bacharel e Licenciado em Filosofia (UERJ).

1. PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*, São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 314.

2. Observa Caio Prado Júnior que este fato se repetia com referência à divisão eclesiástica, estando as Dioceses do Pará e do Maranhão sufragâneas do Arcebispado de Lisboa, e as outras do Primaz da Bahia. Cf. PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*, p. 304.

3. Op. cit., p. 298 e seguintes.
4. *Op. Cit.*, p. 299.
5. PRADO JÚNIOR, Caio. Op. cit., p. 306 e seguintes.
6. A expressão foi aqui utilizada em sentido largo, de forma a abranger as figuras dos Vice-reis, do Capitão-general, do Capitão-mor, dentre outras.
7. PRADO JÚNIOR, Caio, op. cit., p. 317
8. PRADO JÚNIOR, Caio, op.cit., p. 337
9. OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, 4: 252.
10. "... em nenhum juízo, posto que sejam os das Relações, se tomará conhecimento dos mesmos embargos..."
11. V. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II: 1167-1168.
12. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, VISCONDE DE URUGUAY, P. 92.
13. VISCONDE DE URUGUAY, *op. cit.*, *loc. cit.*
14. PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro*, p. 282.
15. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 162-163.
16. V. REGO BARROS, *Apontamento sobre o Contencioso Administrativo*.
17. *Id.*, p. 71-78.
18. *A Justiça Administrativa no Brasil*, p. 7.
19. Pelo art. 5º da Constituição, a Igreja era ligada ao Estado.
20. V. PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, p. 203.
21. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, LIII: 449.
22. O § 7º do mesmo artigo estabelecia que a plena concessão do *habeas corpus* não punha termo ao processo nem obstava a qualquer procedimento judicial que pudesse ter lugar em juízo competente.